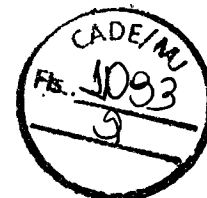




MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Gabinete da Conselheira Ana Frazão



Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64

Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS

Representados: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde.

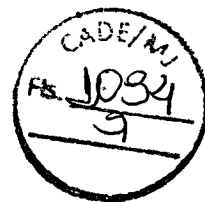
Advogados: Antônio Barbosa de Araújo, Severino Celestino Silva Filho, Felipe Figueiredo Silva, Giselle Crosara Lettieri Gracindo, Vanessa Bitencourt Queiroz, Vânia de Araújo Lima Toro da Silva, José Luiz Toro da Silva e outros.

Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro

Voto-vista: Conselheira **Ana Frazão**

EMENTA: Mercado de Saúde Suplementar. Negociação coletiva. Organização de boicotes coletivos e de ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares pela não adesão ao movimento. Pareceres da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF pela condenação das entidades médicas e pelo arquivamento em relação à UNIDAS. Voto do Conselheiro Relator pela condenação da AMPB, do SIMED-PB, do CRM-PB e da APMED. Voto-vista pela condenação de todas as representadas, inclusive da UNIDAS. Reconhecimento de exercício regular de poder compensatório somente em relação a parte das condutas imputadas às entidades médicas. Infração à ordem econômica, prevista no art. 20, inciso I c/c art. 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94. Imposição de multa nos termos do art. 23, inciso III da Lei 8.884/94.

Palavras-chave: Negociação coletiva. Mercado de saúde suplementar. Poder compensatório.



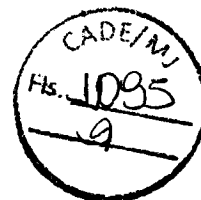
VOTO-VISTA

I. DA REPRESENTAÇÃO E DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. Trata-se de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico, em 24 de agosto de 2004, em face da Associação Médica da Paraíba (AMPB), do Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba (SIMED-PB), do Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba (CRM-PB), da Academia Paraibana de Medicina (APMED) e da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), para apurar suposta prática de infração à ordem econômica no mercado de saúde suplementar no Estado da Paraíba.
2. De acordo com a representação do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS (atual UNIDAS), as representadas organizaram movimentos de paralisação em massa, que levaram à suspensão dos atendimentos aos usuários das organizações de autogestão por médicos, estabelecimentos hospitalares, laboratórios de análises clínicas e clínicas radiológicas. Assim, a partir do dia 31 de julho de 2002, os beneficiários dos planos de assistência à saúde de diversas operadoras de planos de saúde (OPSS) filiadas à UNIDAS passaram a ser atendidos unicamente pelo sistema de reembolso.
3. Segundo o CIEFAS-PB, a conduta praticada pelas entidades médicas se devia à resistência do Comitê em acolher integralmente suas reivindicações, quais sejam: (i) fixação do valor da consulta em R\$ 30,00 e do coeficiente de honorários médicos em R\$ 0,30, com base no rol de procedimentos da AMB/92 ou na Lista Referencial de Honorários – AMB/96; (ii) exigência de que os procedimentos anestésicos cirúrgicos ambulatoriais ou *Day Clinic*¹ fossem pagos de acordo com o plano do paciente; (iii) solicitação do credenciamento de cooperativas de especialidades²; (iv) implementação de remuneração para as

¹ Os atendimentos em *Day Clinic* referem-se àqueles procedimentos cirúrgicos realizados em ambiente hospitalar que dispensam internação e o paciente recebe alta no mesmo dia.

² O credenciamento é um contrato de prestação de serviços entre a operadora de plano de saúde e os prestadores de serviços médicos e hospitalares.



consultas pré-anestésicas³; (v) exigência de adicional para os procedimentos videolaparoscópicos e endoscópicos; (vi) implantação de acréscimo de 30% no valor dos honorários médicos para atendimentos realizados em horário noturno, no fim de semana e em feriados; (vii) reavaliação do redutor de 20% aplicados aos exames diagnósticos, laboratoriais e anatomo-patológicos; (viii) exigência de pagamento de honorários médicos aos atendimentos de urgência/emergência realizados em hospitais públicos.

4. O CIEFAS alegou, ainda, que as operadoras de menor porte filiadas à UNIDAS se veriam forçadas a se submeter às condições comerciais exigidas pelas entidades médicas, pois não haveria profissionais dispostos a atender a seus beneficiários, em razão da ameaça de abertura de processos disciplinares pelo Conselho Regional de Medicina da Paraíba contra aqueles que descumprissem as decisões da categoria.
5. Diversos documentos acompanharam a denúncia, dentre os quais se destacam:
 - (i) Carta da Associação Médica da Paraíba (AMPB) encaminhada ao CIEFAS-PB em 23 de agosto de 2001, que o informa das decisões relativas aos honorários médicos tomadas em 08 de agosto de 2011 em reunião conjunta realizada entre a Associação Médica da Paraíba, o Conselho Regional de Medicina, os presidentes das especialidades e os presidentes das cooperativas de especialidades.
 - (ii) Comunicado da Associação Médica da Paraíba (AMPB) remetido à Curadoria do Cidadão em 09 de maio de 2002, que resume as propostas encaminhadas ao CIEFAS, descritas acima (supra 3). A carta informava, ainda, que, se não fossem aceitas as propostas, haveria a suspensão dos atendimentos a todos os planos de saúde filiados ao CIEFAS, de forma que seus beneficiários passariam a ser atendidos pelo sistema de reembolso (fl. 63).
 - (iii) Carta assinada pelas representadas, pelas sociedades de especialidades e pelas cooperativas de especialidades, comunicando os médicos da

³ Reportagem publicada no Correio da Paraíba, em 31 de julho de 2002, acostada à fl.77 dos autos, informa que a consulta pré-anestésica é realizada antes da internação mediante autorização prévia da operadora e está restrita às cirurgias programadas. Na referida consulta, é feita a avaliação do risco cirúrgico do paciente por um clínico geral, por um cardiologista ou por qualquer outro especialista clínico.



decisão de suspender os atendimentos aos usuários de todos os planos de saúde pertencentes ao CIEFAS, exceto da GEAP, a partir do dia 1 de agosto de 2002, caso não fossem atendidas as reivindicações. A referida carta advertia, ainda, que, se fossem descumpridas as deliberações da assembleia, poderia haver a denúncia ao Conselho Regional de Medicina pelas entidades de classe (fl. 65).

- (iv) Comunicado encaminhado ao CIEFAS-PB, informando que haveria a suspensão no atendimento a todos os usuários das operadoras de planos de saúde vinculadas ao Comitê a partir do dia 1 de agosto, por não terem sido atendidas as reivindicações deliberadas na Assembleia Geral Extraordinária realizada em maio de 2002 (fls. 66-67).
- (v) Carta da Associação Paraibana de Hospitais, de 26 de fevereiro de 2002, encaminhada ao CIEFAS-PB, divulgando as alterações que deveriam ser feitas na “lista de taxas e diárias” pelas operadoras de saúde a partir de fevereiro de 2002. Além de um reajuste de 20% sobre a referida lista, o comunicado estipulava valores para a utilização de instrumentos e equipamentos necessários para a realização de procedimentos médicos. (fl. 68).
- (vi) Carta encaminhada pela Associação Paraibana de Hospitais à Curadoria dos Direitos do Cidadão, requerendo sua intervenção junto ao CIEFAS na negociação dos valores pagos aos hospitais, para que fossem reajustados os preços acordados em 2001, em razão da inflação do período (fl. 69).
- (vii) Comunicado das representadas dirigido aos pacientes, informando que, a partir do dia 1 de agosto, as consultas, exames, raio-x, cirurgias e internações seriam cobrados diretamente dos consumidores (fl. 70).
- (viii) Nota da Associação Paraibana de Hospitais indicando que, em apoio às entidades médicas, ora representadas, iriam suspender o atendimento aos usuários das operadoras de planos de saúde filiadas ao CIEFAS-PB enquanto não fossem atendidas as reivindicações da associação, conforme decisão tomada em assembleia extraordinária realizada em 17 de julho de 2002 (fl. 75).



- (ix) Informe da AMPB publicado no Correio Da Paraíba no dia 21 de julho de 2002, sob o título “A dignidade em suas mãos”, que solicitava a adesão dos médicos ao movimento de paralisação que seria iniciado no dia 21 de julho, alertando que os médicos que desrespeitassem a decisão seriam denunciados ao Conselho Regional de Medicina (fl. 82).
 - (x) Termos de audiências que relatam as negociações realizadas perante o Ministério Público da Paraíba entre a UNIDAS e as entidades médicas ora representadas (fl.243 e ss).
6. Recebida a representação do CIEFAS, a Secretaria de Direito Econômico solicitou que as representadas apresentassem a relação nominal dos seus filiados/associados/credenciados, com as respectivas especialidades.
 7. Após a instauração da averiguação preliminar, a SDE notificou os representados para a apresentação de esclarecimentos sobre a conduta em investigação, nos termos do §1º do art. 30 da Lei n.º 8.884/94. As informações, de forma geral, coincidem com aquelas apresentadas quando de sua defesa no Processo Administrativo e serão descritas na seção “Defesa dos Representados”.
 8. Em 24 de agosto de 2004, a SDE decidiu instaurar processo administrativo contra a Associação Médica da Paraíba, o Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba e a Academia Paraibana de Medicina, por entender que haviam atuado de forma a subverter os mecanismos de formação de preços dos serviços médicos no Estado da Paraíba, influenciando seus filiados/associados à prática de conduta comercial uniforme, ao fixar que os valores de pagamento dos serviços médicos deveriam ser aqueles constantes da tabela AMB.
 9. Posteriormente, em 30 de abril de 2012, o Conselho Regional de Medicina da Paraíba e o Comitê de Integração das Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS (atualmente designado UNIDAS) foram incluídos no polo passivo do presente processo administrativo pela Secretaria de Direito Econômico.
 10. Segundo a SDE, havia indícios nos autos de que o CRM-PB havia participado da negociação dos honorários médicos, coordenando, inclusive, a paralisação aos atendimentos. Ademais, a não adesão ao movimento sujeitava os médicos a sanções ético-disciplinares, nos termos da Resolução CRM-PB 119/2004.



Em relação à UNIDAS, a SDE destacou que sua intermediação nas negociações entre as operadoras de planos de saúde e os profissionais médicos poderia configurar infração à ordem econômica, prevista no art. 20, I, II e IV c/c II, X, XXIV, da Lei 8.884/94, motivo pelo qual deveria figurar como representada no processo administrativo sob exame.

II. DA DEFESA DAS REPRESENTADAS

11. Instaurado o processo administrativo, os representados foram regularmente notificados para apresentarem sua defesa, como atestam os avisos de recebimento acostados às fls. 381-383 e às fls. 728-732.
12. O Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, a Associação Médica da Paraíba e a Academia Paraibana de Medicina apresentaram defesa conjunta às fls. 386-394. Preliminarmente, alegaram que teria havido a perda do objeto do processo administrativo, em razão de não existir mais litígio entre as representadas e o CIEFAS, por terem chegado a um acordo que levou à implementação de reajustes nos serviços médicos e à renovação dos contratos de credenciamento. O próprio CIEFAS teria encaminhado correspondência às representadas, comprometendo-se a solicitar a suspensão da representação ao CADE, em razão do acordo realizado na Curadoria de Defesa dos Direitos do Cidadão.
13. Aduziram, ainda, que são entidades de natureza civil sem fins lucrativos e que não poderiam praticar cartel, até porque os credenciamentos com as operadoras de saúde são feitos de forma individual pelos associados. Sustentaram, por fim, que é sua função defender a dignidade profissional da categoria, que, dentre outras coisas, exige que não sejam pagos preços vis pelos serviços médicos. Ademais, a prevalecer o entendimento de que a defesa dos interesses e direitos de seus associados configura infração à ordem econômica, haveria uma violação ao direito de associação, direito fundamental assegurado expressamente na Constituição Federal.
14. Embora tenha sido regularmente notificado da instauração do processo administrativo, como comprova o aviso de recebimento acostado à fl. 729, o Conselho Regional de Medicina da Paraíba não apresentou suas razões de defesa.



15. Já a UNIDAS (fls. 735-748) argumentou que sua conduta não caracteriza infração à ordem econômica, pois as negociações realizadas por ela teriam por finalidade apenas sugerir parâmetros às suas filiadas, que são livres para adotar quaisquer valores ao celebrar contratos com os prestadores de serviços médicos. Trata-se, portanto, de valores meramente referenciais, destituídos de caráter vinculante, de forma que não haveria que se falar em violação à liberdade de contratação nem à livre concorrência.
16. Alegou, ainda, que, as entidades de autogestão, por não possuírem finalidade lucrativa, não poderiam ser consideradas concorrentes, motivo pelo qual não poderiam exercer de forma abusiva sua posição dominante nem teriam interesse em dominar mercado relevante de bens ou serviços.
17. Ressaltou, por fim, que a UNIDAS era, na verdade, a vítima da conduta denunciada ao CADE, pois seus associados estavam sendo afetados pelo abuso praticado pelos nosocômios, que ameaçaram, de forma concertada, rescindir os contratos com as operadoras de saúde.

III. DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

18. Após a apresentação das defesas, o DPDE encaminhou ofício (fl. 402) à Associação Médica da Paraíba, à Academia Paraibana de Medicina e ao Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, para que descrevessem o processo de negociação com o CIEFAS e se a “suspensão das ações ajuizadas no CADE” foi mencionada pelo Comitê nas audiências realizadas na Curadoria de Defesa dos Direitos do Cidadão.
19. Em resposta (fl. 416), o Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba informou que a “suspensão das ações por parte do CIEFAS” fazia parte das obrigações assumidas pelo Comitê para por fim ao impasse com os médicos. Em relação às negociações, apontou que ocorreram diversas reuniões perante a Curadoria dos Direitos do Cidadão e que o processo negocial foi encerrado em razão da celebração de vários Termos de Ajustamento de Conduta. Acompanhou a manifestação o “Termo de Ajustamento de Conduta”, assinado em 03 de fevereiro de 2005, que permite concluir que seria cobrado o valor de R\$ 33,60



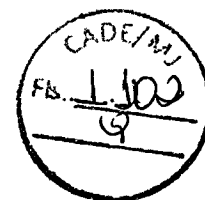
- pela consulta e que, a partir do dia 1 de abril, seria iniciado o processo de implantação da CBHPM.
20. A Associação Médica da Paraíba (fl. 419) também confirmou que a “suspensão da ação ajuizada no CADE” foi mencionada pelo CIEFAS no momento da negociação, diante da Curadoria de Defesa dos Direitos do Cidadão. No que se refere às negociações, afirmou que apenas concordou com os termos do acordo realizado na Curadoria do Cidadão e que não houve processo negocial isolado com o CIEFAS.
 21. No curso da instrução, o DPDE requereu, ainda, que fosse apresentada cópia integral da 7ª Pesquisa Nacional da Unidas, desenvolvida em parceria com a Datafolha (fl. 420). A referida pesquisa, contudo, não consta dos autos do processo em análise.
 22. A instrução incluiu também o envio de ofícios (fls. 425-437) ao Conselho Federal de Medicina, à Associação Médica Brasileira e à Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE, requerendo cópia integral dos relatórios, estudos e pesquisas em que se baseou a elaboração da CBHPM.
 23. Em resposta, a FIPE encaminhou CD-ROM, contendo mais de 500 páginas de relatórios que atestam o exaustivo trabalho desenvolvido, durante três anos, pelas entidades médicas com o auxílio da Fundação para a elaboração da CBHPM (fl. 644).
 24. Em janeiro de 2010, com o fim de instruir os processos relativos ao setor de saúde suplementar em trâmite na SDE, foi instaurado o Procedimento Administrativo nº 08012.001039/2015-10, para acompanhamento de atividades de mercado, nos termos do art. 14, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94. Foram encaminhados ofícios a 43 operadoras de planos de saúde, solicitando informações a respeito do processo de negociação com os prestadores de serviço e sobre a forma como eram definidos os honorários médicos.
 25. As respostas foram gravadas em mídia digital e, a partir delas, a SDE emitiu uma nota acostada às fls. 671-697, cujas conclusões serão descritas mais à frente, quando da análise do mercado de saúde suplementar.
 26. Em outubro de 2010, a Secretaria de Direito Econômico saneou o processo, rechaçando as preliminares de ilegitimidade passiva e da suposta perda de objeto do processo administrativo.



27. Encerrada a instrução, os representados foram notificados (fl. 807) para apresentar alegações finais. As entidades médicas, em linhas gerais, repetiram os argumentos aduzidos quando de sua defesa. Já a UNIDAS acrescentou que as negociações realizadas por ela “foram convocadas ou provocadas pelo Ministério Público Estadual em decorrência da crise de desabastecimento dos serviços médicos resultante da conduta dos médicos”, que deflagraram movimentos de paralisação, motivo pelo qual os atos praticados por ela não poderiam ser considerados ilícitos.

IV. PARECERES DA SUPERINTENDÊNCIA GERAL, DA PROCURADORIA DO CADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

28. A Superintendência Geral, a Procuradoria do CADE e o Ministério Público Federal pugnaram pela condenação do Conselho Regional de Medicina da Paraíba, da Associação Médica da Paraíba, da Academia Paraibana de Medicina e do Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, por terem praticado infração à ordem econômica prevista no art. 20, I, II e IV c/c art. 21, II, X e XXIV, da Lei 8.884/94. Todavia, manifestaram-se em favor do arquivamento do processo em relação à UNIDAS, em razão de a representada não deter poder de compra suficiente para disciplinar, unilateralmente, a concorrência por serviços médicos, dada a rivalidade existente no mercado.
29. Embora a conclusão da Superintendência Geral tenha se baseado na valoração das provas acostadas aos autos, há um erro na fundamentação. Com efeito, todo o parecer técnico referiu-se, equivocadamente, à implantação da CBHPM. Todavia, a conduta ora analisada é anterior à edição da referida tabela. Na verdade, como se depreende da representação, o que as entidades médicas representadas pretendiam era, dentre outras coisas, que o valor da consulta fosse reajustado para R\$ 30,00 e o coeficiente de honorários médicos para R\$ 0,30, sendo que a negociação deveria utilizar como parâmetro o rol de procedimentos da AMB/92 ou a Lista de Referencial de Honorários AMB/96.
30. O trecho abaixo revela o equívoco da Superintendência Geral: “O ponto fulcral da denúncia em exame versa sobre a imposição pelas entidades médicas representadas às operadoras de planos de saúde, da lista de procedimentos

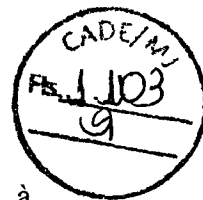


médicos denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos” (fl. 944).

31. Segundo a nota técnica, o ofício da AMB, de 09 de maio de 2002, comprovaria a atuação dos integrantes da Comissão Estadual para a implantação da CBHPM. Em 2002, porém, sequer havia sido lançada a referida tabela. Como informa o próprio parecer, “o movimento pela implantação da CBHPM foi inaugurado pelas entidades médicas nacionais com o lançamento da 1ª edição da CBHPM, em julho de 2003.” (fl. 956).
32. O equívoco acabou sendo repetido pela Procuradoria do CADE. Após analisar a suposta imposição da Classificação Hierarquizada de Procedimentos Médicos, a Procuradoria concluiu que a imposição de tabelas mínimas constitui, por si, infração à ordem econômica, motivo pelo qual pugnou pela condenação das entidades médicas representadas.
33. O mesmo se diga do parecer do Ministério Público Federal, que, ao final, assentou: “entende o Ministério Público estar suficientemente comprovada nos autos a influência dos representados sobre os médicos, para que atuassem concertadamente na imposição do preço mínimo fixado na CBHPM às operadoras de planos de saúde”.

V. DO VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

34. O caso foi levado a julgamento na sessão do dia 06.08.2014. Na ocasião, o Conselheiro Relator acompanhou as conclusões dos pareceres descritos acima.
35. Em síntese, o Relator entendeu que as entidades médicas haviam violado o art. 20, I c/c art. 21, II e V da Lei 8.884/94, por terem coordenado movimento de boicotes contra as operadoras de planos de saúde e ameaçado os profissionais que não adotassem os valores decididos nas assembleias.
36. Em relação à UNIDAS, votou pelo arquivamento do processo, destacando que o poder de mercado detido pela representada, de 25,35%, não era suficiente para gerar prejuízos ao mercado, em razão de seu poder de compra ser insuficiente para disciplinar, unilateralmente, as variáveis mercadológicas.
37. Todavia, o voto do Relator não reproduziu o equívoco dos pareceres técnicos, descrito acima. Atento às peculiaridades do processo, o voto do Conselheiro



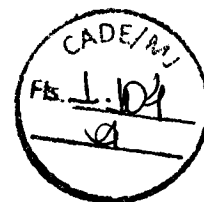
Eduardo Pontual, acertadamente, não ingressou na discussão relativa à implantação da CBHPM.

38. A mesma solução será adotada neste voto-vista. Embora o Sindicato dos Médicos, em resposta a um dos ofícios, tenha feito menção à CBHPM, a instauração do processo, como visto anteriormente, precede o lançamento da referida tabela, de forma que aos representados sequer foi assegurada a possibilidade de se manifestar sobre esses fatos. Ademais, as provas colhidas ao longo da instrução contra as representadas, exceto pelo ofício mencionado acima, referem-se exclusivamente a condutas anteriores à CBHPM. Não é sem razão que nenhuma das notas técnicas da SDE, com exceção do parecer conclusivo da SG, faz menção à CBHPM ao descrever as condutas. Assim, eventuais análises sobre a implementação da referida lista deverão ser investigadas em processo administrativo próprio, caso não tenha havido a prescrição.
39. Pedi vista dos autos para analisar o caso com mais cautela, especialmente para avaliar a possibilidade de aplicação da tese do poder compensatório e os desdobramentos daí decorrentes.

VI. PRELIMINARES

VI.1. Da perda do objeto do processo administrativo

40. Preliminarmente, as representadas alegaram que teria havido a perda do objeto do processo administrativo em análise, em razão da renovação contratual entre a UNIDAS e as entidades médicas e da implementação do reajuste de honorários, que puseram fim aos movimentos de paralisação de atendimento.
41. Em que pese o processo administrativo ter sido instaurado a partir de representação encaminhada pelo CIEFAS, o advento de acordo com as representadas não afasta a competência da SDE para dar prosseguimento ao processo e tampouco elide a responsabilidade das representadas pela prática de eventuais infrações anticoncorrenciais. Com efeito, a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica não visa a proteger eventuais interesses



particulares de concorrentes, mas sim a preservar o livre funcionamento do mercado, assegurando o interesse difuso à livre concorrência.

VI.2. Da ilegitimidade passiva das representadas

42. O Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, a Associação Médica da Paraíba e a Academia Paraibana de Medicina alegaram que, por serem entidades sem fins lucrativos, não poderiam, sequer em tese, figurar como sujeitos ativos da prática de cartel.
43. A alegação não merece ser acolhida. Como acertadamente apontou a SDE, é pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a submissão das entidades representativas, inclusive conselhos profissionais, associações e sindicatos à legislação antitruste.
44. O entendimento encontra amparo no art. 15 da Lei 8.884/94 (art. 31 da Lei 12.529/2011), que dispõe expressamente: *“Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituída de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”*.
45. Assim, qualquer um que pratica ato restritivo à concorrência está sujeito à legislação antitruste, ainda que sua atividade não tenha fins lucrativos e independentemente de se tratar de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado.
46. O fato de a atuação das representadas estar amparada pela liberdade de associação e de a defesa dos valores éticos da profissão pelo Conselho Regional de Medicina ser competência assegurada por lei não afasta a conclusão. O direito de associação, obviamente, não é absoluto, e deve ser interpretado à luz do princípio da unidade da Constituição, devendo ser compatibilizado com os demais princípios constitucionais da ordem econômica, notadamente a livre concorrência e a livre iniciativa. Da mesma forma, a competência do CRM não é ilimitada e também deve ser exercida em conformidade com os princípios mencionados acima.



47. Ademais, como acertadamente destacou a SDE, os médicos, ao disponibilizarem um serviço no mercado e assumirem os riscos de sua atividade, exercem atividade econômica, caracterizando-se como verdadeiros concorrentes. Dessa forma, a atuação das representadas, ao estipular e negociar coletivamente os preços dos honorários médicos, pode afetar a concorrência no mercado de serviços médico-hospitalares. Daí por que não há dúvidas de sua submissão à Lei 8.884/94.
48. É certo que existem inúmeras peculiaridades das atividades exercidas por profissionais liberais sujeitos à regulação de conselhos profissionais criados por lei. Entretanto, estas devem ser consideradas não para afastar a incidência da lei antitruste, mas sim para assegurar que a aplicação desta ocorra de forma coerente com as características de tais atividades.

VI.3. Da revelia e da confissão ficta do CRM-PB

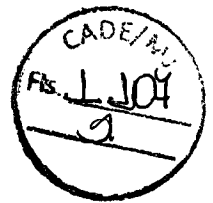
49. Como mencionado anteriormente, o Conselho Regional de Medicina da Paraíba não apresentou defesa, embora tenha sido regularmente notificado da instauração do presente processo administrativo, como demonstram o aviso de recebimento acostado à fl. 729.
50. Nos termos do art. 34 da Lei 8.884/94, o representado que não apresentar defesa no prazo legal incorrerá em confissão quanto à matéria de fato. Todavia, é forçoso reconhecer que a presunção a que se refere o dispositivo apenas pode ser relativa, de modo que não exime a autoridade antitruste de proceder à análise dos fatos alegados com rigor e cuidado, a fim de não lastrear a condenação apenas em pressuposições.
51. Essa, aliás, é a interpretação que vem sendo dada ao art. 319 do CPC, análogo ao dispositivo mencionado acima. Como registra Marinoni⁴, “a presunção fixada pelo art. 319 somente pode constituir presunção *iuris tantum* (relativa) e, por isso, pode ser afastada pelo magistrado, à vista de outras circunstâncias que lhe impulsionem o convencimento em sentido contrário.”

⁴ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 129.



52. Portanto, ante a existência no processo de qualquer elemento de prova que contraste com a aplicação da presunção material da revelia, poderá o magistrado afastar sua incidência. Se tal raciocínio orienta a solução das lides civis, com maior razão deverá ser aplicado no contexto do direito administrativo sancionador, sob pena de violação a importantes garantias dos acusados.
53. É o que também defende Freddie Didier⁵. Segundo ele, se a postulação não estiver acompanhada de um mínimo de prova, não será possível dispensar o autor da ação de provar o que alega pelo simples fato da revelia, até porque “*a revelia não é fato com dons mágicos*”. Não é sem razão que leis mais recentes, como a dos Juizados Especiais e o art. 227, §2º, do CPC, incorporado pela Lei 9.245/1995, preveem que a confissão ficta só terá lugar se o contrário não resultar da prova dos autos.
54. Tampouco há que se falar nos efeitos materiais da revelia quando um dos litisconsortes contesta a ação, como no caso em apreço. Como mencionado, tanto o Sindicato dos Médicos da Paraíba quanto a Academia Paraibana de Medicina e a Associação Médica da Paraíba apresentaram defesa, refutando fatos comuns imputados ao revel, não fazendo sentido falar-se em presunção de veracidade para apenas alguns dos representados, pelo menos no que se refere a esses fatos.
55. No âmbito do processo administrativo sancionador, como já se adiantou, as considerações relativas à confissão ficta tornam-se ainda mais delicadas. Observa-se, em primeiro lugar, que um dos princípios do processo administrativo é a verdade real. Isso significa que a Administração Pública, em vez de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar realmente a verdade, em atenção à indisponibilidade do interesse público. Não importa, portanto, que a parte aceite como verdadeiro ou negue a veracidade de determinado fato. Isso explica por que a Lei 9.784/99 estabelece que “*o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos*”.
56. Ademais, tratando-se de processo com nítido viés sancionatório, não seria despropositada a aplicação dos princípios do direito penal, como, aliás, se verá

⁵ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 15 ed. Volume 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, pp. 572 e ss.



adiante. Recorde-se que, no direito processual penal, o único efeito da revelia é a desnecessidade de intimação do acusado para a prática de atos processuais, não se admitindo, em nenhuma hipótese, a presunção de veracidade dos fatos.

57. Em que pese a importância das observações mencionadas acima, no caso ora em análise, a aplicação literal ou não do art. 34 da Lei 8.884/94 tem pouca relevância para o deslinde do processo. Isso porque, no caso em apreço, a complexidade não está nos fatos alegados, que foram adequadamente comprovados por meio da instrução realizada pela SDE, mas na valoração jurídica dos referidos elementos de prova.
58. Ora, é pacífico que os efeitos da revelia restringem-se aos fatos, não podendo jamais gerar presunção em relação às afirmações de direito. Assim, independentemente da confissão ficta, incumbe exclusivamente à autoridade julgadora examinar que regra incide no caso concreto, extraindo daí a decisão para a resolução do conflito. Por isso mesmo, nem sempre a revelia importará na condenação do representado ou na procedência da ação no processo civil.

VI.4. Do compromisso de cessação

59. Às fls. 803, o Conselho Regional de Medicina da Paraíba requereu a suspensão do processo por 90 dias para esperar o deslinde do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, protocolado pelo Conselho Federal de Medicina.
60. Ocorre que o referido Termo de Compromisso, de março de 2012, não teve qualquer andamento desde julho de 2012, quando foram realizadas as últimas reuniões no CADE. Desde então, o requerente não trouxe qualquer manifestação aos autos que permitisse sequer inferir que haveria o mínimo de interesse em dar continuidade à proposta. Houve, portanto, um evidente desídio no requerimento, de forma que não haveria qualquer justificativa para que a autoridade antitruste deixasse de julgar o caso analisado, mormente após o decurso de quase três anos após a apresentação da proposta, até porque o prazo de suspensão requerido pelo CRM-PB era de 90 dias.
61. Ainda que assim não fosse, é necessário registrar que a celebração de termos de compromisso, de acordo com a Lei 12.529/2011, além de atender aos parâmetros legais, se submete a um juízo de conveniência e oportunidade pelo



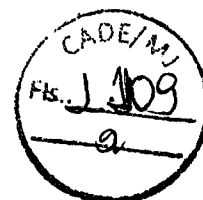
CADE. No caso ora analisado, contudo, não haveria conveniência e oportunidade em celebrar o referido TCC. Isso porque, como ficará amplamente demonstrado no voto, os conflitos entre médicos e operadoras vêm se intensificando, de forma que a relevância de seu julgamento transcende o caso concreto. Evidência disso é o elevado número de processos em trâmite no Tribunal relativo ao tema. Assim, é extremamente importante que o CADE possa proferir juízo de mérito sobre a questão, sinalizando para o mercado os comportamentos que devem ser ou não considerados ilícitos, o que não poderia ser feito na hipótese de se admitir a celebração do TCC.

62. Feitas essas considerações, passo à análise do mérito.

VII. ANÁLISE DE MÉRITO

VII.1. Da prescrição

63. A Academia Paraibana de Medicina – APMED alegou que teria havido a prescrição da pretensão punitiva em razão de o processo administrativo ter sido instaurado após mais de cinco da cessação da conduta, que teria perdurado até setembro de 2002, quando foi celebrado acordo com o CIEFAS, intermediado pela Curadoria do Cidadão do Ministério Público.
64. Não assiste razão à representada.
65. Isso porque o processo administrativo foi instaurado em 24 de agosto de 2004 e a representada foi regularmente notificada em 01 setembro de 2004, data em que houve a interrupção da prescrição, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei 9.873/99.
66. Observa-se, portanto, que entre a cessação da conduta e a e a notificação dos representados não houve o transcurso do prazo de cinco anos, previsto no *caput* da Lei 9.783/99, não havendo que se falar em prescrição da pretensão punitiva.
67. O fato de ter havido nova notificação em abril de 2012 não afasta a conclusão. Como se depreende dos autos, a representada foi notificada novamente tão somente em razão de a SG ter entendido que sua conduta se subsumia a outros dispositivos da Lei 8.884/94 e não apenas àqueles apontados na nota técnica de instauração. Tratou-se, contudo, de mera cautela. Isso porque é indiscutível que a parte defende-se dos fatos imputados a ela e não da qualificação jurídica a eles atribuída. Daí por que a nova notificação não torna sem efeito a anterior.



68. Desse modo, é forçoso reconhecer que, ao contrário do que aponta a APMED, não houve a prescrição da pretensão punitiva.
69. Descartada a prescrição, é importante analisar a jurisprudência do CADE, antes de proceder ao exame das condutas imputadas às representadas. Como se verá a seguir, discussões relativas à existência de tabelas de honorários médicos e à reunião dos médicos em associações ou cooperativas têm sido objeto de constante análise pelo Tribunal.

VII.2. Jurisprudência do CADE

70. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido incisivo em condenar entidades representativas das categorias que congregam profissionais liberais, seja pela adoção de tabelas de honorários, seja pela influência de conduta uniforme entre os prestadores. Dentre elas, as entidades relativas a serviços médicos e hospitalares ganham destaque. Segundo levantamento realizado pela Secretaria de Direito Econômico, de 1994 a 2008, 35% das condenações do CADE estavam relacionadas a negociações coletivas conduzidas por hospitais e entidades representativas da classe médica e à imposição de tabelas de honorários médicos. Para o CADE, o elevado poder de influência dessas organizações resultaria em preços mais elevados para os serviços médicos, levando ao aumento no custo do seguro pago pelo consumidor final.
71. Um dos primeiros casos analisados pelo SBDC foi o Processo Administrativo nº 53/1992⁶, no qual o Ministério Público de Sergipe apresentou representação contra a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe por possuir tabela de preços de serviços hospitalares. Naquela ocasião, o Conselheiro Relator, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, votou pela condenação da representada, destacando que a existência da tabela de preços, por si só, constituía prova suficiente de ação coordenada e da infração à ordem econômica:

“Trata-se, sem dúvida, de ação coordenada cujo objetivo é impor um determinado preço ao mercado, eliminando-se qualquer possibilidade de concorrência entre as prestadoras de serviços. (...) Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que preços máximos podem acabar

⁶ Processo Administrativo nº 53/92, Conselheiro Relator Carlos Eduardo Viera de Carvalho.



se tornando mínimos, tendência normalmente decorrente da adoção de preços uniformes, conforme observado em decisão da Suprema Corte Americana no caso *U.S. V. Treton Potteries Co.*”

72. No mesmo sentido, é possível citar o voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Mallard, no PA nº 61/92⁷, em que a Associação Médica Brasileira – AMB figurava como representada, acusada de influenciar a uniformização de conduta entre os concorrentes, por meio da elaboração, divulgação e recomendação de tabela de honorários médicos, utilizada em âmbito nacional por médicos e hospitais. Vale citar trecho do voto da Conselheira Relatora:

“Não requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos. (...) Na verdade, a tabela de preços viola o princípio basilar de economia de mercado, segundo o qual cada agente econômico é livre para fixar os preços de seus produtos e serviços, sendo-lhe lícito, no entanto, no exercício desta liberdade, considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes.”

73. Destaca-se, ainda, o Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40⁸, em que o Conselheiro Ruy Santacruz condenou a Sociedade de Medicina de Alagoas, o Sindicato dos Estabelecimentos dos Serviços de Saúde de Alagoas e o Conselho Regional de Medicina de Alagoas pela imposição da tabela da AMB, mencionada acima. Em seu voto, o Conselheiro Relator salientou que a elaboração de tabela não constitui infração *per se*, mas que, “diante das restrições impostas pela racionalidade econômica”, a aceitação de tabela de preços pelo CADE exigiria (i) a demonstração da ausência de capacidade dos associados para impor a tabela aos consumidores ou (ii) a comprovação de que a conduta não tinha por objeto unificar preços nem poderia, de nenhuma forma, produzir efeitos no mercado, requisitos ausentes na hipótese.
74. Observa-se que as entidades representativas têm sido punidas mesmo quando não há evidências de coação contra associados para adotar os valores definidos na tabela. Nesses casos, a existência de condições estruturais favoráveis à prática

⁷ Processo Administrativo nº 0061/1992, Conselheira Relatora Neide Terezinha Mallard, julgado em 14 de fevereiro de 1996.

⁸ Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40, Conselheiro Relator Ruy Afonso de Santacruz Lima, julgado em 14/10/1998.



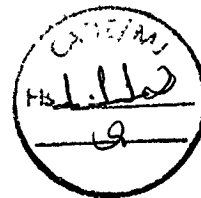
anticoncorrencial e de um relevante poder de influência das associações tem sido considerada suficiente para a caracterização da infração à ordem econômica.

75. Como exceção a esse posicionamento, podemos citar o voto proferido nos autos do PA nº 08000.020294/1996-03⁹, em que o Tribunal decidiu pelo arquivamento do feito, por não haver indícios de que os médicos poderiam sofrer sanções, caso não adotassem a tabela. O caso analisava a conduta de diversas associações de medicina do Estado de São Paulo, que elaboraram uma tabela de serviços médicos e negociavam diretamente com os planos de saúde sua implantação. Segundo o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, a existência de uma tabela de honorários negociados com planos de saúde, por si só, não seria lesiva à concorrência, pois, em última análise, se prestaria a assegurar aos prestadores de serviços médicos maior poder de barganha quando da negociação com os planos de saúde:

“(...) profissionais liberais podem organizar-se para negociar melhores condições de contratação com planos de saúde, devido à assimetria do poder de barganha e, ainda, por que esta é uma relação que se assemelha ao vínculo de trabalho, embora sem exclusividade (...). Nesse sentido, tabelas de preços, desde que sejam fundamentalmente tabelas para orientação de procedimentos, e os preços desses procedimentos sejam instrumentos de barganha das associações médicas, não são infração antitruste.”

76. No referido voto, acolhido pelo Tribunal, o Relator salientou que a negociação através de algum tipo de representação coletiva poderia trazer ganhos para a sociedade, na medida em que “permitiria uma transação mais equilibrada, em termos de poder de barganha”. No caso de consumidores finais, contudo, a assimetria de poder desapareceria, de forma que, eventual tentativa de negociação por meio de cooperativas ou associações, nessa hipótese, constituiria conduta comercial concertada e configuraria infração à ordem econômica.
77. Destacou, ainda, que a existência de tabela de procedimentos médicos poderia ser considerada pró-competitiva, desde que fosse utilizada como um referencial para balizar a remuneração dos serviços médicos pelos planos de saúde e não para impor aos médicos a adoção de comportamento uniforme contra a sua vontade. Como no referido processo administrativo não havia indícios da

⁹ Processo Administrativo nº 08000.020294/1996-03, Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/7/2006.



- imposição de sanções aos médicos, o Tribunal entendeu que a conduta “estava dentro dos limites da legalidade”, nos termos do voto citado.
78. Todavia, como registrou o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18¹⁰, que será analisado mais adiante, esse precedente “não pode ser analisado de forma isolada e não significa que houvesse, à época de sua decisão, um entendimento consolidado do CADE. Pelo contrário, tal precedente é mais um exemplo do caráter vacilante da jurisprudência do CADE sobre o tema durante a década passada”.
79. De toda sorte, observa-se que a existência de uma assimetria de poder de barganha entre operadoras de planos de saúde e médicos, vez ou outra, vem sendo levada em consideração nas análises do Conselho, embora não haja um entendimento unânime sobre o ponto.
80. O voto do Conselheiro Paulo Furquim no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33¹¹ retrata de forma clara essa preocupação com a realidade que permeia o processo de negociação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço médico, em especial com a necessidade de mitigar o poder de barganha das OPSs. Segundo o Conselheiro, a assimetria nas negociações entre operadoras de planos de saúde e médicos individualizados poderia resultar no exercício de poder de monopólio das operadoras, levando à diminuição da qualidade do atendimento prestado a beneficiários de planos de saúde, devido à baixa remuneração oferecida aos médicos. Assim, a negociação coletiva poderia proporcionar maior equilíbrio entre as partes, surtindo efeitos positivos sobre o mercado, principalmente aqueles associados a um incremento na qualidade dos serviços prestados.
81. Dessa forma, apesar de os Conselhos Regionais de Medicina possuírem elevado poder de influência, a divulgação de uma tabela de valores médicos por essas entidades em negociações específicas não seria suficiente para caracterizar infração à ordem econômica. Isso não significa, contudo, que um eventual abuso no exercício das negociações coletivas estaria imune. Daí sua advertência:

¹⁰ Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 8/5/2013.

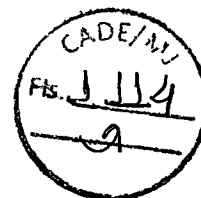
¹¹ Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Conselheiro Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 30/8/2006.



“(...) a conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas: a) existência de forte assimetria de negociação ex-ante e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; c) que aquilo que seria um ‘poder compensatório’ não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância. Neste último ponto, é importante avaliar se a cooperativa ou entidade associativa não emprega estratégias de retaliação àqueles que não sigam o comportamento cooperativo, de coação de seus membros ou mecanismos voltados a restringir as possibilidades de concorrência por parte daqueles que ela pretende representar.”

82. No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo no PA nº 08012.006923/2002-18, mencionado anteriormente, em que se discutia a edição de tabelas no mercado de agências de turismo. Embora não houvesse qualquer discussão de assimetria que pudesse justificar eventual análise de poder compensatório, o Conselheiro fez questão de ressaltar que, mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderá ser afastada caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopsônio. Vale reproduzir o seguinte trecho:

“(...) tabelas sugestivas de preços divulgadas por associações comerciais submetem-se, sim, a um regime de presunção relativa de ilegalidade, em decorrência do texto literal dos artigos 20, caput e inciso I, e 21, inciso II, da Lei n. 8.884/94, consistindo em conduta ilícita pelo próprio objeto; (...) Tudo isso não significa, evidentemente, que se trate de “infração per se”, até porque essa expressão sequer existe na legislação nacional. Em outras palavras, não significa que se trate de presunção *iuris et de iure* de ilegalidade. Ao revés, essa presunção poderá ser afastada pela Representada, em princípio, em ao menos duas situações: (i) caso ela consiga demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços, não se configurando em concreto, por isso, como uma conduta ilícita pelo próprio objeto, caso em que sua ilegalidade dependerá da análise de efeitos (**isso pode ocorrer, v.g., em certas raras hipóteses em que a conduta sirva para compensar eventual poder de oligopsônio a jusante em mercados extremamente pulverizados a montante, desde que a isso se agreguem outras circunstâncias igualmente excepcionais**), ou (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no



caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.” (grifos nossos)

83. Recentemente, no julgamento do PA nº 08012.014463/2007-14¹², em 2014, esbocei minha preocupação diante da jurisprudência do Tribunal que, salvo algumas exceções citadas acima, em regra, vem considerando a adoção de tabelas médicas ilícitas, sem analisar com o devido cuidado a tese do poder compensatório. Na ocasião, destaquei que não era possível assumir posições apriorísticas a respeito de negociações coletivas, principalmente entre a classe médica e as OPSs e registrei meu entendimento de que a união de agentes econômicos para compensar eventual assimetria de poder poderia afastar a ilicitude da conduta, retomando as preocupações já expostas no voto do Conselheiro Paulo Furquim no PA 08012.007042/2001-33:

“(…) gostaria de registrar algumas preocupações acerca do debate sobre negociações relacionadas a planos de saúde, em particular à tese segundo a qual qualquer tipo de negociação coletiva é anticoncorrencial.

Na verdade, parto da premissa de que negociações coletivas podem ser justificadas e consequentemente lícitas, dependendo de quem as conduza e dos propósitos que as justifiquem. (...) Essa união pode se concretizar para fazer frente a outro agente econômico, detentor de maior poder, assim como para compensar as assimetrias do mercado.”

84. Todavia, para verificar a possibilidade de aplicar a teoria do poder compensatório ao caso ora analisado, é importante analisar, com cuidado, o mercado de saúde suplementar brasileiro, procurando avaliar se, de fato, existem assimetrias de poder que justifiquem a aplicação da referida tese.

VII.3. Do mercado de saúde suplementar

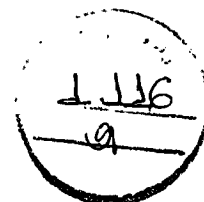
85. O sistema de saúde brasileiro pode ser caracterizado como um sistema de saúde misto, em que os setores público e privado atuam no provimento e no financiamento dos bens e serviços de saúde. Segundo dados da ANS, no final de 2013, havia 50,3 milhões de beneficiários de planos privados de assistência médica e 1.268 operadoras.

¹² Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14, Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 22/01/2014.



86. As operadoras de planos de assistência à saúde são empresas e entidades que atuam no setor de saúde suplementar e que oferecem planos privados de assistência à saúde aos consumidores. Submetem-se ao disposto na Lei 9.656/1998 e dividem-se em quatro segmentos: (i) Medicina de Grupo; (ii) Seguradoras; (iii) Cooperativas Médicas e (iv) Autogestões.
87. De acordo com a referida Lei, os planos de saúde podem ser classificados, quanto às formas de contratação, em planos individuais ou familiares, planos coletivos por adesão e planos coletivos empresariais. Os primeiros são celebrados entre um indivíduo (pessoa física) e uma OPS para a prestação de serviços médicos a seu titular e a seus dependentes ou, por meio de uma pessoa jurídica, que contrata o plano diretamente com a operadora de saúde, existindo um vínculo familiar entre os usuários. Já os planos coletivos são contratados por uma pessoa jurídica que mantém um vínculo empregatício ou estatutário, associativo ou sindical com os beneficiários.
88. Os preços dos planos de saúde individuais ou familiares são regulados pela ANS, mas não há regulação para o preço dos planos coletivos, que podem ser reajustados livremente. Não é sem razão que a pesquisa desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apontou que o reajuste dos planos coletivos costuma ser muito alto.¹³
89. Tal problema potencializa-se no cenário atual, no qual os planos coletivos passam a ter importância crescente diante dos planos individuais, quando não são a única opção disponível para o usuário. Apenas a título de exemplo, vale destacar recente notícia do Correio Braziliense (edição de 12.02.2014) que denunciava que as OPSs não estavam mais possibilitando o acesso de usuários com mais de 59 anos a planos de saúde individuais. Mais recentemente, reportagem veiculada pelo Fantástico, em junho de 2014, apontou que, dentre as dez maiores operadoras, que congregam 40% de todos os beneficiários do setor

¹³Informação extraída da reportagem veiculada pelo Fantástico em 03.06.2014, que relatava o seguinte: “Para o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, o Idec, os planos individuais estão diminuindo porque os coletivos são mais lucrativos para as operadoras. ‘A nossa pesquisa mostrou que o reajuste desses planos coletivos costuma ser muito alto’, diz Joana Cruz, advogada do IDEC”. Disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/06/falta-de-regulamentacao-clara-permite-reajustes-abusivos-de-planos-coletivos.html>.



de saúde suplementar, apenas duas comercializam planos individuais: a Hãpvida e as do sistema UNIMED.¹⁴

90. O quadro abaixo ilustra a distribuição dos planos coletivos individuais e coletivos em dezembro de 2012:

Beneficiários em planos de assistência médica			
Total	Em planos coletivos	Em planos individuais	Não informado
47.943.091 (100%)	37.061.915 (77,3%)	9.887.283 (20,6%)	993.893 (2,1%)

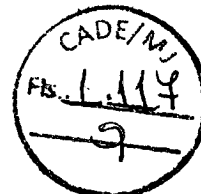
Fonte: SIB/ANS: 12/2012

91. De forma geral, observa-se que tanto os planos de saúde individuais quanto os coletivos desenvolveram-se em um contexto de baixa regulamentação. É o que esclarece a SG:

"o mercado de planos e seguros de saúde no Brasil desenvolveu-se em um contexto institucional de baixa regulação econômica, social e administrativa, a despeito dos incentivos de natureza fiscal que favoreceram a ampliação crescente da clientela, presente em quase todas as cidades com mais de 100.000 habitantes." (fl. 3079 do Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71).

92. Entre 2001 e 2011, o setor de saúde suplementar apresentou um crescimento médio de 6,5% ao ano, consolidando-se como um segmento de grande relevância no Brasil. O movimento, contudo, não resultou na pulverização do mercado. Com efeito, enquanto o número de operadoras em atividade no Brasil sofreu um decréscimo de 6,78% entre 2008 e 2011, o número de beneficiários, no mesmo período, aumentou 9%.

¹⁴Nos Atos de Concentração nº 08700.004065/2012-91, nº 08012.000309/2012-14 e nº 08012.003324/2012-21, de minha relatoria, julgados em 09 de abril de 2014, a instrução revelou que a Bradesco Saúde S.A. "*não comercializa apólices de seguros individuais desde 2007*" (fl. 1303). De forma semelhante, a Sulamérica Companhia de Seguro Saúde informou que "*a companhia não comercializa planos de saúde individuais*". (fl. 210, autos de acesso restrito ao CADE, informações não restritas). Em 23/09/2013, reportagem do Jornal O Estado de São Paulo informou que a Golden Cross deixou de atuar no segmento de planos de saúde individuais. A empresa vendeu toda a sua carteira desse tipo de plano para a Unimed-Rio. Na mesma linha, reportagem veiculada no sítio do G1, em 02/10/2013, esclarece que os consumidores estão encontrando dificuldades para contratar planos de saúde individuais. Segundo a notícia, "*para substituir os planos individuais, algumas operadoras passaram a oferecer o chamado plano de adesão*". De acordo com professora da UFRJ consultada pelo G1, o plano é contratado como se fosse individual, mas se trata, na verdade, de um plano coletivo, por isso, a regulação da ANS relativa aos reajustes não incide sobre ele.



93. Nota-se, ainda, que as operadoras de pequeno porte sofreram uma redução considerável em seu poder de mercado. Em 1999, as OPSs com até 2000 beneficiários, juntas, detinham 52,1% dos beneficiários, enquanto em 2008, o percentual caiu para 21,7.¹⁵

Já as operadoras com mais de 50.000 beneficiários, que somavam 3,6% do mercado 1999, em 2008, chegaram a 13,6%. É o que revela a tabela abaixo¹⁶:

**Percentual de participação das operadoras ativas por classe de beneficiários
no Brasil**

Classe de Beneficiários	1999	2001	2003	2005	2008
Classe 1 a 100	15,5	10,8	4,4	3,0	3,0
Classe 101 a 1.000	23,6	19,2	13,4	11,4	9,7
Classe 1.001 a 2.000	13,0	12,3	11,0	9,2	9,0
Classe 2.001 a 5.000	19,6	20,2	19,5	18,5	16,7
Classe 5.001 a 10.000	11,6	13,2	13,6	15,9	15,9
Classe 10.001 a 20.000	6,7	10,2	15,5	15,9	16,2
Classe 20.001 a 50.000	6,4	8,3	12,3	14,5	15,9
Classe 50.001 a 100.000	1,8	3,1	5,7	6,0	7,0
Classe 100.001 a 500.000	1,6	2,5	4,1	4,7	5,3
Classe Superior a 500.000	0,2	0,2	0,5	0,9	1,3
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SEAE (2010). Dados do Cadastro de Operadoras da ANS/MS.

* Operadoras ativas com beneficiários, exceto exclusivamente odontológicas e sem beneficiários – com base no critério de residência do beneficiário.

94. Entre 2008 e 2011, o movimento de concentração do setor se acentuou ainda mais. Em 2008, havia 1.179 operadoras com até 20 mil beneficiários em atividade no Brasil; três anos depois, restavam 988 operadoras de pequeno porte, o que representa uma diminuição de 16%.

¹⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MACHADO, Kenys Menezes. *Desafios da análise do CADE no setor de planos de saúde*, p.2. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/12.

¹⁶ Ibidem, p. 3.

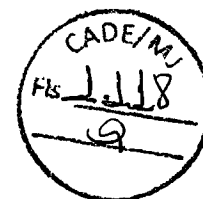


Tabela 3. Operadoras em atividade de pequeno porte*, segundo modalidade
(Brasil - 2008-2011)

Modalidade da operadora	set. 2008	set. 2009	set. 2010	set. 2011	Var, % (2008/11)
Total	1179	1112	1.044	988	-16,20
Administradora de benefícios			-	-	-
Autogestão	188	177	170	166	-11,70
Cooperativa médica	209	196	186	169	-19,14
Cooperativa odontológica	113	105	104	92	-18,58
Filantropia	78	74	70	67	-14,10
Medicina de grupo	344	315	289	273	-20,64
Odontologia de grupo	245	243	224	219	-10,61
Seguradora especializada em saúde	2	2	1	2	0

Fonte: Cadernos de Saúde Suplementar, ANS.¹⁷

95. Atualmente, 1.258 operadoras de planos de saúde estão ativas, cobrindo um total de 50.270.398 beneficiários no Brasil. Destas, apenas 29 operadoras já representam mais de 50% do total de beneficiários do país. As duas maiores operadoras, por sua vez, juntas, reúnem, aproximadamente, 14% do número de beneficiários nacionais, o equivalente a uma cobertura de 7.483.802 milhões de pessoas.¹⁸
96. As tabelas abaixo explicitam o número de operadoras em cada faixa de beneficiários e o número de usuários de cada OPS no Brasil.

Nº de OPSs. por Faixa de Beneficiários - Dez/2013

Faixa de Beneficiários.	OPSs. com Beneficiários
TOTAL	1.258
1 a 5.000 beneficiários	433
5.001 a 10.000 beneficiários	175
10.001 a 20.000 beneficiários	229

¹⁷ FERNANDES JUNIOR, Hugo. TEIXEIRA, Luciana. **Concentração no setor de planos de saúde**, p.7. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/>.

¹⁸ Fonte dos dados: ANS – Tabnet. Consulta em 07/07/2014.



20.001 a 50.000 beneficiários	207
50.001 a 100.000 beneficiários	116
100.001 a 500.000 beneficiários	73
Acima de 500.000 beneficiários	25

**Operadora x Nº de Beneficiários
Dez/2013**

005711-BRADESCO SAÚDE S/A	3.673.157
006246-SUL AMERICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE	1.578.733
306622-AMICO SAÚDE LTDA	1.259.537
326305-Amil ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A.	3.810.645
339679-CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENT	1.403.133
343889-UNIMED BH COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO	1.179.849
359017-INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S/A	1.427.911
368253-Hapvida ASSISTENCIA MEDICA LTDA	1.838.759
393321-UNIMED-RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO	1.043.890
000701-UNIMED SEGUROS SAÚDE S/A	541.499
301337-UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE	751.656
304701-UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE	561.852
319996-UNIMED DO ESTADO DE SP - FEDERAÇÃO ESTADUA	535.510
323080-GEAP AUTOGESTÃO EM SAÚDE	589.428



325074-GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE S.A	420.449
335690-UNIMED CAMPINAS - COOPERATIVA DE TRABALHO	531.172
346659-CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO B	716.484
352501-UNIMED PORTO ALEGRE - COOPERATIVA MÉDICA L	557.454
403911-GOLDEN CROSS ASSISTENCIA INTERNACIONAL DE	550.214
000582-PORTO SEGURO - SEGURO SAÚDE S/A	356.072
303976-UNIMED DE BELÉM COOPERATIVA DE TRABALHO ME	331.829
317144-UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALH	357.963
353761-EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFO	367.584
357391-UNIMED VITORIA COOPERATIVA DE TRABALHO MED	310.983
382876-UNIMED GOIANIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉD	290.818
309222-GRUPO HOSPITALAR DO RIO DE JANEIRO LTDA	280.212
312924-CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	266.200
325571-UNIMED NORDESTE RS SOCIEDADE COOPERATIVA D	242.654
000515-ALLIANZ SAÚDE S/A	231.999
Outras	24.262.752
Total	50.270.398

97. Os dados demonstram que, nos últimos anos, o setor de saúde complementar apresentou uma contínua redução do número de pequenas operadoras e um significativo aumento das operadoras de grande porte. Paralelamente a isso, a maior parte dos beneficiários se deslocou das pequenas para as “médias” operadoras, o que resultou na elevação do índice de concentração do setor.



98. A tendência é que esse movimento de concentração se intensifique nos próximos anos. Isso porque, como advertem Furquim e Almeida¹⁹, há uma série de características no setor de saúde suplementar, como as assimetrias de informação, a existência de externalidades difusas, o risco de insolvência e a crescente necessidade de intervenção do Estado, que conferem maior eficiência ao funcionamento do mercado quando existe um número reduzido de operadoras de grande porte.
99. Observa-se, em primeiro lugar, que o setor de saúde exige, naturalmente, investimentos elevados para a elaboração de novos equipamentos e produtos. Ademais, há uma grande assimetria de informação entre as OPSs e os prestadores de serviços e entre estes e os beneficiários. Como os médicos possuem mais informações sobre os usuários dos que as operadoras, podem ter incentivos para despender recursos de modo ineficiente, ampliando as despesas. Por outro lado, o consumidor, por não ter conhecimento técnico sobre seus problemas de saúde, pode ter um estímulo para sobreutilizar os serviços da rede referenciada, já que o custo marginal pela utilização é próximo de zero, após a aquisição do plano.
100. Outro elemento que pode ter contribuído para o movimento de concentração do mercado foi o novo marco regulatório do setor. Além de ter instituído a cobertura obrigatória mínima e ter estipulado limites máximos para o prazo de carência, as regras da ANS impuseram restrições ao cálculo do prêmio e exigiram que as OPSs detivessem não apenas um capital social mínimo, mas também provisões de risco e determinada margem de solvência.
101. Apesar de proteger o consumidor, essas medidas elevaram os custos das operadoras de saúde, criando maiores incentivos para a concentração e reforçando as barreiras à entrada. Segundo Furquim e Almeida²⁰, ao eliminar a possibilidade de diferenciar a cobertura dos serviços de saúde, a regulação alterou profundamente a estrutura de risco das operadoras, levando à saída das empresas de menor porte, que não detinham ganhos de economia de escala e

¹⁹ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p. 4. Disponível em

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.

²⁰ Ibidem, p.4.



- eram menos eficientes. Basta dizer que, em pouco mais de 10 anos, o número de operadoras ativas sofreu uma redução de mais de 30%, passando de 2.639 em 1999 para 1360 em 2011²¹.
102. Além das exigências econômico-financeiras impostas pelo órgão regulador, a necessidade de constituir uma marca confiável e uma rede de provedores de qualidade também constitui uma barreira à entrada, por se tratar de custos irreversíveis. No setor de saúde suplementar, a confiança é particularmente importante, e, na ausência de uma certificação pública, a reputação do fornecedor de produtos e serviços de saúde passa a ser muito relevante para o consumidor. A importância da marca dificulta não apenas a entrada de novos concorrentes, mas também impede que os profissionais de saúde possam, isoladamente, oferecer seus serviços sem o intermédio de uma operadora.
103. Outro fator que facilita o exercício do poder de compra pelas OPSs são os custos de mudança (*switching costs*) não apenas dos consumidores finais, mas também dos prestadores de serviços. Com efeito, a grande assimetria informacional existente nesse mercado faz com que as migrações tenham custos de transação elevados, pois nem sempre os usuários são devidamente informados quanto à possibilidade de migração, às condições em que a migração poderia ocorrer e às suas principais consequências, tais como a portabilidade de direitos e as carências, dentre outros. No que se refere aos médicos, a mudança de operadora poderá resultar em perda de parte considerável dos pacientes por não serem beneficiários da nova OPS, sendo, muitas vezes, complexa a recomposição da carteira. Ademais, quando um médico deixa de atender um paciente em um dia, esse tempo não é recuperável, o que reforça os custos de mudança.
104. As características descritas acima ajudam a entender o significativo aumento nas operações de fusões e aquisições no setor de saúde, por meio de aquisições de empresas do mesmo setor – concentração horizontal –, ou mesmo, por aquisições de empresas a montante ou a jusante na cadeia produtiva – concentração vertical –, ainda que em menor número. Entre 2003 e 2010, foram

²¹ Dados citados na Nota Técnica da Superintendência-Geral (fl. 831), obtidos no Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar 2008 – Versão Preliminar. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2009.



notificadas ao SBDC 29 operações envolvendo uma das situações mencionadas acima.²²

105. Ao se observar mercados geográficos específicos, verifica-se que, em vários deles, os principais planos de saúde já detêm mais de 20% do segmento. Entre 2003 e 2006, cerca de 75% dos municípios apresentaram HHI superior a 1800 pontos, considerando o número de beneficiários.²³ Além disso, o C4 vem aumentando reiteradamente, tendo passado de 17,08, em 2006, para 19,73 em 2008²⁴.
106. A análise do mercado de saúde suplementar demonstra a evidente assimetria dos médicos diante das OPSs. Já se viu que o setor é concentrado e que apresenta uma série de características que reforçam a tendência de concentração e facilitam o exercício do poder econômico detido pelas operadoras.
107. Em que pese a jurisprudência do CADE, como visto anteriormente, entender que o estabelecimento de tabela de preços pelas entidades representativas da categoria médica é, em regra, ilícito, a controvérsia não está propriamente na existência ou não de desigualdade entre médicos e operadoras – que é reconhecida unanimemente –, mas nos limites admitidos pelo direito antitruste para endereçar o problema. Com efeito, mesmo aqueles que condenam a conduta têm reconhecido a fragilidade dos médicos frente ao poder de compra das operadoras de planos de saúde.
108. A própria Superintendência-Geral admite expressamente essa assimetria, como se depreende do seguinte trecho da Nota Técnica proferida no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71, em que figuram como representados a FENAM, a AMB e o CFM:

"Reconhecendo, assim, a patente desigualdade nas relações travadas entre operadoras e médicos, é preciso que a sociedade e as estruturas públicas reflitam sobre a possibilidade de criação de instrumentos que equalizem o problema." (grifo nosso, fl. 227).

²² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MACHADO, Kenys Menezes, op. cit, p.1.

²³ ALMEIDA, Silvia Fagá. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro**. Tese apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção de título de Doutora em Economia. São Paulo, 2009, p. 116. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/>.

²⁴ Dados citados na Nota Técnica da Superintendência-Geral (fl. 831), obtidos no Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar 2008 – Versão Preliminar. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2009).



109. No mesmo documento, a SG chega afirmar que o desequilíbrio na relação entre OPSs e médicos pode colocar em risco o setor de saúde suplementar no país, ao alertar que “só será possível sustentar a sobrevivência da saúde suplementar no Brasil se o Estado criar ou autorizar instrumentos que viabilizem maior equilíbrio na relação entre médicos e operadoras de planos de saúde.” (fl. 230).
110. A preocupação justifica-se ainda mais quando analisamos a forma como ocorrem as negociações entre as OPSs e seus prestadores de serviços. Não bastasse a concentração no mercado de operadoras de planos de saúde, a análise dos casos tem demonstrado que elas também negociam por meio de uma entidade representativa, sobretudo as OPSs classificadas na modalidade de autogestão. É significativo que, das 60 condenações impostas pelo CADE acerca da matéria, aproximadamente 50% originaram-se a partir de representações encaminhadas pela UNIDAS (União Nacional das Entidades de Autogestão), como demonstra a tabela abaixo:

Processos julgados no CADE que tiveram a participação da UNIDAS		
Tipo	Representante	Representada
Arquivada	4	1
Condenada	24	3
Total	29	4

Elaboração: Secretaria de Direito Econômico

111. O caso em análise enquadra-se exatamente nessa hipótese. Como se depreende dos autos, a representação foi encaminhada pelo CIEFAS (atual UNIDAS), associação que congrega cerca de 140 operadoras de saúde que operam na modalidade de autogestão.
112. Chega a ser curioso e preocupante que as mesmas OPSs que se unem em negociação coletiva para aumentar seu poder de barganha frente aos médicos, sem vislumbrar nenhum problema antitruste nesta iniciativa, venham bater às portas do SBDC para denunciar os médicos quando são estes que tentam negociar coletivamente.
113. Não é sem razão que, no processo sob exame, o representante acabou sendo incluído no polo passivo do procedimento. Como ressaltou a SDE, ao longo da instrução, a associação foi mencionada diversas vezes como a representante das operadoras de autogestão com os prestadores de serviços médicos-hospitalares.



- A própria representação, aliás, confirma a conduta. Além de descrever as reivindicações dos médicos, a representação traz documentos encaminhados ao CIEFAS pelas entidades médicas representadas que atestam claramente que era ela que negociava em nome das OPSs.
114. Para Furquim e Almeida, os dados indicam a possibilidade de que “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tenha sido utilizado como árbitro para solucionar conflitos privados entre as associações de médicos e as operadoras de planos de saúde”²⁵.
115. A conclusão, aliás, ganha reforço quando se analisam os documentos acostados aos autos. Como se verá mais à frente, a “suspensão das ações no CADE” foi um dos compromissos assumidos pelo CIEFAS no processo de negociação realizado na Curadoria do Cidadão, órgão do Ministério Público da Paraíba.
116. Levantamento realizado pelo Departamento de Defesa Econômica, em 2010, por meio do procedimento administrativo para acompanhamento de atividades de mercado, instaurado com fulcro no art. 14, incisos I e II, da Lei 8.884/94, demonstra as recorrentes negociações coletivas no mercado de saúde suplementar. No que se refere às OPSs, como se verá adiante, a UNIDAS é a associação que ocupa papel de maior destaque nessa prática.
117. No referido procedimento, foram encaminhados ofícios para 43 operadoras de planos de saúde, cujo número de beneficiários representa mais de 30% do mercado de planos de saúde brasileiro.
118. Ao analisar as informações prestadas, a SDE concluiu que, das 38 operadoras que responderam às questões encaminhadas, apenas 34,21% afirmaram que as negociações com os prestadores de serviços médicos são sempre realizadas individualmente, sem a intermediação das entidades representativas, quer das operadoras quer dos prestadores. Isso significa que 25 operadoras, que correspondem a 65,78% das OPSs que responderam aos ofícios, realizam ou já realizaram negociações em bloco, seja com representantes das categorias médicas e hospitalares, seja por intermédio de entidades representativas das operadoras de saúde.

²⁵ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p. 18. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



119. Observou-se, ainda, que 9 operadoras de saúde, o que representa 23% da amostra, afirmaram que é prática predominante no mercado de assistência suplementar que a discussão dos valores dos serviços médicos seja realizada por meio de negociações coletivas entre planos de saúde e prestadores, sendo a negociação individual eventual. Dessas, apenas uma afirmou não ser representada por nenhuma entidade durante as negociações, apesar de os médicos estarem organizados em bloco.
120. As manifestações das operadoras sintetizadas abaixo comprovam a negociação coletiva:

“O processo de negociações referentes aos valores de CH e US, bem como SADT, **é feito pela UNIDAS**, com os representantes das classes médicas e hospitalares. Os valores finais são definidos em assembleia com representantes das operadoras de planos de saúde” (fl. 1532). (grifo nosso).

“O processo de negociação **é sempre conduzido pela UNIDAS**, que monta comissões de negociação específicas para as diversas áreas como hospitais, honorários médicos, honorários de anestésias. No final de cada processo negocial, a Unidas submete a proposta acordada à aprovação das afiliadas (...) As negociações sempre são realizadas pela Unidas, que negocia individualmente com os prestadores, ou com entidades representativas destes” (fls. 1906 a 1907). (grifo nosso).

“As negociações são realizadas através das Superintendências Regionais da Unidas, podendo, **eventualmente**, serem negociadas individualmente” (fl. 3036). (grifo nosso).

“A FUNASA SAÚDE paga aos fornecedores os valores em torno daqueles negociados **pela entidade representativa do segmento de autogestão no Estado da Paraíba** (...) Unidas PB e os representantes das entidades médicas – AMBPB e Sindicatos dos Médicos do Estado da Paraíba – por meio de negociações paritárias” (fl. 332).

121. Outro exemplo dessa afirmação pode ser encontrado no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71²⁶, no qual se verifica que, dentre as exigências apresentadas pela UNIDAS, quando da apresentação de sua proposta de honorários à Associação Médica Brasileira, ao Conselho Federal de Medicina e à Federação Nacional dos Médicos, estava a proibição de que fossem realizadas

²⁶PA 08012.004276/2004-71, Conselheira Relatora Ana Frazão, processo pendente de julgamento. Representadas: Confederação Médica Brasileira, Federação Nacional dos Médicos, Associação Médica Brasileira e Conselho Federal de Medicina.



negociações paralelas com suas afiliadas nos estados (PA 08012.004276/2004-71, fl. 3)

122. Interessante notar que as próprias entidades representativas das operadoras de saúde, principais representantes nos processos administrativos instaurados em desfavor das entidades médicas, como mencionado acima, já foram condenadas pelo Tribunal do CADE por elaborar lista referencial de honorários e procedimentos médicos e impô-la aos prestadores de serviço. Foi o que ocorreu no Processo Administrativo nº 08000.020425/96-71, em que o Conselheiro-Relator, Thompson Andrade, entendeu que o CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde “atuou de forma a subverter os mecanismos de formação de preços dos serviços médicos e hospitalares através da imposição de novo valor de coeficiente de honorários médicos (CH), induzindo suas entidades filiadas à prática de conduta cartelizada entre concorrentes”.
123. Em que pese o CADE ter determinado ao representado que se abstivesse de elaborar e divulgar tabelas de preços sobre valores de serviços médicos e hospitalares entre seus filiados e de influenciá-los, de qualquer outra forma, a uniformizarem condutas, a entidade insistiu na prática anticoncorrencial, motivo pelo qual foram instaurados novos processos administrativos, quais sejam, o PA nº 08012.001098/2001-84, o PA nº 08012.009443/1998-15 e o PA nº 08012.002153/2000-72. Em todos os casos, o representado foi condenado à unanimidade pelo Tribunal, por ter divulgado às suas filiadas Lista Referencial de Honorários e Procedimentos Médicos, impedindo a livre negociação entre as partes para a formação de preços, segundo critérios de mercado.
124. No caso sob exame, como mencionado anteriormente, o CIEFAS também foi incluído no polo passivo do processo administrativo. Como se verá adiante, há indícios nos autos não apenas de que o representado negociava coletivamente em nome de suas filiadas, mas também que pretendia impor aos prestadores de serviços médicos a Tabela Ciefas/2000, cuja ilicitude já foi declarada pelo CADE.
125. Os dados acima revelam que há uma evidente assimetria entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços médicos/pessoas naturais. Além de se tratar de um mercado concentrado, observou-se que, em regra, as OPSs também



negociam coletivamente por meio de entidades representativas, inclusive com a imposição de tabelas de honorários aos prestadores de serviço.

126. O mero fato de as OPSs se organizarem coletivamente, independentemente da imposição de tabelas, já cria inequívoca disparidade de poder frente aos médicos, caso a estes seja negado o direito de também negociarem coletivamente. Por outro lado, mesmo que não haja a negociação coletiva por parte das OPSs, é inequívoco que, diante dos médicos individualmente considerados, mesmo OPSs pequenas apresentam-se em posição de evidente assimetria, situação que se reforça ainda mais diante das grandes OPSs.
127. Há, portanto, elementos claros da possibilidade de incidência da tese do poder compensatório como excludente da ilicitude da prática de influência de conduta concertada para a prestação de serviços médicos: (i) grande representatividade dos planos coletivos, em relação aos quais o reajuste é fixado livremente pelas OPSs, sem regulação da ANS, (ii) mercado concentrado e com tendência a se tornar ainda mais concentrado, com a presença de grandes e importantes OPSs e (iii) negociação coletiva por parte das OPSs. É sobre essa excludente que passamos a tratar na próxima seção.

VII.4. A tese do poder compensatório e a reprovabilidade da conduta

VII.4.1. A importância da discussão sobre o poder compensatório

128. A tese do poder compensatório ganhou proeminência no célebre livro do economista norte-americano John Kenneth Galbraith, *Capitalismo Americano*²⁷. Segundo ele, com o incremento do grau de concentração do poder privado, houve o desaparecimento da concorrência em sua forma clássica e a sua substituição por um mercado caracterizado por um pequeno grupo de empresas organizadas em cartel ou em colusão tácita. A partir daí, a concorrência deixou de ser vista como o único mecanismo de regulação do mercado, abrindo espaço para o chamado poder compensatório. Galbraith foi o primeiro autor a indicar que a coordenação horizontal e a concentração do mercado poderiam trazer

²⁷ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008.



benefícios sociais, na medida em que poderiam compensar as assimetrias de poder nas negociações entre os agentes econômicos.

129. Nas palavras do autor, “no mercado típico de poucos vendedores, a restrição ativa não é proporcionada pelos competidores, mas pelos compradores poderosos, do outro lado do mercado. Dada a convenção contra a concorrência de preços, é o papel do competidor que se torna passivo nesse mercado”²⁸.
130. A tese do poder compensatório, portanto, defende que os efeitos do monopsonio ou do monopólio podem ser compensados com a integração horizontal no lado do fornecedor ou do comprador. A ideia é que a referida integração levará à formação de um monopólio bilateral, proporcionando um equilíbrio de forças entre esses agentes. Ao mitigar o poder de mercado preexistente, o poder compensatório poderá reduzir seus efeitos deletérios, levando ao aumento de bem estar.
131. Por essa mesma razão, Blair e DePasquale²⁹ afirmam que, enquanto fusões que levam à criação de monopólios ou monopsonios têm consequências claramente anticompetitivas, operações que criam uma situação de monopólio bilateral podem ser pró-competitivas, pois o surgimento do poder compensatório pode levar ao incremento do bem estar social.
132. Dessa maneira, se a ideia do direito antitruste é precisamente a de controlar o poder econômico, é inequívoco que não pode ficar insensível a condutas que têm justamente esse objetivo.
133. Segundo Galbraith, o incentivo para o exercício do poder compensatório, entretanto, só existe quando há um poder de mercado original. Assim, a concentração entre compradores de bens intermediários surge, sobretudo, em resposta ao poder de mercado original exercido pelos ofertantes.
134. Não por coincidência os sindicatos mais poderosos surgiram justamente naquelas indústrias mais fortes, de aço, de automóveis e de mineração. Da mesma forma, no negócio varejista, o poder compensatório identifica-se com as grandes e poderosas empresas de varejo, segmento no qual houve o surgimento

²⁸ Ibidem, p.96.

²⁹ BLAIR, Roger.D; DEPASQUALE, Cristina. Considerations of Countervailing Power. In: **Review of Industrial Organization**, August 2011, Volume 39, Issue 1-2, pp. 137-143.



- de cadeias de alimentos, cadeias de lojas de variedades, cadeias de lojas de departamentos, etc.
135. Aliás, foi justamente a discussão sobre as negociações coletivas dos sindicatos que introduziu no âmbito da política da concorrência a questão dos efeitos compensatórios da barganha coletiva. Basta dizer que, em seus primeiros anos, a aplicação do *Sherman Act* destinou-se quase exclusivamente a ações promovidas por empregadores contra sindicatos, até que, em 1932, essas organizações ganharam isenção antitruste com a promulgação do *Norris La Guardia Act*.
136. O poder compensatório acabou justificando outras hipóteses de isenção antitruste. Na Europa, como lembra Goldberg³⁰, qualquer acordo conjunto de compra entre fabricantes, desde que pelo menos um deles tenha faturamento inferior a R\$ 100 milhões de euros por ano, por exemplo, não se submete à legislação concorrencial. Na Alemanha, as cooperativas de compra formadas por pequenas e médias empresas também estão isentas do direito antitruste.
137. Em certa medida, a tese do poder compensatório também foi acolhida no caso *Appalachian Coals v. United States*, em que 137 produtores de carvão criaram uma agência de venda conjunta para obter preços melhores de venda. A Suprema Corte Norte-Americana alterou a decisão do Tribunal inferior, que sustentava que a conduta dos produtores violava as seções 1 e 2 do *Sherman Act*. Em primeiro lugar, a Corte ressaltou que o mero fato de as partes eliminarem a competição entre elas não era suficiente para condená-las. Destacou ainda as condições deploráveis da indústria de carvão e a presença de agências organizadas de compradores e de grandes consumidores, com poder de compra concentrado, criando um “mercado de compra (*buyer market*)”³¹.
138. Já no que diz respeito à União Europeia, o seu Guia de Cooperação Horizontal menciona expressamente o conceito de poder compensatório, recomendando que, na análise dos atos de concentração, a existência de poder compensatório seja examinada como um fator capaz de mitigar o poder de mercado das empresas que constituem o objeto da operação.

³⁰ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p.152.

³¹ Sobre isso, ver BLAIR, Roger D; HARRISON, J. L. *Monopsony in Law and Economics*. Cambridge University Press, 2010, p. 124.



139. Entretanto, como explicam Furquim e Almeida³², a referência aparece apenas de forma secundária, até porque não se trata de um poder compensatório que resulta da concentração horizontal associada a um ato de concentração ou de uma conduta concertada, mas sim de um elemento que já existe no mercado e pode atuar de forma compensatória, equilibrando a barganha que o comprador tem em relação ao vendedor na negociação comercial.
140. Como se pode observar pelas discussões supramencionadas, o poder compensatório consiste, portanto, na coordenação de conduta entre concorrentes visando à adoção de práticas comerciais uniformes com o objetivo de ampliar seu poder de barganha para obter melhores condições negociais, reduzindo o desequilíbrio de poder em relação ao outro elo da cadeia produtiva.
141. A ação coordenada poderá decorrer da formação de associações, cooperativas, sindicatos ou por meio de fusões, sempre com o objetivo de fazer frente ao poder de um ofertante ou comprador. Nesse caso, tem-se que o poder compensatório é exercido para criar uma estrutura que possa se contrapor minimamente ao poder econômico detido pela outra parte da negociação. A ideia é empoderar o contratante mais fraco, a fim de lhe conferir maior poder de barganha e, conseqüentemente, tornar a negociação menos desigual.
142. Quando isso não é observado, pode ocorrer uma série de distorções. Como adverte Galbraith³³, além de não haver justificativa para atacar o poder compensatório e deixar intactas as posições do mercado original, isso pode trazer danos ao patrimônio líquido bem como ao funcionamento mais eficiente da economia.
143. O autor ressalta que as consequências da ignorância do poder compensatório foram particularmente graves para a estrutura da indústria norte-americana, pois, em última análise, levou a autoridade antitruste a reforçar exatamente as posições que deveria atacar, em detrimento da livre concorrência:

“As leis antitruste foram invocadas sem discriminação contra empresas que não conseguiram edificar um poder compensatório, enquanto os detentores de um poder original, contra quem se exerce o poder compensatório, não foram perturbados. A autoridade da lei foi

³² FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009, p. 743.

³³ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008, p. 96.



assim colocada ao lado das posições de poder de monopólio e contra o interesse geral. Os resultados foram prejudiciais ao mesmo tempo à economia e ao prestígio das leis antitrustes.”³⁴

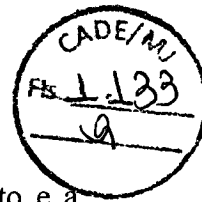
144. Daí sua conclusão de que há uma discriminação favorável ao poder original e hostil ao poder compensatório.
145. Já no direito brasileiro, verifica-se que a tese do poder compensatório só recentemente vem ganhando maior espaço e, mesmo assim, de forma bastante tímida, especialmente no controle de condutas.
146. Como apontam Furquim e Almeida³⁵, argumentos baseados em poder compensatório permeiam análises de atos de concentração, principalmente quando há a alteração do mercado a montante e, ao mesmo tempo, identifica-se um poder de compra preexistente para contrabalançar o poder de mercado dos ofertantes. É o que se depreende do seguinte trecho do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal Brasileiro de 2001:

“Poder de mercado compensatório. Se o aumento da capacidade do exercício de poder de mercado da empresa concentrada contribuir para reduzir a capacidade de exercício de poder de mercado no mercado de insumos (deslocando, por exemplo, os preços dos insumos, que antes da concentração estivessem distorcidos, até seus níveis competitivos), a SEAE e a SDE considerarão este evento uma eficiência específica do ato”. (p.18).

147. Entretanto, nos casos de conduta, a criação de poder compensatório vem sendo entendida como a formação de um cartel, mesmo não havendo justificativa econômica para a diferença de tratamento.
148. De fato, ao assim entender, o direito antitruste não apenas pode estar incidindo em grave contradição interna – protege-se indevidamente a posição dominante original, mas não o poder compensatório –, mas também em grave contradição sistêmica, constatada a partir da sua comparação com as demais áreas do sistema jurídico. Basta lembrar que o moderno direito contratual considera a assimetria entre os contratantes como um dos principais critérios de classificação dos contratos na atualidade, a fim de ensejar uma proteção diferenciada ao contratante mais fraco, seja por meio de regras específicas, seja por meio de

³⁴ Ibidem, p. 96.

³⁵ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009, p. 743.



cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a equivalência material das prestações.

Dessa forma, até mesmo o direito privado, cujas raízes oitocentistas liberais e individualistas eram indiferentes às distinções de poder entre as partes, hoje procura se adaptar para compensar o contratante mais fraco. Não faz sentido, pois, que o direito antitruste, cuja missão, desde a origem, é precisamente a de controlar o poder econômico, possa ser indiferente a questões relacionadas à assimetria entre as partes, ainda mais quando se trata de punir agentes que alegam estar buscando compensar o poder econômico do outro contratante.

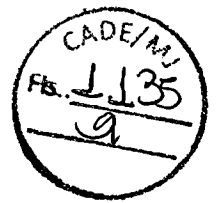
VII.3.2. Poder compensatório no mercado de saúde suplementar

149. No setor de suplementar, as discussões sobre o poder compensatório projetam-se com especial relevância, em razão da grande assimetria existente entre os prestadores de serviços e as operadoras de planos de saúde.
150. Como ressaltado anteriormente, o mercado de saúde suplementar brasileiro é concentrado. Segundo a SDE, 75% dos municípios apresentaram HHI superior a 1800 pontos entre 2003 e 2006. Em 2013, as duas maiores OPSs detinham 14% dos beneficiários de saúde no Brasil, o que equivale a mais de sete milhões de usuários. Ademais, já se viu que as OPSs também negociam coletivamente, acentuando o desequilíbrio.
151. No caso sob exame, é possível observar que todas as negociações com as entidades de autogestão descritas no processo foram realizadas com a intermediação do CIEFAS (atual UNIDAS), motivo pelo qual a representante acabou sendo incluindo no polo passivo.
152. Não é sem razão que a evolução do mercado de saúde suplementar tem sido marcada por intensos conflitos distributivos, reforçados pelo aumento de custos decorrente da regulação mais estrita do setor, que tem levado as OPSs a reduzirem o valor da remuneração das consultas e dos procedimentos médicos, gerando a insatisfação da categoria. Segundo os médicos, os reajustes em seus honorários são não apenas inferiores ao repassado pelas operadoras aos beneficiários finais, como sequer compensam o índice de inflação do período.



153. Assim, com a finalidade de se contrapor ao poder econômico das tomadoras de serviço, os médicos se organizam coletivamente para negociar de forma mais equilibrada com as OPSs. Dentre as ferramentas utilizadas pela categoria, destacam-se: (i) a exigência de preços mínimos ou a utilização de tabelas de honorários mínimos para a remuneração de médicos e procedimentos médicos; e (ii) a organização dos médicos em associações, sociedades e cooperativas.
154. Nos Estados Unidos, os médicos chegaram a propor um projeto de lei, o *Quality Health Coalition Act (H.R.1304)*, que concedia isenção antitruste à negociação coletiva entre médicos e operadoras. Argumentavam que o poder de monopólio exercido pelas operadoras de saúde levava à fixação de preços inferiores ao nível competitivo, reduzindo a qualidade dos serviços prestados aos consumidores.
155. O projeto federal acabou sendo rejeitado pelo Congresso norte-americano, sob o argumento de que a barganha coletiva dos médicos levaria ao aumento dos custos das operadoras, que seriam repassados ao consumidor final. Afirmou-se que, com o aumento nos prêmios, havia o risco de que alguns consumidores deixassem o mercado de saúde suplementar, ampliando os custos do governo com a saúde. No âmbito estadual, entretanto, foram aprovadas leis que autorizam a barganha coletiva dos médicos no Alaska, em New Jersey e no Texas.
156. A FTC argumentou que as leis eram desnecessárias, pois a legislação antitruste já admitia a possibilidade de que grupos de médicos discutissem questões relacionadas ao exercício da profissão, inclusive aquelas concernentes aos honorários médicos.
157. A objeção, contudo, como ressaltam Blair e DePasquale³⁶ é falaciosa, pois o que equilibra a relação entre a categoria médica e os tomadores de serviços é a possibilidade de negociar coletivamente; a discussão, por si só, não permite que os médicos exerçam uma barganha efetiva no processo de negociação com as operadoras.
158. A mesma linha de argumentação das autoridades antitruste norte-americanas vem sendo adotada pelo SBDC. No PA 08012.004276/2004-71, em que figuravam como representadas as entidades médicas nacionais, a SG ressaltou

³⁶ BLAIR, Roger D. DEPASQUALE, Christina. Considerations of Countervailing Power. In: **Review of Industrial Organization** August 2011, Volume 39, Issue 1-2, p.142.



que a coordenação entre profissionais ou empresas que exerçam a mesma atividade econômica para a definição de padrões de negociação com tomadores de serviço viola a livre concorrência e, portanto, em consonância com a ponderação de interesses, só poderia ser mitigada caso houvesse outro princípio constitucional em jogo.

159. O argumento, contudo, não se sustenta. Ora, havendo posição dominante da outra parte, não há que se falar propriamente em livre concorrência, motivo pelo qual a aceitação do poder compensatório, na verdade, ocorre justamente para viabilizar a proteção desta última.
160. Recentemente, a assimetria entre os médicos e operadoras de saúde fomentou a promulgação da Lei 13.003/2014. Dentre outras medidas, a referida Lei estabelece que deverá haver o reajuste anual dos honorários médicos, pelo valor obrigatoriamente previsto no contrato de credenciamento. Em caso de descumprimento da regra, a ANS deverá decidir sobre o índice de reajuste que será implementado, quando for o caso.

VII.4.3. O problema da dupla margem

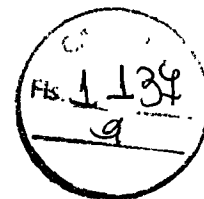
161. Em que pesem os argumentos mencionados acima, verifica-se que o poder compensatório tem sido ou ignorado ou rechaçado, de plano, pelas autoridades de defesa da concorrência.
162. No setor de saúde suplementar, a dupla margem tem sido o principal argumento utilizado para fundamentar a ilicitude das tabelas de honorários médicos e da negociação coletiva.
163. Foi exatamente isso que defendeu a Superintendência-Geral em sua Nota Técnica, segundo a qual, em mercados de alta concentração, como o de planos de saúde, as empresas têm incentivos para repassar o aumento dos insumos ao consumidor final.
164. Esse também foi o entendimento do Conselheiro Luís Schuartz, no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, no que foi acompanhado pelo Tribunal. Embora tenha reconhecido expressamente a existência de assimetrias entre médicos e os grandes planos, destacou que isso não poderia ser considerado suficiente para afastar a infração concorrencial, pois a ação



concertada dos médicos tenderia a ampliar os custos para os consumidores. Assim, o único remédio consistente com a legislação antitruste seria punir o exercício abusivo do poder de monopólio e não conceder imunidade às condutas concertadas por parte dos médicos.

165. Trata-se da mesma solução proposta pelas autoridades de defesa da concorrência norte-americanas. A importância do tema dos Estados Unidos levou o U.S DoJ e a FTC a se manifestarem conjuntamente, rejeitando explicitamente a tese do poder compensatório, sob o argumento de que assegurar a possibilidade de barganha coletiva pelos médicos poderia levar ao aumento dos custos para o consumidor sem garantir maior qualidade nos serviços prestados. Segundo a jurisprudência norte-americana, se a existência de monopólio já tende à redução da quantidade de produtos ou serviços ofertados, levando à perda de bem estar alocativo, a proteção do poder compensatório do lado da oferta não apenas reforçaria essa ineficiência, como aumentaria os preços cobrados do consumidor. Daí por que a melhor solução – *first best* – é preservar as condições de livre concorrência tanto no lado da demanda quanto da oferta, evitando a aquisição de monopólio ou seu exercício abusivo.³⁷
166. De fato, não há dúvida de que o melhor seria evitar a formação do monopólio ou, uma vez existente, evitar que ele abusasse de seu poder, raciocínio que poderia ser estendido às outras formas de aquisição e exercício de posição dominante. Ocorre que essa solução não é trivial e não vem ocorrendo na prática.
167. No que diz respeito à criação do monopólio, ela pode ter decorrido da maior eficiência do agente econômico, sendo, portanto, legítima. Acresce que, especialmente no setor de saúde suplementar, há razões de mercado e exigências regulatórias que, tal como já foi exposto, levam a uma crescente concentração do setor.
168. Por outro lado, a prova de abuso do agente que detém poder de monopólio ou grande poder em determinado mercado é, muitas vezes, bastante complexa. Obviamente, se a melhor solução pode ser, muitas vezes, inexecutável, não se

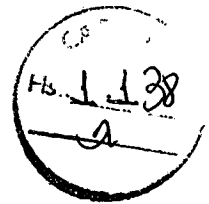
³⁷ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009, p. 742.



pode ignorar a realidade e adotar soluções paliativas que não compõem adequadamente o conflito de interesses.

169. Já se viu que as consequências de ignorar o poder compensatório podem ser particularmente graves, até porque, diante da dificuldade de implementar a solução *first best*, a autoridade antitruste acabará punindo o poder compensatório e preservando o poder de mercado original, acentuando os problemas anticoncorrenciais no mercado.
170. Registre-se que as condutas das operadoras de planos de saúde são evidentemente muito mais difíceis de punir do que a suposta atuação concertada dos médicos. Isso porque, diante do patente desequilíbrio existente entre as OPSs e os prestadores de saúde, estes últimos acabam tendo de se valer de instrumentos muito mais explícitos e incisivos para assegurar alguma razoabilidade na negociação, como a paralisação dos atendimentos médicos. Em compensação, as OPSs podem impor suas tabelas e, diante da resistência de algum profissional em aceitar determinada cláusula dos contratos de adesão elaborados por elas, simplesmente trocam de prestador de serviço, sem que isso possa ser facilmente identificado pela autoridade antitruste como um ilícito.
171. Tal aspecto do problema precisa ser devidamente realçado, porque tem desdobramentos importantes no caso concreto: quando as OPSs recusam-se a negociar com os médicos, elas estão, na verdade, impondo os seus preços a estes, conduta que não se diferencia essencialmente da tentativa dos médicos de imporem preços mínimos ou tabelas de honorários mínimos às OPSs.
172. O problema não passou despercebido por Galbraith. Segundo o autor, vários estudiosos têm apontado que o poder compensatório é a segunda melhor solução, já que o ideal seria evitar a concentração de mercado nos dois elos da cadeia produtiva. Entretanto, o autor alerta que a tese do *first best*, apesar de sedutora, é bastante irreal, como se verifica dos trechos abaixo:

“Vários que aceitaram como desejável o desenvolvimento do poder compensatório por grupos outrora carentes têm sido, entretanto, cuidadosos ao apontar que ele é, decididamente, a segunda melhor solução. Dado o poder da empresa industrial moderna, é sem dúvida bom que aqueles que fazem negócios com ela tenham a capacidade de se proteger. Mas seria melhor ter evitado essa luta entre mamutes. Há algo assustador e possivelmente perigoso nessa negociação entre



vastas agregações. Seria melhor ter negado poder a todos. O mundo do poder compensatório pode ser tolerável, mas é altamente imperfeito. **Esse é um argumento atraente, embora seja improvável que atraia alguém interessado em resultados. Esforços passados para extirpar o poder econômico têm sido notavelmente ineficazes. Não se pode supor que venham a ser mais bem-sucedidos no futuro. O poder econômico pode, de fato, ser inerente ao capitalismo bem-sucedido. Faríamos melhor em nos contentarmos com as restrições a que estamos sujeitos do que buscarmos uma Terra do Nunca na qual elas seriam tornadas desnecessárias.**"³⁸

173. Furquim e Almeida também criticam a crença na solução *first best*, tal como se adota nos EUA. Destacam que, em determinados mercados, não é possível assegurar condições de concorrência perfeita, até porque o poder econômico de eventual monopsonista pode decorrer de conquistas legítimas. Assim, a solução do *first best* acaba partindo da premissa equivocada de que a intervenção no exercício do poder de monopsonio seria viável e eficaz:

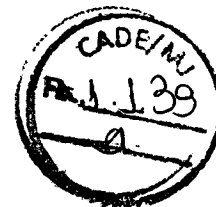
"Entretanto, dado que há mercados em que as condições de concorrência perfeita são irreplicáveis, seja por características tecnológicas e informacionais, seja porque a posição dominante de uma empresa foi legitimamente conquistada, não há possibilidade de intervenção antitruste. Ao explicitamente assumir que o "*better approach*" é assegurar efetivo *enforcement* antitruste também com relação aos planos de saúde, a jurisprudência americana considera que tal intervenção é possível e eficaz. Desse modo, a posição expressa no parágrafo acima rejeita implicitamente o "critério de irremediabilidade" de Williamson (1996), segundo o qual a noção de eficiência deve levar em consideração apenas as alternativas viáveis."³⁹

174. Da mesma forma, Blair e Harrison⁴⁰ indicam que não há nenhum remédio no direito antitruste capaz de controlar os efeitos do exercício não abusivo do monopsonio. As únicas formas de fazê-lo seria promover uma reestruturação do

³⁸ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. **Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório**. São Paulo: Novo Século, 2008, p.121.

³⁹ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: **Revista de Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 744.

⁴⁰ BLAIR, Roger D. HARRISON, Jeffrey L. Antitrust Policy and Monopsony. In: **Cornell Law Review**, 1996.



mercado, capaz de impedir perdas de bem estar associadas à ineficiência alocativa ou regular os preços.

175. A primeira solução não é razoável, pois poderia resultar em uma ineficiência produtiva, nas hipóteses em que o monopólio foi alcançado naturalmente. Já a regulação dos preços obrigaria a autoridade antitruste a afastar-se do seu papel tradicional. Ao eliminar a possibilidade de lucros supracompetitivos, a regulação acabaria por afastar também os incentivos para que novos agentes entrem no mercado. Ademais, o que direito da concorrência proíbe é o exercício abusivo do poder de mercado e nem sempre o uso desse poder para influenciar preços será abusivo.
176. Diante de todas as dificuldades mencionadas, o poder compensatório torna-se a alternativa mais realista – quando não a única alternativa viável – para compor os conflitos entre médicos e OPSs, assegurando a livre concorrência. Ademais, a referida tese não encontra objeções convincentes. Como se verá adiante, mesmo o problema do repasse de eventuais aumentos dos planos ao consumidor é ainda bastante controverso, havendo, inclusive, estudos que demonstram o oposto.
177. Acresce que, ainda que houvesse o referido aumento a ser repassado aos consumidores, tal circunstância não encerra a discussão. Afinal, também é necessário debater por que, diante de toda a cadeia de serviços, apenas os médicos devem ser sacrificados em nome do consumidor final.
178. Em situações como essas, há que se buscar soluções que conciliem, dentro do possível, todos os interesses em jogo – os dos consumidores, os dos médicos e os das OPSs. O que não é possível é implementar o ideal de proteção do consumidor a partir do esforço e da opressão de apenas um dos elos da cadeia de serviços, ainda mais quando este é justamente o mais fraco deles.

VII.4.4. Os efeitos da conduta sobre o consumidor: o problema do repasse de eventuais aumentos dos planos e a questão da qualidade

179. A ideia de que os impactos do poder compensatório no mercado de saúde suplementar – seja no que diz respeito (i) à formação de cooperativas, sociedades ou associações médicas, seja no que diz respeito (ii) à exigência de preços mínimos para as negociações coletivas ou à existência de tabelas de



honorários para as negociações individuais entre médicos e OPSs – são sempre negativos para o consumidor final, na medida em que acarretariam necessariamente aumento de preços, precisa ser vista com cuidado.

180. Nesse sentido, Furquim e Almeida⁴¹ concluíram, em recente estudo, que, na verdade, *“não há base teórica ou empírica para fundamentar essa presunção”*, tendo a análise empírica realizada por eles demonstrado justamente o contrário, ou seja, que *“existem impactos positivos associados à criação do poder compensatório cristalizada na ação coordenada dos médicos”*. Assim, o CADE pode ter sido utilizado na solução de conflitos privados entre OPSs e médicos, condenando práticas que, em última análise, poderiam levar à redução de preços aos consumidores finais.
181. No referido estudo, os autores analisaram o impacto da existência das cooperativas médicas e da criação do poder compensatório sobre os preços dos planos de saúde cobrados do consumidor final. Os exercícios permitiram testar duas hipóteses: (i) se a existência de associações de médicos implica ou não o aumento do preço do plano de saúde para o beneficiário; (ii) se a criação de poder compensatório leva à redução de preço ao consumidor final. Na análise, foram consideradas todas as cooperativas médicas que, em maio de 2007, detinham mais de 20% de mercado. As informações foram extraídas do Cadastro Nacional de Entidades de Saúde. Também fizeram parte da amostra as cooperativas médicas condenadas entre 2003 e 2006 pela CADE por coordenação na negociação de preços.
182. A análise empírica trouxe evidências que contradizem a presunção tradicionalmente utilizada pelas autoridades antitrustes, de que os arranjos cooperativos entre médicos poderiam levar ao aumento dos planos de saúde, em prejuízo do consumidor. Na verdade, os resultados obtidos levam à conclusão oposta, ou seja, de que a ação coordenada dos médicos pode ser responsável por reduzir os preços repassados aos consumidores:

"A análise empírica empreendida neste artigo apresenta evidências que contradizem a presunção corrente das autoridades antitruste sobre

⁴¹ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p. 17 e ss.

Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



o efeito de arranjos cooperativos entre médicos. Em síntese, os resultados indicam que, no que se refere aos preços de planos de saúde, existem impactos positivos associados à criação de poder compensatório cristalizada na ação coordenada entre os médicos. Ainda que os testes não permitam que se descarte o resultado de dupla-margem, os exercícios 1 e 2 mostram que a existência de cooperativas médicas que buscam equilibrar a assimetria de poder na negociação com as operadoras de planos de saúde - criando poder compensatório - pode ser responsável por reduzir preços aos consumidores finais. Adicionalmente, não se pode ignorar a possibilidade de outros possíveis efeitos benéficos da ação coordenada entre os prestadores de serviços médicos que vão além dos impactos sobre os preços."⁴²

183. Outro estudo sobre o tema desenvolvido pelos mesmos autores confirmou as conclusões citadas acima, de que a criação do poder compensatório, ao contrário do que vem sendo apontado pelas autoridades de defesa da concorrência, pode trazer benefícios para o consumidor. Na referida análise, foram consideradas as principais hipóteses em que o poder compensatório poderia surgir, a saber: (i) concorrência-monopsônio-monopólio; (ii) monopólio-monopsônio-monopólio; (iii) monopólio-monopsônio-monopólio.
184. Os resultados demonstraram que a coordenação horizontal com o propósito de compensar algum poder de mercado da contraparte em uma negociação pode estar associada a benefícios sociais líquidos, como revela o trecho a seguir:

"Foi possível constatar que, em linhas gerais, independentemente da existência de poder de mercado downstream, a maximização conjunta do lucro resulta sempre em negociação dos termos de troca mutuamente benéficos, de forma que há aumento da quantidade produzida, redução do peso morto, isto é, há aumento do bem-estar social. Sem cooperação entre os agentes, a criação de poder de mercado até pode ser benéfica, mas depende de algumas condições acerca das elasticidades-preço. Ou seja, os efeitos da criação de poder compensatório poderão ser positivos a depender da relação entre as elasticidades-preço da oferta e da demanda, assim como da cooperação entre as partes na negociação de forma a configurar um processo de barganha bilateral." (fl. 12)

185. Segundo os autores, o estudo demonstraria que, em determinadas circunstâncias, o exercício do poder de monopsônio pode ser mais nocivo do que o próprio

⁴² Ibidem, pp. 17-18.



resultado da dupla margem, o que evidencia a importância do poder compensatório:

“a depender das elasticidades da demanda e da oferta, o exercício de poder monopsonico pode ser mais deletério do que o resultado da dupla margem, de tal modo que a formação de poder de mercado que mitigue o exercício de monopsonio pode, mesmo ocorrendo dupla margem, gerar benefícios sociais”.⁴³ (grifos nossos).

186. Furquim e Almeida⁴⁴ destacaram, ainda, que o benefício social líquido associado à criação do poder compensatório decorre diretamente da redução dos custos sociais do poder de mercado da contraparte, como se extrai do trecho a seguir: *"É, portanto, enganosa a classificação dessa prática como auxiliar, visto que seu objetivo é apenas atenuar diretamente os efeitos do poder de mercado, sem nenhuma implicação de redução de custos de produção ou de transação."*
187. Embora não venham sendo acolhidas pela jurisprudência, as referidas conclusões encontram apoio em outros autores, como é o caso de Heloísa Lima⁴⁵, que assim analisa a tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar:

"Mesmo com o reconhecimento da existência de um poder de mercado original - contra o qual o pólo oposto se contrapõe - e da potencialidade de a coordenação horizontal causar prejuízos à concorrência, é forçoso reconhecer a existência de situações em que a cooperação horizontal para estabelecimento de preços em resposta ao poder da contraparte pode produzir benefícios líquidos para o bem-estar social."

188. A autora lembra ainda um estudo realizado por Blair e Coffin que concluiu que a negociação coletiva dos médicos pode produzir aumento de bem estar quando o segurador de saúde possuir algum grau de poder de compra dos serviços de saúde⁴⁶:

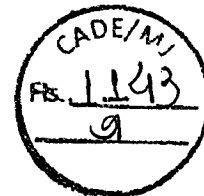
"Um claro propósito dos esforços legislativos é equalizar o poder compensatório entre médicos e planos de saúde. Nesse sentido, o exercício da barganha coletiva será permitido somente nas áreas

⁴³ Ibidem, pp. 2-3.

⁴⁴ Ibidem, p. 12.

⁴⁵ LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. A tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. In: *Revista do Ibrac*, n. v. 15, n. 1, 2008, p.117-118.

⁴⁶ Ibidem, 132-134.



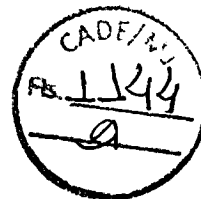
geográficas onde o segurador detiver algum (não-específico) grau de poder de compra dos serviços de saúde. (...)

Na hipótese de o mercado de prestação de serviço médico ser competitivo do lado da oferta e monopsonista do lado da demanda, os acordos horizontais (countervailing power) produzirão resultados econômicos positivos. A estrutura do mercado então montada é conhecida como monopólio bilateral (isto é, monopólio sob o lado da oferta e monopsonio sob o lado da demanda). Considerando que dois 'errados' raramente produzem um 'certo', a legislação (permissionária do poder compensatório) pode parecer contra-intuitiva, mas acrescentar um monopólio ao monopsonio de fato produz bem-estar social."

189. Diante dos resultados mencionados acima, é forçoso reconhecer que o papel marginal que as políticas de defesa da concorrência têm atribuído ao poder compensatório decorre de análises apressadas, que não têm examinado com o devido cuidado, não apenas a teoria econômica, mas os próprios fundamentos do direito antitruste.
190. Ainda que se questionem os resultados apresentados a respeito das eficiências decorrentes do exercício do poder compensatório, **o fato é que também não se pode afirmar que tal exercício, do ponto de vista econômico, é necessariamente ineficiente.** A teoria econômica não condena, de forma apriorística e inexorável, o exercício do poder compensatório, o que reforça ainda mais a necessidade de que tal questão seja analisada com cuidado no controle de condutas. A constatação foi confirmada em recente estudo do Departamento de Estudos Econômicos, produzido especificamente para a discussão em análise. Ao examinar os efeitos da constituição de associações de profissionais e cooperativas sobre o mercado, o DEE ressaltou que o risco de dupla margem, nessas hipóteses, deve ser analisado com cautela pela autoridade antitruste e que não é possível descartar que o exercício de eventual poder compensatório importe em ganhos de bem-estar. Vale citar as conclusões:

"Mesmo que a firma cooperada busque a maximização de lucros, não poderíamos descartar que o potencial exercício de poder compensatório traga aumento de bem estar, como é usualmente discutido na literatura antitruste.

Em termos de política antitruste, a conclusão que podemos extrair do presente artigo é de que uma concentração ou coordenação entre



profissionais não é, *per se*, condição necessária e suficiente para causar dano antitruste. As especificidades e idiossincrasias destes tipos de organizações sugerem análise específica e a aplicação da *regra da razão* por parte das autoridades antitruste.

Neste ponto foi discutido que a hipótese de risco de dupla marginalização deve ser endereçada com cautela pela autoridade antitruste quando analisando situações envolvendo firmas cooperadas. Novamente foi alertado que utilizar o mesmo referencial analítico aplicado em monopólios bilaterais de empresas capitalistas convencionais pode ser inadequado. Isso ocorre por conta do fato de dispormos de pouca evidência teórica e empírica na literatura especializada que justifique um comportamento “marginalizante” por parte das firmas cooperadas.

Foi discutido que a possibilidade de dupla marginalização em um monopólio bilateral, com ao menos uma firma cooperada, não deve ser descartada, porém a situação mais provável é que a firma cooperada *upstream*, por exemplo, tenha como objetivo de barganha a manutenção do nível de emprego e do produto, mas com uma remuneração maior. Partindo de uma situação na qual as quantidades comercializadas permaneçam constantes, o aumento de preço *upstream* implicaria apenas na transferência de *quasi-rendas* (*sic*) entre os elos da cadeia produtiva, ou seja, limitar-se-ia a um problema distributivo, sem maiores consequências em termos de eficiência e de bem estar. Mesmo que a firma cooperada busque a maximização de lucros, não poderíamos descartar que o potencial exercício de poder compensatório traga aumento de bem estar, como é usualmente discutido na literatura antitruste.

Em termos de política pública, a conclusão que podemos extrair do presente artigo é de que uma concentração ou coordenação entre profissionais não é, *per se*, condição necessária e suficiente para causar dano concorrencial. As especificidades e idiossincrasias destes tipos de organizações sugerem análise específica e a aplicação da *regra da razão* por parte das autoridades antitruste.”

191. Daí o alerta de Furquim e Almeida de que a autoridade antitruste deve ser cautelosa no reconhecimento da diferença entre o poder compensatório e o poder de mercado original, combatendo o último, mas preservando o primeiro, sob pena de gerar incongruências entre a teoria econômica e a jurisprudência⁴⁷.

⁴⁷ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p.6. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



192. É também essa a advertência de Heloísa Lima⁴⁸, para quem decisões do CADE que vêm considerando ilícita a imposição de tabelas médicas sem analisar com a devida cautela a tese do poder compensatório produzem “evidentes prejuízos, tendo em vista que a interferência antitruste em apenas um dos pólos da cadeia produtiva tende a piorar uma situação já distorcida de mercado.”
193. Frise-se que, mesmo sem a existência de um estudo mais aprofundado sobre o tema, o aumento dos custos do consumidor final tem sido utilizado como o principal argumento para afastar a tese do poder compensatório, como ficou claro pelo voto do Conselheiro Schuartz citado anteriormente (supra 167).
194. O maior risco de tal postura é que a intervenção em apenas um dos lados da relação – e naquele que é normalmente o mais fraco – pode acentuar o desequilíbrio no mercado de saúde complementar, fortalecendo o poder de monopólio das operadoras de saúde e causando sérias distorções.
195. A própria SG no PA 0812.004276/2004-71, quando analisou a imposição de tabelas de honorários médicos pelas entidades nacionais, afirmou que a “desigualdade entre um prestador que negocia com uma operadora de saúde, independentemente de seu porte é translúcida” e que “(...) só será possível sustentar a sobrevivência da saúde suplementar no país se o Estado criar ou autorizar **instrumentos que viabilizem maior equilíbrio na relação entre médicos e operadoras de planos de saúde.**”
196. Além de representar um melhor equilíbrio entre as partes, a negociação coletiva também pode levar à diminuição dos custos de transação entre operadoras e prestadores de serviços médicos. Mesmo não sendo esse o efeito principal do poder compensatório, é evidente que essa consequência não pode ser desprezada na análise.
197. Com efeito, no estudo realizado pela SDE sobre as negociações no mercado de saúde suplementar, já citado, dezessete operadoras, o que corresponde a 44,73% da amostra, afirmaram que as negociações individuais levariam a um aumento dos custos, diante da necessidade de contratar um maior número de funcionários e de dispor de maior estrutura administrativa. É o que se depreende das manifestações abaixo (fl.19):

⁴⁸ LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. A tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. In: *Revista do Ibrac*, n. v. 15, n. 1, 2008, p.112



“a negociação individual de honorários, com cada um dos médicos contratados aumentaria sem dúvida os custos desta operadora, isto porque, administrativamente seria necessário a existência de um número maior de profissionais para efetivar a negociação individual”.

“Em função do quantitativo de médicos, a negociação individual seria de difícil implementação, trazendo custos incrementais à operadora”.

“diante da quantidade expressiva de fornecedor de serviços de saúde, o que provcaria enorme atraso decorrente do processo de negociação, com aumento de custos operacionais e perda da capacidade de negociação para compra de serviços a preços mais acessíveis, em virtude do volume de beneficiários vinculados ao segmento autogestão” (...).

“é inviável a negociação direta com cada médico, dificultando a operacionalização, pois incide (sic) diversos encargos trabalhistas, além de não possuímos uma estrutura administrativa para controlar o cadastro de tal quantitativo de profissionais da área médica”.

“a negociação individual de honorários com cada um dos médicos aumentaria os custos administrativos [CONFIDENCIAL], uma vez que seria preciso aumentar significativamente o *headcount* e a estrutura tecnológica e de controle”.

198. Dessa maneira, além de não haver provas de que o exercício do poder compensatório pelos médicos diante das OPSs leve necessariamente a resultados econômicos negativos, há evidências de que pode levar a efeitos positivos e ainda reduzir custos de transação.
199. A rejeição quase automática da tese do poder compensatório, na verdade, pode ser resultado de uma análise superficial dos efeitos do monopsônio sobre o mercado. Como apontam Blair e Harrison⁴⁹, ao contrário do monopólio, o monopsônio tem despertado pouca atenção da doutrina antitruste, de forma que não é raro encontrar decisões inconsistentes com os pressupostos da política da concorrência.
200. Com efeito, como o exercício do poder de monopsônio permite que o comprador obtenha menores preços ao negociar com o ofertante, é tentador inferir que os custos do monopsonista irão sofrer decréscimo e que os consumidores finais serão beneficiados com a redução de preços. E, partindo do princípio de que o

⁴⁹ BLAIR, Roger D. HARRISON, Jeffrey L. Antitrust Policy and Monopsony. In: **Cornell Law Review**, 199,6, p.2 e ss.



- objetivo da política antitruste é o bem estar do consumidor ou a garantia de preços baixos, não haveria justificativa para intervir nesse tipo de situação.
201. Todavia, como advertem os autores, não há correlação entre a diminuição nos custos e um benefício geral a longo prazo dos consumidores.
202. Isso porque os preços são determinados pelos custos marginais, que não sofrem redução em razão do poder de monopsonio. Ao contrário, esses custos são mais elevados para o monopsonista, estimulando o agente a restringir a quantidade demandada e, conseqüentemente, a oferta aos consumidores finais. Assim, duas conseqüências podem advir do monopsonio: (i) se o monopsonista oferta seus produtos em um mercado competitivo, ele irá cobrar os mesmos preços, mas haverá uma redução da quantidade ofertada; (ii) se há um monopólio ou cartel nesse mercado, os preços serão mais altos do que os que seriam cobrados na ausência de monopsonio.
203. Os efeitos do monopsonio tornam-se ainda mais graves no mercado de saúde suplementar por se tratar de serviços perecíveis. Já se viu que o tempo que um médico deixa de atender determinado paciente não é recuperável. Assim, a oferta é inelástica a curto prazo, o que impede que os prestadores de serviço possam reagir, reduzindo a oferta em resposta ao exercício do monopsonio.
204. Alguns autores, como Goldberg⁵⁰, contudo, vêm advertindo que não é provável que o poder de barganha dos planos de saúde se traduza em redução dos serviços ofertados, pois os contratos firmados entre médicos e OPSs determinam que os serviços sejam extensíveis a todos os pacientes credenciados e o prestador recebe pelo procedimento e não pela efetividade de tratamento, havendo, na verdade, um incentivo para o excesso de oferta.
205. Ainda que se admitisse o alerta acima, isso não significa que o monopsonio não seja prejudicial ao consumidor. Isso porque mesmo nos casos em que a oferta é fixa e a redução na quantidade não é possível a curto prazo, o exercício do monopsonio prejudica os consumidores ao diminuir os lucros dos prestadores, incentivando-os a reduzirem a oferta a longo prazo. Assim, a tendência é que bons profissionais passem a prestar apenas atendimento particular.

⁵⁰ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 284.



206. A preocupação não passou despercebida pela SG, como se depreende de sua manifestação no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71:

“Se as remunerações são baixas e aos médicos não é conferido o poder de tentar auferir melhores condições de trabalho, a tendência é que bons profissionais não se disponham a prestar serviços às operadoras de planos de saúde” (...) Aos pacientes interessados no atendimento dos melhores profissionais, mesmo que beneficiários de planos de saúde, resta a busca pelo que cobram preços particulares”. (fl. 3122).

207. Outro ponto preocupante na análise do poder de monopólio é que, ao se concentrar unicamente no preço, muitas vezes, se ignora o efeito do monopólio nos mercados a jusante ou a montante sobre o consumidor final. Com efeito, a análise do bem estar do consumidor deve levar em consideração o aspecto da qualidade, que, no mercado ora analisado, assume um papel extremamente relevante, por ser a saúde direito fundamental, expressamente assegurado pela Constituição Federal.

208. A própria Superintendência-Geral reconhece que a análise da conduta extrapola os efeitos sobre o preço:

“A autorização para que os médicos se reúnam em suas respectivas associações ou sindicatos e através de tais estruturas realizem as tratativas de reajuste com as operadoras de planos de saúde acarretará aos profissionais maior poder de barganha de suas reivindicações, possibilitando ademais, o crescimento e o desenvolvimento esperado do mercado. Se as remunerações são melhores, certamente, um maior número dos bons profissionais se disponibilizará a prestar seus serviços, acarretando benefícios”. (Nota Técnica da SG no PA nº 0812.004276/2004-71).

209. Esse fato, por si só, exigiria que a referida questão não fosse submetida a parâmetros de prova como o da regra *per se*, impondo, pelo contrário, uma criteriosa análise do contexto em que tais condutas foram praticadas, a fim de se examinar com cuidado os seus reais efeitos líquidos.
210. Caso contrário, poderá haver muitas distorções, como advertem Furquim e Almeida⁵¹:

⁵¹ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p. 13. Disponível em

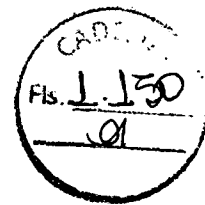


"As organizações associativas, cujo propósito primário seja a coordenação dos esforços de negociação e consequente aumento do poder de barganha na compra ou venda junto a grandes empresas, são arranjos que respondem ao mesmo problema que deu origem às instituições de defesa da concorrência e, como estas, podem resultar em melhorias do bem-estar social. Como consequência, tais formas de ação concertada não poderiam ser objeto de condenação *prima facie*, visto que podem gerar poder compensatório e atenuar os efeitos de poder de mercado preexistente. Essa constatação revela a necessidade de uso mais intenso da teoria econômica em análises antitruste, sobretudo nos casos em que o conhecimento econômico desafia a prática estabelecida pela jurisprudência."

211. Em que pese a importância da análise da ação coordenada dos médicos sobre o bem estar social do consumidor, especialmente sobre a questão dos preços, o estudo sobre a aplicabilidade do poder compensatório no direito antitruste não se resume à verificação da existência ou não de eficiências. Como se verá adiante, o referido poder também exerce um papel relevante sobre a aferição da reprovabilidade da conduta.

VII.4.5. A eficiência como parâmetro de identificação da infração antitruste

212. Como já se viu anteriormente, há relativa controvérsia, no âmbito da economia, sobre eventuais benefícios do exercício do poder compensatório. No caso específico da relação entre médicos e operadoras, há estudos que apontam que, em determinadas circunstâncias, isso traria consequências positivas e que, mesmo quando isso não ocorresse, o risco da dupla margem seria menor do que o risco do exercício amplo do poder de mono/oligopsônio.
213. Contudo, ainda que se admitisse que a conduta ora analisada não traz um incremento de eficiência ao mercado de saúde suplementar, tal constatação, por si só, não a tornaria ilícita. Na verdade, esse tipo de conclusão está atrelado a uma forte tradição *welfarista*, que, de resto, tem influenciado todo o direito antitruste, a fim de impor o critério da eficiência como o único a orientar tanto o julgamento das condutas como das estruturas.



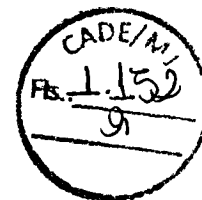
214. Cabe-me aqui lembrar a advertência do ex-Conselheiro do CADE e professor Luis Fernando Schuartz, que, em seu artigo "A Desconstitucionalização do Direito da Concorrência", concluiu que "os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional", de forma que a comunidade jurídica deveria se atentar para o que chamou de "peculiar e notável fenômeno de impermeabilização" e "desconstitucionalização metodológica" do direito de defesa da concorrência brasileiro.⁵² A principal razão da referida desconstitucionalização do direito da concorrência seria a ampla e irrefletida aceitação da análise antitruste baseada exclusivamente em critérios econômicos consequencialistas, que teria sido adotada no Brasil como "referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato", tornando-se "uma norma quase-evidente."
215. Tal observação é especialmente relevante na atual fase do debate em torno do direito antitruste, quando já são bem conhecidos os problemas de se eleger critérios econômicos e puramente consequencialistas como o único norte da decisão antitruste.
216. Como bem lembra Heyer⁵³, apesar dos avanços recentes e notáveis nas análises econômicas – incluindo a utilização de técnicas quantitativas, análises econométricas e modelos de simulação de fusões –, que adicionaram rigor à difícil tarefa de predizer e estimar efeitos sobre a competição, a confiabilidade e a acuidade de tais instrumentos ainda são de extrema fragilidade. Daí a sua conclusão de que a crescente aceitação da teoria microeconômica e das análises empíricas como bases para as decisões antitrustes não eliminaram nem a incerteza nem a imprecisão.
217. Isso explica por que a incorporação ao discurso antitruste das análises econômicas não conseguiu atingir nem mesmo o seu propósito principal de dar coesão e racionalidade ao direito da concorrência em torno de um único e coerente objetivo.

⁵² SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf. 2008. Acesso em 27.10.2013.

⁵³ HEYER, Ken. "A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust." **Antitrust Law Journal**, v. 72, 2005, pp. 375-422.



218. Daí já se falar, desde o início do novo século, na fase "pós-Chicago", marcada por uma atitude de maior humildade e desconfiança tanto em relação à perfeição dos mecanismos de mercado quanto em relação à adoção de métodos únicos e supostamente infalíveis.
219. Não se está, com isso, questionando ou afastando a importância da análise econômica para o discurso antitruste, mas tão somente mostrando que ela pode ser insuficiente para abarcar todas as preocupações que dão ensejo ao controle do poder econômico, ainda mais diante de um setor tão complexo e problemático como o da saúde suplementar, que diz respeito a bem essencial em relação ao qual o consumidor deve ser protegido de forma diferenciada não apenas no que diz respeito ao preço, mas também no que diz respeito à oferta do serviço e à sua qualidade. Dessa maneira, o critério de eficiência não pode ser o único a ser utilizado para a caracterização da infração antitruste.
220. Frise-se, por oportuno, que a própria análise de aumento de bem estar do consumidor no caso ora analisado não é trivial. Como adverte Goldberg, há muito o direito antitruste tem reconhecido que o preço é apenas uma das dimensões do processo competitivo, no qual a qualidade também assume papel fundamental. No mercado de saúde suplementar, a conciliação desses dois aspectos é bastante delicada. Com efeito, avaliar os impactos da conduta em termos de qualidade envolve elevado grau de subjetividade, de difícil mensuração. Segundo o autor, parte da doutrina antitruste chegou a sustentar que, no mercado de saúde suplementar, haveria um conflito (*trade off*) entre o estímulo à competição via preço e a qualidade dos serviços prestados.
221. Não é sem razão que um dos principais argumentos utilizados pelas entidades médicas representadas em favor da negociação coletiva e da fixação de preços é justamente o fato de que o aumento no valor pago pelos honorários médicos se reverterá em maior qualidade nos serviços prestados ao consumidor, pois, remunerado adequadamente, o médico disporá de mais tempo para atender ao paciente.
222. De toda sorte, o que precisa ser reiterado é que o fato de o exercício do poder compensatório poder não levar a resultados eficientes não indica, por si só, que seja necessariamente ilícito. A caracterização da infração antitruste depende de outras considerações, como se exporá a seguir.



VII.4.6. A análise do poder compensatório sob um viés jurídico

223. Sob a ótica deontológica e vinculante do direito, ao analisar a conduta dos agentes econômicos, é imprescindível examinar se ela está em conformidade com os princípios e regras jurídicos pertinentes, ou seja, se pode ser considerada legítima diante da racionalidade própria do direito, a ser desenvolvida por um juízo de fundamentação e aplicação dos princípios constitucionais e demais normas jurídicas.
224. Neste contexto, a autoridade antitruste terá de avaliar necessariamente a reprovabilidade da conduta. O fato de a Lei 8.884/94 – aplicável ao caso concreto – e de a atual Lei 12.529/12 terem previsto que determinadas condutas constituirão infração à ordem econômica “*independentemente de culpa*” não invalida a conclusão. A própria lei, aliás, parece ter acolhido uma excludente de ilicitude, ao explicitar que “*a conquista de mercado resultado de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores*” não caracteriza o domínio abusivo de mercado.
225. Registre-se que a responsabilidade objetiva constitui uma técnica de socialização de danos, adequada ao direito civil, mas de aplicabilidade bastante duvidosa no âmbito do direito administrativo sancionador, que tem nítido viés punitivo. Com efeito, a responsabilidade objetiva está mais atrelada a uma discussão finalística, orientada pela necessidade de se assegurar a reparação de danos, que não devem ser suportados exclusivamente pela vítima.
226. É o que aponta Anderson Schreiber:

“A responsabilidade objetiva parece revelar sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa.”⁵⁴

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.



227. Mesmo sob o viés da responsabilidade civil, o art. 20 da Lei 8.884/94 não ficou isento de críticas. Para alguns autores, o dispositivo é manifestamente inconstitucional, pois inverte toda a concepção do ato ilícito, já que os atos ilícitos civis, por excelência, assentam-se na culpa, princípio básico do ordenamento jurídico brasileiro, previsto no art. 186 do Código Civil. É o que afirma João Luiz Coelho da Rocha:

“Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra a ordem econômica, expressa no *caput* do art. 20. (...) Não tem cabimento jurídico, pois, (...) que a Lei 8.884/94 defina como ilícitos civis (comerciais na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta antijurídica punível e não de criação de simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva”.

228. Não é sem razão que o referido artigo foi impugnado em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Na ADI 1094⁵⁵, a Confederação Nacional da Indústria alegou que a expressão “*independentemente de culpa*”, prevista no *caput* art. 20 da Lei 8.884/90, afrontaria o art. 173, § 4º da CF, pois o texto constitucional só autorizaria a repressão a atos de abuso de poder econômico que tivessem por fim dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Essa previsão constitucional impediria que o legislador ordinário dispensasse a culpa ao disciplinar as infrações à ordem econômica.
229. Isso mostra que a questão tem realmente natureza constitucional, em estreita conexão com o princípio da individualização da pena. Com efeito, é princípio básico da pena que a reprovabilidade deve ser a medida da sanção, motivo pelo qual, ausente esse requisito – o que pode ocorrer com a responsabilidade objetiva, que pode envolver responsabilidade por ato lícito –, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria.
230. O fato de a medida cautelar ter sido indeferida na referida ADI não abala a conclusão, seja porque não houve pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria, seja porque a fundamentação da decisão cautelar foi notoriamente superficial. Com efeito, o Ministro Relator limitou-se a consignar que, por se tratar a livre concorrência de um princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170 da CF, qualquer ato que pudesse impedir seu livre exercício ofenderia a

⁵⁵ ADI 1094-8, Ministro Relator Carlos Velloso, DJe 20.04.2001.



CF, de forma que, a princípio, não era possível vislumbrar inconstitucionalidade na previsão do art. 20. Assim, questões de manifesta relevância, como o princípio da individualização da pena e da culpabilidade, acabaram sendo desconsideradas na análise.

231. Importante notar que o próprio Relator cita em seu voto informações prestadas pelo Presidente do Senado Federal, Júlio Campos, que deixam entrever que a preocupação do legislador, ao se valer da expressão “*independentemente de culpa*,” era evitar que a infração antitruste ficasse dependente da comprovação de dolo e não adotar a responsabilidade objetiva. É o que se depreende do seguinte trecho:

“A admitir-se que a negligência, imprudência ou imperícia pudessem justificar o abuso de poder econômico que o art. 173, p. 4º, da Constituição autorizou reprimir, então todos os implicados em tal prática estariam liberados, pois que sempre seria possível a atribuição de culpa aos empregados, à gerência ou mesmo à diretoria da empresa”.

232. Tal raciocínio aplica-se com muita mais razão ao reconhecer que a análise de condutas no direito antitruste insere-se no âmbito do direito administrativo sancionador. Esse ramo do direito é, na verdade, apenas mais uma forma de manifestação do chamado poder punitivo do Estado, que não difere substancialmente do direito penal. Daí a absoluta inadequação da aplicação da responsabilidade objetiva na hipótese, ao menos para efeitos da aplicação de sanções. Ressalte-se que a diferença entre a sanção penal e a sanção administrativa é, muitas vezes, apenas de grau ou de opção legislativa, motivo pelo qual o direito administrativo sancionador compartilha com o direito penal vários princípios gerais de aplicação de suas normas.

233. É o que sustenta Fábio Medina Osório⁵⁶:

“A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais.”

“Sustenta-se, em doutrina, a ideia de que não há diferenças substanciais entre normas penais e normas administrativas sancionadoras, esse foi o ponto de partida para uma série de construções teóricas e jurisprudenciais, inicialmente nos Tribunais

⁵⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2011, pp.113-114.



Superiores, logo nas Cortes Constitucionais europeias e mais adiante no próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos.”

“Não haveria um só critério que justificasse um regime jurídico completamente independente e autônomo para as sanções administrativas.”

234. Obviamente, as garantias do direito penal e do direito processual penal não podem ser aplicadas de forma indistinta aos processos administrativos. Aliás, a complexidade da questão está justamente em definir de que forma essa matização deve ser feita. O desafio, contudo, não autoriza a total desconsideração das garantias constitucionais, especialmente aquela atinente à vinculação entre a sanção e culpabilidade.
235. Ao tratar da correlação entre direito administrativo sancionador e o direito penal, o professor Luís Roberto Barroso⁵⁷ destaca que as sanções previstas na legislação antitruste constituem restrições graves a direitos e liberdades e sua aplicação, “portanto, está condicionada não apenas pelos conteúdos mínimos inerentes ao devido processo legal, como também pelos princípios específicos aplicáveis ao direito sancionador em geral, e ao direito penal em particular”.
236. Por outro lado, considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmensurado e ininteligível, dando margem para o arbítrio.
237. Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão “independentemente de culpa”, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao direito administrativo sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como o da imediata cessação da conduta – ou se entende que, ao assim prever, a lei antitruste afasta a necessidade da comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e evitabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta.

⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. Devido Processo Legal e Direito Administrativo Sancionador: Algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do CADE, p.125. In: GRADINO, João (coord). **Direito Econômico e Social: Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.



238. A questão pode ser resolvida, portanto, com a interpretação do dispositivo legal em conformidade com os princípios constitucionais pertinentes, os quais exigem que apenas condutas ilícitas e reprováveis possam ser objeto de punição pelo Estado.
239. Daí por que Alejandro Nieto⁵⁸, em clássica obra sobre o tema, entende que o princípio da antijuridicidade é fundamental no Direito Administrativo Sancionador, de forma que são excludentes de ilicitude as causas de justificação da conduta, tais como exercício legítimo de direito, estado de necessidade e força maior.
240. O autor chega a citar decisão do Tribunal Supremo da Espanha que, reconhecendo que a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa tem origem na Constituição, assim afirma:

“El principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa.”⁵⁹

241. No mesmo sentido, Fábio Médina Osório⁶⁰ aponta que:

“Culpabilidade é uma exigência inarredável, para as pessoas físicas ou mesmo jurídicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções (...) No DAS, em termos de pessoas físicas, é pacífica a exigência de culpabilidade para imposição de sanções; ao menos tem sido assim na Espanha, Itália e Alemanha, em legislações recentes e em jurisprudência e manifestações doutrinárias antigas. O mesmo se diga das pessoas jurídicas, ainda que, em tais casos, a culpabilidade ganhe contornos mais elásticos, distintos.”

242. É o mesmo que defende Regis de Oliveira Fernandes⁶¹, para quem a culpa é imprescindível para a caracterização da infração administrativa, de forma que, tal como no direito penal, na análise da conduta, será necessário considerar as excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, dentre as primeiras é possível

⁵⁸ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 2006, p. 364-368.

⁵⁹ Ibidem, p. 373.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2011, p.338.

⁶¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: RT, 2012, pp. 40-45 e 180.



citar: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

243. A exigência da culpa decorre diretamente do caráter sancionador do processo administrativo regulado pela Lei 12.529/2011. Não faz sentido punir algo que não é ilícito nem reprovável. Como acertadamente aponta Luiz Flávio Gomes, “castigar a causa objetiva de resultados imprevisíveis e inevitáveis seria inútil, desnecessário e ineficaz”. Com efeito, um dos principais objetivos da aplicação de sanções é dissuadir o agente de praticar novamente as práticas nocivas. Não havendo, entretanto, possibilidade de agir de forma diversa, a função dissuasória fica nitidamente comprometida, além de haver uma clara violação às garantias individuais. É o que leciona o autor, como se depreende do trecho abaixo:

“Um Direito penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente então a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação. (...)O princípio da responsabilidade subjetiva não só afasta a responsabilidade penal quando se produz um resultado fortuito como consequência de uma atividade lícita, senão também nas situações em que o resultado lesivo acontece em razão de outra atividade ilícita pela qual sim deve responder o autor.”⁶²

244. Essas lições são totalmente pertinentes ao direito administrativo sancionador, até porque já se viu que tanto esse ramo do direito quanto o direito penal integram o chamado poder punitivo estatal, não havendo justificativa para que seu tratamento possa ser completamente distinto, sobretudo no que se refere às garantias constitucionais que decorrem de seu caráter punitivo.
245. Em uma ordem jurídica assentada na dignidade da pessoa humana, a imputação de sanções só se justifica quando a responsabilidade decorre de uma análise deontológica da norma, sob pena de se tornar arbitrária. É o que esclarece Othon de Azevedo Lopes:

“Daí que para a imputação da sanção, o essencial esteja na fixação de âmbito de responsabilidade decorrente de uma construção advinda do conteúdo deontológico da norma. Em outras palavras, a que direcionamento de conduta o dever ser da norma obriga? Quais os resultados esse mesmo dever ser obriga a evitar? Essas são as perguntas essenciais para a imputação de responsabilidade jurídica

⁶² GOMES, Luiz Flávio. “Princípios constitucionais penais (III): Princípio da Ofensividade do Fato”; In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Fundamentos e Limites do Direito Penal**. Volume I. São Paulo: RT, 2012, pp.453-454.



que traz ínsita uma sanção e so é possível a partir de um sentido deontológico.”⁶³

“Aplicar castigos aos cidadãos a partir de uma ordem jurídica ininteligível revela-se mera agressão e coisificação da pessoa humana.”⁶⁴

246. Viu-se, portanto, inclusive com base em forte apoio doutrinário, que a punição de uma infração administrativa não pode estar desvinculada da reprovabilidade da conduta.
247. E nem se afirme que a exigência de reprovabilidade, especialmente no direito antitruste, em que a obtenção das provas necessárias à comprovação do ilícito é bastante complexa, poderia comprometer a repressão das condutas lesivas à concorrência.
248. Em primeiro lugar, o fato de a necessidade da reprovabilidade da conduta tornar a análise antitruste mais complexa não faz com que tal critério possa ser descartado em prol da simplificação, já que se está diante de princípios constitucionais inafastáveis.
249. Em segundo lugar, a preocupação apontada também não se justifica. Com efeito, uma das tendências verificadas na responsabilidade civil extracontratual do século XX foi o progressivo reconhecimento de que a culpa não podia mais ser vista como um fato exclusivamente psicológico, mas sim como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente nas relações sociais. Consequentemente, o juízo sobre a culpa passou a envolver a avaliação sobre a reprovabilidade da conduta a partir de um critério abstrato de diligência.
250. Como explica Anderson Schreiber⁶⁵, preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e a com a reprovabilidade moral da conduta foram gradativamente perdendo espaço diante das dificuldades concretas de demonstrar esses aspectos, o que culminou com a consagração da denominada *culpa objetiva*. Nas palavras do autor, “a culpa passou a ser entendida como o ‘erro de conduta’, apreciado não em concreto, com base nas

⁶³ LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica. Horizontes, Teoria e Linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 279.

⁶⁴ Ibidem, 313.

⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36 e ss.



condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação ao modelo geral de comportamento”.

251. Como já tive oportunidade de salientar em artigo doutrinário a respeito das convergências entre os modelos francês, alemão e anglo-saxão de responsabilidade civil⁶⁶, a culpa é hoje vista como um fato social, decorrente da comparação entre a conduta do agente e a que seria socialmente exigível:

"Um ponto no qual se observa a ampla convergência dos modelos diz respeito à concepção de culpa sob o viés objetivo ou normativo, ou seja, como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente:

Tal fenômeno de 'objetivação' ou 'normatização' da culpa ocorreu mesmo na França, motivo pelo qual se pode afirmar, que, na atualidade, é uma tendência geral do direito ocidental a de avaliação da culpa a partir de um critério abstrato de diligência. Logo, a análise da reprovabilidade da conduta desloca-se dos parâmetros da previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade para a própria omissão do comportamento devido, juízo para o qual interferirão a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo.

Obviamente, tal abordagem não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois a chamada "culpa normativa" continua vinculada ao pressuposto da ilicitude ou da reprovabilidade do ato; o que muda é o parâmetro para a aferição da ilicitude, que busca sair do "psicologismo", em busca da averiguação dos padrões de conduta socialmente exigíveis dos agentes, ainda que em face de suas circunstâncias específicas.

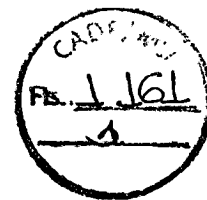
Isso facilita a questão da prova da culpa pois, como ensina Massimo Bianca (1994, p. 581), a reprovabilidade da conduta deixa de depender de aspectos psicológicos complexos, passando a ser constatada a partir do cotejo da conduta observada com padrões objetivos."

252. Com essa nova noção de culpa, evita-se o subjetivismo e facilita-se a comprovação da reprovabilidade. Obviamente, é muito mais fácil para a autoridade julgadora comparar, sob um viés normativo, a adequação da conduta com um modelo abstrato de comportamento do que proceder a uma investigação psicológica das intenções ou características pessoais do agente.
253. Dessa maneira, nada justifica que se interprete a expressão "independentemente de culpa" constante da legislação antitruste no sentido de se possibilitar a responsabilidade objetiva para efeitos de punição. Apenas se poderia cogitar da

⁶⁶ FRAZÃO, Ana. "Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 77, nº 4, out/dez 2011, pp. 32-33.



- responsabilidade objetiva para outros aspectos, como a cessação da conduta e a indenização dos prejuízos. Mas jamais no tocante à aplicação da sanção, em relação à qual a necessidade da demonstração da reprovabilidade é fundamental.
254. Assim, no âmbito da análise antitruste, tão importante quanto saber se as condutas analisadas são ou não eficientes do ponto de vista econômico, é verificar se são ou não reprováveis do ponto de vista jurídico. Tais raciocínios não são necessariamente coincidentes. É claro que uma conduta eficiente, em princípio, é lícita. Tanto é assim que uma das excludentes de ilicitude previstas pela lei é a eficiência. Todavia, de forma contrária, uma conduta ineficiente pode se mostrar justificável ou não reprovável, caso em que não deverá ser punida.
255. Tais aspectos precisam ser necessariamente considerados no caso ora analisado, em que se observa que, além de haver indícios de que o exercício do poder compensatório poderia levar ao incremento do bem estar do consumidor, especialmente no que se refere à qualidade dos serviços médicos – possibilidade de a conduta ser eficiente do ponto de vista econômico –, também pode atuar como uma excludente de ilicitude da conduta, pelo menos no que se refere à sua utilização a fim de dar suporte aos médicos em suas negociações com as OPSs – possibilidade de a conduta ser lícita do ponto de vista jurídico.
256. Com efeito, a nítida assimetria de poder existente entre prestadores e operadoras indica que determinadas formas de utilização do poder compensatório – seja pela criação de organizações coletivas, seja pela imposição da tabela de honorários médicos em determinadas circunstâncias –, podem configurar, na verdade, o exercício regular de um direito, o direito de se contrapor a uma posição dominante existente, a fim de evitar que esta abuse do seu poder, expropriando indevidamente a parte mais fraca na negociação. Sob essa perspectiva, o poder compensatório pode ser visto como uma legítima defesa contra a posição dominante da outra parte, circunstância idônea a afastar a reprovabilidade.
257. É por isso que, embora a análise da estrutura do mercado de saúde suplementar seja relevante para demonstrar a assimetria entre os médicos e as operadoras de saúde, a possibilidade de aplicar a tese do poder compensatório não depende, necessariamente, de haver monopólio ou oligopólio. É verdade que o exame



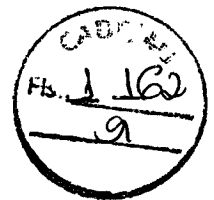
da referida tese vem se concentrando nessas hipóteses, até porque, em geral, os estudos sobre o tema têm unicamente um viés econômico e preocupam-se, prioritariamente, com os efeitos da coordenação horizontal sobre os preços dos planos de saúde.

258. O que se sustenta, aqui, contudo, é que o poder compensatório também tem um conteúdo jurídico de extrema relevância, podendo e devendo ser aplicável aos casos de assimetrias evidentes – ainda que fora das hipóteses de monopólio/oligopólio –, de modo que, a depender da forma como é exercido, pode afastar a reprovabilidade da conduta, mesmo que não seja possível demonstrar a existência de eficiências. Nessa análise, critérios como a abusividade acabam ganhando destaque em relação a uma análise rigorosa da estrutura do mercado das operadoras de saúde, até porque é incontroverso que a negociação entre um grande agente econômico e um profissional liberal, individualmente, é naturalmente desigual.

259. A própria SG reconhece isso, como se depreende do trecho abaixo:

“Consoante já pontuado acima, as tratativas coletivas entre representantes da classe médica e operadoras de planos de saúde tornaram-se circunstância bastante comum nas negociações de reajuste nos últimos anos. Isso porque, sob o argumento de que a negociação naturalmente desigual entre um grande agente econômico e um profissional individualmente acarreta, em verdade, ausência de acordo, com a inevitável imposição das condições de contratualização pela operadora de plano de saúde (*sic*). O descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer outro especialista, salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico”. (fl.983).

260. A conclusão ganha reforço quando se examinam as regras que regulam as operadoras de planos de saúde. As elevadas exigências econômico-financeiras do órgão regulador só poderiam ser suportadas por agentes que detivessem um porte minimamente razoável. Com efeito, além de impor capital e patrimônio líquido mínimos, a ANS exige que as operadoras de saúde tenham uma margem de solvência e estipulem uma provisão técnica para reduzir os riscos de insolvência.



261. Vale ressaltar que, no principal precedente do CADE em que se discutiu a tese do poder compensatório⁶⁷, alguns conselheiros pareceram acolher, pelo menos de forma tímida, a tese aqui esboçada. Enquanto o Conselheiro Luís Schuartz afirmou que a atuação dos médicos seria “compreensível”, Roberto Pfeiffer argumentou que parecia “legítimo” que os médicos se organizassem por meio de cooperativas para ampliar seu poder de barganha.
262. Ao se acenar com a possibilidade de se reconhecer o poder compensatório como excludente de ilicitude, não se pretende, obviamente, dar “carta branca” às entidades representativas dos médicos”, para atuar de forma lesiva à concorrência. Em que pese a relevância da função exercida pelas entidades de classe e pelos órgãos profissionais, nenhum deles está isento da legislação antitruste.
263. Assim, para que se reconheça a inexistência de reprovabilidade, a conduta não poderá ser abusiva, mas deverá ser realizada de forma proporcional e adequada para atingir os fins legitimamente albergados pelo poder compensatório.
264. Isso porque, como aponta Furquim, “a adoção de conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas”. Ao analisar a conduta de uma cooperativa de anestesiólogistas, no voto proferido nos autos do PA 08012.007042/2001-33, já mencionado neste voto, o Conselheiro destacou três pressupostos, que também se aplicam ao caso ora em análise: (i) a existência de forte assimetria na negociação *ex ante* em desfavor daqueles que se buscam coordenar; (ii) a circunstância de que a negociação deixe de ser descentralizada para se transformar em uma barganha bilateral e (iii) a impossibilidade de que o poder compensatório inverta a relação de assimetria, que é o pressuposto para a sua tolerância.
265. O último requisito é especialmente relevante, pois deixa claro que o poder compensatório não constitui uma autorização irrestrita para as entidades coletivas. Sua análise, na mesma linha da teoria geral do abuso do direito, exige um delicado juízo de proporção a fim de verificar a partir de que momento seu exercício deixa de ser legítimo e passa a ser abusivo, hipótese em que a conduta passaria a ser considerada lesiva à ordem concorrência.

⁶⁷ PA 08012.007042/2001-33



Antes de analisar o conjunto probatório dos autos e a forma como foram praticadas as condutas imputadas às representadas, é importante examinar alguns parâmetros gerais de avaliação da abusividade do poder compensatório.

VII.4.7. Parâmetros gerais: o poder compensatório e suas formas de exercício

266. Como destacado anteriormente, o fato de se reconhecer a importância do poder compensatório na análise antitruste obviamente não indica que esta é uma defesa de fácil invocação nem que possa ser utilizada de maneira irrestrita. Pelo contrário, como todo poder, tanto pode ser exercido de forma regular, como de forma abusiva, motivo pelo qual seu exame precisa ser criterioso, já que deve estar restrito a hipóteses excepcionais nas quais a assimetria entre as partes seja evidente e, mesmo assim, sujeito a inúmeros limites e balizas para que possa ser considerado lícito.
267. De forma geral, o exercício lícito do poder compensatório pode ocorrer de duas formas: (i) pela criação de uma estrutura que atenua a assimetria entre os médicos e operadoras de planos de saúde, envolvidos no caso concreto, assegurando a possibilidade de uma negociação mais equânime; ou (ii) nas hipóteses em que não haja a referida estrutura, pela estipulação de critérios mínimos, tais como a tabela de preços.
268. No primeiro caso, os médicos organizam-se em cooperativas e sociedades empresárias, que se revestem de estrutura idônea para ampliar seu poder de barganha, de modo que o exercício do poder compensatório acaba assumindo um viés procedimental, cujo objetivo é assegurar uma negociação minimamente equilibrada. Na segunda hipótese, o exercício do poder compensatório apresenta um viés substantivo, já que parte da premissa de que não há estrutura apta a assegurar a negociação equânime, motivo pelo qual devem ser garantidas, ao menos, as bases mínimas que deverão pautar o resultado da negociação.
269. Os dois mecanismos acima, contudo, devem ser vistos como formas alternativas para o exercício do poder compensatório. Isso porque sua conjugação poderia exceder os limites do estritamente necessário para equilibrar a relação entre os médicos e as operadoras. Com efeito, a própria opção pela estrutura coletiva, por meio de tipos societários que, como é o caso das cooperativas e das sociedades



empresárias, admitem a conjugação de esforços e capital, já representa um importante instrumento para reduzir o desequilíbrio desse mercado, de modo que a utilização de tabelas nessa hipótese deve ser vista com bastante rigor, sob pena de, a pretexto de resguardar o exercício do poder compensatório, inverter a assimetria nesse mercado, em detrimento da livre concorrência.

270. Aliás, é justamente para evitar essa inversão que as entidades médicas não poderão elaborar tabelas de preços que extrapolem os honorários médicos, estipulando valores para outros elementos que não estejam estritamente relacionados à remuneração desses profissionais. Com isso, obviamente, não se pretende dizer que as tabelas deverão ficar restritas ao valor das consultas. Há diversos procedimentos, notadamente exames, cirurgias e tratamentos, em que a participação do médico é indispensável. Ocorre que, em regra, o custo dos referidos procedimentos está associado não apenas ao trabalho desempenhado pelo médico, mas também à infraestrutura necessária para sua realização. Assim, eventual fixação de valores, para que não seja considerada abusiva, deve ficar restrita à parcela correspondente à remuneração dos médicos.
271. Isso porque os demais elementos têm um nítido viés empresarial e a fixação de valores, nesse caso, acabaria sendo utilizada por clínicas, hospitais e laboratórios, cuja estrutura coletiva e a organização senão extinguem, reduzem sobremaneira a assimetria com as operadoras de planos de saúde. Não é sem razão que, como mencionado anteriormente, a organização desses contratantes em cooperativas e sociedades empresárias pode até ser vista, por si só, como o exercício de poder compensatório suficiente para afastar outras formas de sua utilização.
272. A restrição quanto ao conteúdo das tabelas justifica-se com mais razão quando se observa que, geralmente, os agentes econômicos mencionados acima atuam em uma estrutura de mercado oligopolista.
273. Apenas a título de exemplo, vale ressaltar que, recentemente, no julgamento dos Atos de Concentração nºs 08012.0013191/2010-22, 08012.008447/2011-61 e 08012.008448/2011-61⁶⁸, o Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, afastou a possibilidade de aplicação da tese do poder compensatório como

⁶⁸ Atos de concentração nºs 08012.0013191/2010-22, 08012.008447/2011-61 e 08012.008448/2011-61, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgados em 06 de agosto de 2014.



justificativa para a aprovação sem restrições da operação no mercado de Serviço de Apoio e Diagnóstico, ressaltando que diversas OPSs possuíam participações de mercado “relativamente modestas em relação ao grau de concentração identificado no mercado de SAD”.

274. A própria regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que obriga as operadoras a manter um número mínimo de prestadores de serviço em sua rede, sob pena de suspensão, aumenta o poder de barganha dos prestadores nas negociações com as operadoras, pois restringe a possibilidade de excluir hospitais de sua rede credenciada. Nos termos do art. 17, § 1º, da Lei 9.659/2011, a entidade hospitalar deverá ser sempre substituída por outra equivalente, devendo o fato ser comunicado à ANS e aos consumidores com, pelo menos, 30 dias de antecedência. Com a entrada em vigor da Lei 13.003/2014, publicada em junho de 2014, que alterou o referido dispositivo, a exigência de substituição também se aplicará aos médicos. Todavia, em razão da elevada pulverização, é inequívoco que a regra não se presta a atenuar o desequilíbrio nesse mercado no que se refere aos médicos/pessoas naturais e ou pequenas sociedades de médicos.

275. Daí a advertência da Superintendência Geral no Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99⁶⁹:

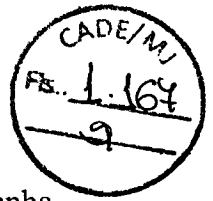
“Se existe uma preocupação de cartelização de indivíduos médicos diante de operadoras de planos de saúde, essa preocupação deve ser ainda maior com relação às práticas coordenadas entre hospitais, clínicas e laboratórios, pessoas jurídicas de maior porte que meros indivíduos. (...) Observa-se que, na maioria dos casos em que as operadoras negociam com prestadores de serviços hospitalares e laboratoriais, há uma situação de barganha bilateral e não de monopsônio”. (fl. 1.435, autos públicos).

276. Assim, os conselhos profissionais e as entidades representativas dos médicos, em regra, só poderão negociar preços mínimos ou elaborar tabelas visando a assegurar um patamar mínimo de remuneração para esses profissionais. Para efeitos do poder compensatório, só faz sentido que os referidos instrumentos tenham como beneficiários pessoas naturais e, excepcionalmente, sociedades de porte diminuto, constituídas por um número reduzido de sócios, em relação às

⁶⁹ Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99. Conselheira Relatora Ana Frazão, pendente de julgamento.



- quais seja inequívoca a inexistência de poder de barganha minimamente suficiente para afastar a razoabilidade do uso dos preços mínimos ou das tabelas de honorários, cuja prova ficará a cargo das pessoas jurídicas em questão.
277. Embora distinguir entre quem pode ou não se valer da tabela seja uma tarefa delicada, especialmente quando se trata de avaliar, não apenas a forma jurídica, mas também o porte das sociedades constituídas pelos médicos, essa constatação, por si só, a meu ver, não significa que o Tribunal deva se furtar a essa análise. Justamente por envolver um exame criterioso das condições de seu exercício, o poder compensatório acaba exigindo que a autoridade antitruste examine com cautela as relações entre médicos e operadoras de saúde.
278. Ora, é fato notório que, muitas vezes, dois ou três médicos constituem sociedades simples, até mesmo para fins tributários, sem que o porte da referida sociedade permita inferir que a negociação nesse caso será equânime a ponto de tornar ilícito o uso da tabela. Assim, embora, obviamente, fosse mais simples admitir que o uso das tabelas de preços mínimos devesse ficar restrito unicamente aos médicos/pessoas naturais, a restrição poderia acabar por excluir uma considerável parcela de médicos que, mesmo reunidos, continuam diante de um patente desequilíbrio frente às operadoras de saúde. A simplificação, nesse caso, viria em prejuízo da livre concorrência, que é justamente o que a proteção ao poder compensatório visa a assegurar.
279. O que precisa ser destacado é que a modalidade de exercício do poder compensatório pelo resultado, como ocorre nas tabelas de preços, é excepcional e apenas será viável quando não houver estrutura que, sob a dimensão procedimental, possa ser utilizada para assegurar uma negociação minimamente equânime. Não se trata, portanto, de autorizar a utilização do poder compensatório sempre que houver qualquer tipo de assimetria ou diferença entre os poderes de barganha das partes, mas tão somente nas hipóteses excepcionais nas quais a disparidade for evidente e não possibilitar uma negociação minimamente equilibrada.
280. Consequentemente, para efeitos de legitimação do exercício do poder compensatório, tabelas de preços têm como destinatários "naturais" os médicos/pessoas físicas e, excepcionalmente, pequenas sociedades nas quais seja



clara e indubitosa a assimetria e a inexistência de qualquer poder de barganha perante às OPSs.

281. Mesmo nesses casos, contudo, a análise deve ser cuidadosa. Isso porque até os médicos/pessoas naturais e as pequenas sociedades, a depender da estrutura do mercado em análise, podem não estar em situação de assimetria em relação às operadoras de saúde. Com efeito, é possível que, em determinado local, em razão da especialidade médica ou da especificidade do tratamento oferecido por determinado profissional e/ou clínica, esses agentes detenham poder de barganha em relação às OPSs, hipótese em que a utilização de tabela não encontraria justificativa *a priori*.
282. A elaboração de tabelas de preços mínimos para tutelar agentes sem nenhum poder de barganha mostra-se ainda mais razoável quando se verificam as dificuldades para a organização do poder compensatório. Como alertava Galbraith, embora o poder compensatório possa assumir diversas formas, “não se deve presumir que seja fácil a grande número de indivíduos se unirem e organizarem o poder compensatório”⁷⁰. Por isso mesmo, como lembra o autor, “não é surpresa que a ajuda governamental tenha sido muitas vezes solicitada para essa tarefa.”⁷¹
283. Com efeito, como vários médicos não pertencem a nenhuma sociedade que, do ponto de vista da organização ou estrutura, assegure a negociação coletiva com um mínimo de poder de barganha, a única solução para compensar a assimetria de poder existente nesses casos entre a categoria médica e as operadoras de saúde é a utilização de tabelas, que garante o próprio resultado da negociação, ainda que em patamares mínimos.
284. A conclusão ganha reforço quando se observa a omissão da Agência Nacional de Saúde na tentativa de arbitrar de forma adequada o conflito triangular que se estabelece entre médicos, OPSs e usuários de planos de saúde.
285. No caso em análise, as próprias entidades médicas encaminharam suas reivindicações ao Ministério Público do Estado, que promoveu diversas audiências entre as representadas para tentar chegar a um acordo. A

⁷⁰ GALBRAITH, Jonh Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório. São Paulo: Novo Século, 2008, p. 105.

⁷¹ Ibidem, p.106.



intermediação, contudo, se deu unicamente em razão da provocação dos médicos.

286. Em regra, nenhum órgão tem, de fato, agido para intermediar as negociações com as operadoras de saúde, de forma que a proibição do uso de tabelas médicas acabaria por eliminar a forma mais plausível de reduzir a assimetria de poder entre médicos e OPSs.
287. É claro que esse cenário pode ser alterado no futuro.
288. Recentemente, com o advento da Lei 13.003/2014, publicada em 25 de junho de 2014, a competência da ANS ganhou reforço. Além de estabelecer a obrigatoriedade de contratos escritos entre prestadores de serviços e OPSs, a lei exige que haja reajuste anual, no prazo improrrogável de 90 dias do início do ano-calendário, de acordo com um índice previamente estipulado no contrato. Não havendo a implementação no período mencionado, caberá à ANS, quando for o caso, definir o índice de reajuste.
289. Embora a referida Lei constitua um avanço importante na tentativa de solucionar os conflitos entre médicos e operadoras de saúde, sua promulgação, em princípio, não garante que haverá, de fato, uma redução relevante na assimetria entre médicos e OPSs, hipótese em que a implantação da CBHPM, mesmo no que se refere aos honorários médicos, se tornaria ilícita. Isso porque, em regra, os contratos celebrados com as OPSs são de adesão e, não havendo previsão na nova Lei de um índice de reajuste mínimo nem a vinculação do aumento da remuneração dos médicos aos reajustes nos preços cobrados do consumidor pelas operadoras de saúde, é razoável supor que as OPSs irão utilizar seu elevado poder de barganha para atenuar os efeitos pretendidos pela nova regra.
290. Como a Lei 13.003/2014 sequer entrou em vigor, não é possível analisar, com segurança, seus desdobramentos. Todavia, é importante ressaltar que, caso as premissas exaustivamente destacadas nesse voto, relativas à patente desigualdade sobre os médicos e sua repercussão sobre os honorários, não se mantenham, não haverá justificativa juridicamente válida para a edição de tabelas médicas.
291. O fato de determinadas entidades médicas apenas negociarem coletivamente, sem impor tabela de preços, obviamente, não prejudica a distinção entre as formas de exercício do poder compensatório descrita nesta seção. Admitir a



possibilidade da elaboração de tabelas na hipótese não impede o uso da negociação coletiva. Afinal, quando conselhos profissionais e associações que representam médicos individuais negociam com OPSs sem vinculação a qualquer tabela ou a piso mínimo há, na verdade, uma minoração no seu poder de barganha, que atua em favor das próprias operadoras de saúde.

292. Na verdade, o que não se deve admitir é que, havendo uma estrutura que, por si só, já assegure equilíbrio no processo negocial – sociedades simples ou empresárias e cooperativas médicas – se busque utilizar da tabela, instrumento pensado exclusivamente para os agentes em relação aos quais a assimetria é evidente.
293. Importante registrar, todavia, que a negociação coletiva autorizada é apenas aquela realizada entre médicos – em geral, representados pelos conselhos profissionais, por associações de médicos e/ou por sindicatos de médicos – e operadoras de saúde. Já cooperativas e sociedades empresárias ou simples com algum poder de barganha, da mesma forma que não poderão, como regra, utilizar tabelas de preços mínimos, também não poderão se reunir para negociar coletivamente com as OPSs. Já se viu que a própria conformação dessas estruturas reduz a assimetria com as operadoras, de forma que sua atuação coordenada poderia extrapolar os limites do poder compensatório.
294. O exame de algumas características do setor de saúde suplementar e das competências dos Conselhos Regionais de Medicina, como será visto a seguir, reforça as conclusões acima.

VII.5. Das peculiaridades do mercado de saúde suplementar e das funções institucionais do Conselho Regional de Medicina

295. A saúde é um direito fundamental, expressamente assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal. Trata-se de um dos desdobramentos mais importantes do princípio da dignidade da pessoa humana. Não é sem razão que a partir do art. 196, o texto constitucional estabelece uma série de regras que regulam esse direito, destacando expressamente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo



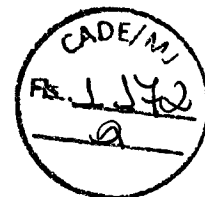
ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”.

296. Nesse contexto, a proteção ao consumidor assume um papel ainda mais relevante para a análise antitruste, especialmente no que se refere à qualidade. Obviamente, em se tratando de bem essencial, que tem uma relação direta com a dignidade da pessoa humana, critérios como preço precisam ser analisados ao lado de outras preocupações igualmente importantes, como a qualidade do serviço prestado.
297. Assim, a regra geral de que o preço justo é aquele resultante do livre jogo de mercado deve ser vista com ressalvas, pois o preço baixo não deve ser o único critério na aferição do bem estar do consumidor. Isso porque ele pode ser resultado da oferta de serviços de baixa qualidade e da precarização da profissão médica. Não é sem razão que parte da doutrina, como lembra Goldberg, sustenta que, no mercado de saúde suplementar, há um *trade off* entre o estímulo à competição via preço e a qualidade dos serviços prestados.
298. Ademais, o fato de se tratar de uma profissão regulada, em relação não apenas ao acesso, como também à publicidade, à ética e ao próprio desempenho do serviço, acaba impondo aos médicos ônus que não exigíveis dos demais agentes do mercado. Exatamente por isso, o mecanismo da livre formação de mercado pode ter algumas imperfeições nesse contexto. Não é sem razão que o próprio CDC submete os profissionais a outros parâmetros de responsabilização, exigindo expressamente a comprovação de culpa.
299. Daí por que a análise antitruste deve ser feita com bastante cuidado para verificar o potencial lesivo que a manutenção dos desequilíbrios entre médicos e OPSs pode representar para o mercado e, em última instância, para os consumidores.
300. Registre-se que, no mercado de saúde suplementar, há uma relevante assimetria de informação entre o consumidor final e as operadoras de saúde, que torna a preocupação com a qualidade ainda mais delicada.
301. Tal assimetria projeta-se tanto na contratação como na execução do contrato de saúde suplementar. Na contratação, ainda que as OPSs possam se encontrar em posição de desvantagem no que diz respeito às informações fáticas indispensáveis para o cálculo de risco, estão em evidente vantagem no que diz



respeito às condições de negociação. Afinal, os contratos apresentados são todos de adesão, elaborados unilateralmente por elas, de forma que cabe ao usuário final tão somente escolher um dentre os modelos e opções disponíveis, sem qualquer possibilidade de negociação das cláusulas.

302. Já no tocante à execução do contrato, a assimetria manifesta-se com maior intensidade: do ponto de vista jurídico, o usuário final dificilmente tem a precisa noção da extensão dos seus direitos quando contrata um plano de saúde – especialmente os relacionados à extensão da cobertura e aos critérios de reajuste dos planos coletivos –, circunstância que o coloca em posição de extrema vulnerabilidade diante de todos os prestadores de serviços envolvidos na cadeia.
303. Isso explica o altíssimo grau de litigiosidade relacionado à execução dos contratos de planos de saúde suplementar, bem como o grande número de planos de saúde que vêm sendo suspensos pela ANS e o elevado número de multas que vêm sendo aplicadas pelos PROCONs às operadoras e administradoras de saúde.
304. Daí por que o exercício do poder de polícia pelos Conselhos Regionais de Medicina, mais do que o de outras profissões, acaba exercendo um papel de inegável utilidade pública.
305. Esse poder de polícia foi expressamente assegurado pela Lei 3.268/1997, que, dentre outras coisas, estabelece que cabe a essas autarquias **“zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”**. (grifo nosso).
306. A maior dificuldade é saber quais os limites dessa competência.
307. A discussão, especialmente no que se refere às tabelas médicas, tem sido objeto de relevante controvérsia no Judiciário. Com efeito, há diversas decisões que rechaçam, de plano, a possibilidade de edição de tabelas de honorários mínimos pelo Conselho Federal de Medicina, sob os argumentos de que a conduta extrapola a competência prevista na Lei 3.268/1957, viola a livre concorrência, por interferir na livre formação de preços, e a liberdade contratual dos médicos e operadoras de saúde.
308. Outras, ao contrário, reconhecem a assimetria entre médicos e operadoras de saúde e destacam que a edição de tabelas sugestivas é uma forma de evitar que esses profissionais liberais, especialmente em razão de sua elevada pulverização,

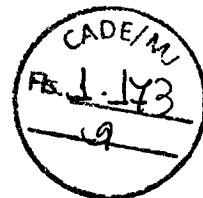


sejam expropriados pelas OPSs na negociação do valor dos honorários médicos.

Assim, o problema não estaria propriamente na fixação de valores mínimos, mas na imposição de punições éticas por seu descumprimento.

309. Recentemente, o STJ manifestou-se sobre o tema. Em acórdão publicado em fevereiro de 2014⁷², o tribunal decidiu que a Resolução nº. 1673/03 do Conselho Federal de Medicina, que adota a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos “como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos para o sistema suplementar de saúde” viola o princípio da reserva legal. Segundo o Tribunal, a competência outorgada pela Lei 3.268/57 ao Conselho Federal de Medicina para regular os Conselhos Regionais não “abrange a organização quanto ao exercício em si da medicina”, pois, nos termos do art. 22, XVI da Constituição Federal, apenas a União pode legislar sobre o exercício das profissões.
310. As decisões contrárias à edição das tabelas de honorários, contudo, decorrem de conclusões apressadas. Já se viu, por exemplo, que o poder compensatório, desde que exercido de forma não abusiva, é, na verdade, uma forma de assegurar a livre concorrência. Ademais, o argumento de que a estipulação dos honorários viola a liberdade contratual também não se sustenta. Isso porque, como é fartamente reconhecido no direito privado, a liberdade de contratual depende da existência de uma relação minimamente equilibrada entre os contratantes.
311. No que se refere à competência dos Conselhos de Medicina, a interpretação restritiva sugerida em determinadas decisões judiciais só se justifica quando se está em condições normais de mercado, em que os médicos podem negociar, de fato, a prestação de seus serviços, sem que haja o risco de vilipêndio da profissão.
312. Quando se trata, entretanto, da negociação com as operadoras de saúde, a assimetria de poder coloca os médicos em evidente situação de vulnerabilidade, colocando em risco o “perfeito desempenho técnico e moral da medicina” que a Lei 3.628/1957 visa a proteger. Com efeito, a precarização do serviço médico pode comprometer gravemente o desempenho ético da profissão.

⁷² 72 AgRg no REsp nº 1.153.444, Rel. Benedito Gonçalves, DJe 24.02.2014.



313. Registre-se que o art. 15, alínea “h”, da referida Lei autoriza expressamente o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina a se valerem de **“todos os meios a seu alcance”**, para evitar que isso aconteça. Daí por que, nesse contexto, evitar a precarização da profissão médica diante das OPSs, ainda que por meio de tabelas de honorários mínimos, é competência que decorre implicitamente da autorização legal. Afinal, em se tratando de profissões liberais, não há como se negar que existe um liame entre a remuneração adequada e o atendimento dos padrões de ética e qualidade necessários à realização do serviço.
314. Não se quer com isso afirmar que os conselhos profissionais são livres para estabelecer sanções ético-disciplinares pela não implementação das tabelas de honorários médicos. Como se verá adiante, tal iniciativa extrapola os limites do adequado e proporcional, não sendo possível entender, sob qualquer hipótese, que a Lei 3.278/1957 autorize esse tipo de atuação pelos conselhos profissionais. Mesmo as decisões judiciais que reconhecem a licitude das tabelas, entendem que a imposição de medidas coercitivas aos médicos é ilegal.
315. Os argumentos mencionados acima demonstram que o Conselho Regional de Medicina, pelo menos no que se refere à exigência de que fossem implementados reajustes nas consultas e nos procedimentos médicos, com base no rol da AMB, nada mais fez do que exercer suas atribuições institucionais, mormente porque, como se verá com mais detalhes adiante, em relação a este ponto, não houve abuso na conduta.
316. Importante, advertir, contudo, que não é meramente o fato de se tratar de uma profissão liberal que justifica a conduta ora analisada, relativa à negociação coletiva dos honorários médicos. Na verdade, a incidência da tese do poder compensatório exige, dentre outras coisas, que exista um poder de mercado original a ser contrabalançado, aqui representado pelas OPSs, cuja assimetria em relação aos médicos é incontroversa.
317. Ademais, o fato de, em princípio, se admitir que o Conselho Regional de Medicina, diante das distorções no mercado que ameaçam a qualidade do serviço prestado, possa utilizar tabela de preços mínimos ou reivindicar a implantação de um índice de reajuste uniforme, por si só, não afasta a ilicitude



da conduta. Para isso é necessário analisar, cuidadosamente, os atos praticados pelas representadas.

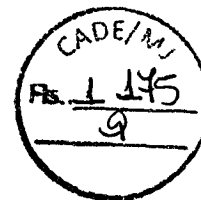
VII.6. Do conjunto probatório dos autos

318. As provas colhidas nos autos demonstram que as entidades médicas representadas negociaram coletivamente com o CIEFAS, tendo, inclusive, organizado movimentos de paralisação em massa, que levaram à suspensão aos atendimentos de beneficiários de diversas OPSS.
319. Consta dos autos o Ofício 21/02/AMPB, assinado pela Associação Médica da Paraíba, que informa a Curadoria do Cidadão das reivindicações encaminhadas à CIEFAS e da decisão de paralisar o atendimento via convênio, caso as propostas não fossem aceitas. Vale reproduzir o teor da referida carta:

“A Associação Médica da Paraíba em conjunto com o sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Academia Paraibana e participação do Conselho Regional de Medicina, tendo em vista o aviltamento dos honorários médicos nestes últimos sete anos, praticamente sem nenhum reajuste, (...) deliberou encaminhar ao grupo CIEFAS as seguintes propostas:

1. Consulta médica no valor de R\$30,00.
2. Coeficiente de Honorários Médicos 0,30 com base no rol de procedimentos da AMB/92 ou da Lista referencial de Honorários Médicos.
3. Que os procedimentos anestésicos cirúrgicos ambulatoriais ou Day Clínica sejam pagos de acordo com o plano de saúde do paciente. Se enfermaria, uma vez o valor de referência. Se apartamento, duas vezes o valor de referência.
4. Remuneração dos honorários acrescida de 30% para horário noturno, fim de semana e feriados que não são cumpridos.
5. Credenciamento das cooperativas de especialidades.
6. Remuneração da consulta pré-anestésica em consultório;
7. Adicional para os procedimentos videolaparoscópicos e endoscópicos;
8. Reavaliação do redutor de 20% aplicado aos exames diagnósticos, laboratoriais e anatomo-patológicos;
9. Pagamento de honorários médicos aos atendimentos de urgência/emergência em hospitais público, conforme determina a ANS.

Deliberou, ainda, que caso nossas propostas não sejam aceitas, após prazo legal, paralisar o atendimento com recebimento via convênio a todos os planos de saúde do grupo CIEFAS, com exceção temporária do GEAP.”.



320. Outra prova colhida dos autos refere-se ao comunicado encaminhado ao CIEFAS em 23 de agosto de 2001, que informa o Comitê das deliberações tomadas na assembleia do dia 08 de agosto do mesmo ano, rejeitando a proposta descrita no ofício CE-SUP/PB-55. Em linhas gerais, a carta reitera as reivindicações das entidades médicas descritas acima e concede à UNIDAS prazo de 15 dias para uma resposta concreta a suas reivindicações, nos seguintes termos:

“Em reunião **conjunta da Associação Médica da Paraíba e do Conselho Regional de Medicina** realizada no dia 08 de agosto do ano corrente ano, em que participaram os presidentes das especialidades e todos os presidentes das cooperativas de especialidades, foi analisado e discutido ofício (CE-SUP-PB-55). (...) foi definido os seguinte itens:

1. Após intensa discussão e análise, os representantes das especialidades médicas decidiram não aceitar a Tabela CIEFAS 2000. Portanto, toda e qualquer negociação entre a Associação Médica/Conselho Regional da Paraíba e o grupo CIEFAS deverá ter como referencial a lista de Procedimentos médicos da Associação Médica Brasileira.

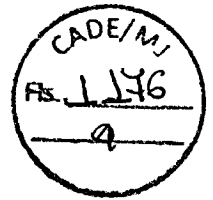
Assim, sendo os valores referenciais a serem negociados serão os contidos na Lista de Procedimentos Médicos (LMP/AMB).

Conforme solicitamos na nossa proposta anterior, manteremos como valor referencial para a consulta médica, o valor de R\$30,00. Aceitamos a sugestão da criação de um fórum de debates por este Comitê.

Não concordamos em condicionar o pagamento da consulta pré-anestésica à aceitação da Tabela CIEFAS 2000. (...).”.

321. Consta dos autos, ainda, carta, assinada por todas as entidades médicas representadas e por “sociedades de especialidades e cooperativas de especialidades” remetida aos médicos, informando da decisão relativa à suspensão dos atendimentos aos beneficiários de operadoras de saúde filiadas ao CIEFAS a partir do dia 1 de agosto de 2002, enquanto perdurasse o impasse com essas OPSs. A carta advertia aos médicos que, em caso de descumprimento, poderia haver a denúncia ao Conselho Regional de Medicina por violação ao Código de Ética Médica:

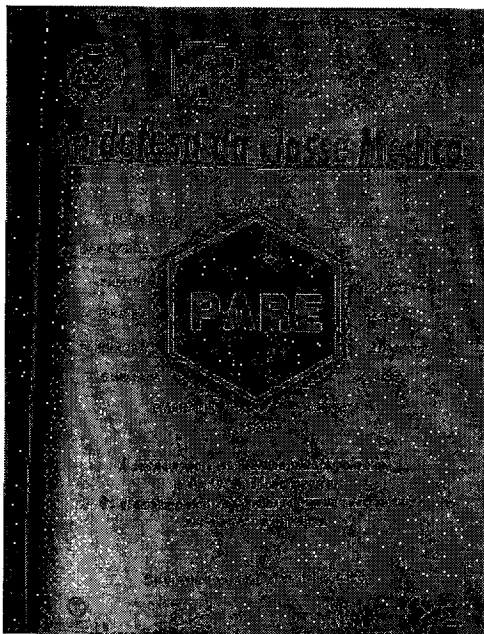
“As entidades médicas decidiram fazer valer o decidido na Assembleia Geral Extraordinária ocorrida no último dia 02 de maio corrente, ou seja: “Suspender por tempo indeterminado, a partir de 1º de agosto próximo, todos os atendimentos às entidades conveniadas ao CIEFAS/PB, com exceção temporária à GEAP, ficando tais atendimentos restritos ao caráter de atendimento particular, enquanto perdurar o atual estado de indefinição quanto às reivindicações não atendidas.”.

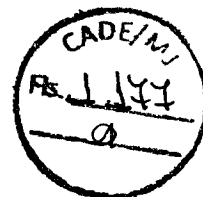


322. A conduta praticada pelas entidades médicas representadas também pode ser comprovada pelo comunicado encaminhado ao CIEFAS em 28 de junho de 2002, avisando da decisão de suspender os atendimentos médicos, conforme se depreende do seguinte trecho:

“Finalmente, em fins de maio do corrente, as entidades subscritoras do presente comunicado, vencidas pela indefinição reinante, decidiram fazer valer o decidido na AGE mencionada no sentido de suspender, por tempo indeterminado, a partir de 1º de agosto próximo, todas as entidades conveniadas ao CIEFAS/PB (fl.66-67).”

323. Há, nos autos, também informativo intitulado “Esclarecimentos aos Nossos Pacientes”, acostado à fl. 70, que informa os consumidores que, em razão de não ter havido aumento nos honorários médicos nos últimos seis anos, haveria a suspensão nos atendimentos dos planos de saúde filiados ao CIEFAS, a partir do dia 1 de agosto, de modo que “consultas, raios-x, cirurgia e internações seriam cobrados diretamente do paciente”, mediante recibo.
324. Outra prova refere-se ao informe publicitário publicado no Correio da Paraíba em 25 de julho de 2002, relativo à suspensão nos atendimentos, reproduzido abaixo:





325. Ademais, nota publicada no Correio da Paraíba, de 23 de julho de 2002, informa que a Associação Paraibana de Hospitais “deliberou dar total e irrestrito apoio ao movimento reivindicatório” das entidades médicas representadas, de forma que seus associados iriam suspender os atendimentos aos usuários dos planos de saúde dos convênios filiados ao CIEFAS, caso não fossem atendidas suas reivindicações.
326. Outra prova da participação das representadas na negociação do valor dos honorários médicos é o comunicado da AMPB, do SIMED-PB e da APMED, publicado no Correio da Paraíba em 24 de julho de 2002, que dispensa os médicos paraibanos de informarem os planos de saúde da suspensão temporária, que seria iniciada em 01 de agosto daquele ano:

“Entidade Médicas (*sic*): Esclarecimento.

As entidades subscritas vêm esclarecer aos médicos paraibanos que NÃO É NECESSÁRIA A COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL de cada credenciado ao seu respectivo plano, para a suspensão temporária, a partir do dia 1 de agosto, do atendimento via planos de saúde que compõem o CIEFAS (Cape Saúde, Afrafep, Cassi, Camed, Funasa, Petrobrás, Conseder, Assefaz, Sesef, Caixa Econômica Federal, Correios, Embrapa, Fachesf, Fassinera e OAB)” (fl. 71).

327. Por fim, é possível citar o comunicado encaminhado pela Associação Médica da Paraíba, pelo Sindicato dos Médicos da Paraíba e pela Associação Paraibana de Medicina dirigido aos usuários dos planos de Saúde filiados ao CIEFAS-PB, informando que, a partir do dia 1 de agosto, haveria a suspensão nos atendimentos médicos de todas as entidades conveniadas ao CIEFAS-PB.
328. As provas descritas acima deixam claro que as representadas negociaram coletivamente com as operadoras de saúde, tendo, inclusive, promovido movimentos de paralisação em massa diante da recalcitrância das operadoras de saúde em atender a suas reivindicações.
329. A confirmação dos fatos imputados às representadas no processo, contudo, não implica necessariamente o reconhecimento da ilicitude da conduta, ou, pelo menos, não nos moldes propostos pelo Conselheiro Relator e pelos pareceres técnicos.
330. Isso porque a patente assimetria existente no mercado de saúde suplementar, como já exaustivamente afirmado, tem um importante desdobramento sobre a



análise da conduta. Com efeito, a negociação coletiva constitui o principal instrumento para assegurar maior equilíbrio nas tratativas entre OPSs e prestadores de serviço, de forma que a aferição de licitude ou ilicitude da conduta exige um cuidadoso exame, sob pena de, a pretexto de se proteger a livre concorrência, colocá-la sob risco.

331. O cerne do poder compensatório, aliás, está justamente na possibilidade de atuação concertada, por meio da congregação de agentes econômicos, em situação de desequilíbrio, seja por meio organizações privadas que assegurem uma negociação minimamente equânime – como é o caso das cooperativas e das sociedades, como regra –, seja pela atuação dos conselhos profissionais que, no tocante aos médicos "não organizados" e sem poder de barganha perante as OPSs, podem intervir para assegurar a obtenção de resultados mínimos.
332. Não é sem razão que a própria SG reconhece que, embora *a priori*, a coordenação de profissionais ou empresas para a definição de padrões de negociação seja vista pelo direito antitruste como um ilícito, na medida em que rompe uma das colunas mestras da livre concorrência, qual seja, a determinação pelos agentes econômicos, de forma independente, das variáveis competitivas, o cenário observado no setor de saúde suplementar autoriza um tratamento diverso. Segundo a SG, diante das evidentes distorções nesse mercado, “a convalidação das negociações coletivas por parte dos médicos, conferindo-lhes um patamar mais estável nas tratativas com as operadoras de planos de saúde, desde que condicionada a certos parâmetros é a saída encontrada”.
333. Com efeito, estudos como o de Furquim e Almeida, mencionados anteriormente, atestam que a negociação coletiva pode levar a um aumento no bem estar do consumidor, inclusive com a redução no valor dos prêmios. No que se refere à qualidade, é razoável supor que remunerações mais baixas não apenas afastam os bons profissionais das operadoras de saúde, como reduzem o tempo e cuidado despendido nas consultas, já que os médicos tenderão a atender um maior número de pessoas.
334. Já se viu também que intervir no poder compensatório, deixando incólume o poder de mercado originário, pode causar efeitos graves à concorrência.
335. Ademais, como mencionado anteriormente, a negociação coletiva pode também reduzir os custos de transação entre operadoras e prestadores de serviço. Desde



que respeitados os limites da livre concorrência, negociar coletivamente pode representar uma importante diminuição nas despesas administrativas que, em última análise, também poderiam ser repassadas ao consumidor.

336. A questão mais delicada, entretanto, é justamente definir quais são esses limites.
337. Em regra, a influência para a adoção de preços uniformes constitui uma infração antitruste por objeto. Todavia, mesmo as infrações por objeto precisam ser analisadas com cautela, verificando se, na hipótese, não há nenhum fator de legitimidade e aceitabilidade da conduta que permita cogitar do exercício regular de um direito, de forma a se afastar sua reprovabilidade.
338. Tal entendimento, em linhas gerais, foi acolhido pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA nº 08012.006923/2002-18. Naquela ocasião, como mencionado anteriormente, o Conselheiro destacou que, embora a divulgação de tabelas de preços constitua uma infração por objeto, não se trata de uma infração *per se*, de modo que, a presunção de ilicitude poderá ser afastada, caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias do caso, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopsônio.
339. No caso sob análise, a SG entendeu que a conduta praticada pelas representadas teria invertido “a relação de hipossuficiência entre médicos e operadoras de planos de saúde,[e] implicado poder de barganha excessivamente alto para as entidades representativas médicas, possibilitando a fixação de preços mínimos e os efeitos anticompetitivos decorrentes dessa prática de mercado” (fl. 976)
340. Para verificar se, de fato, teria havido a referida inversão, hipótese em que a conduta das representadas seria ilícita, é necessário analisar cuidadosamente a forma como se deu a negociação com as operadoras de saúde e os movimentos de paralisação nos atendimentos.
341. A seguir são analisadas, separadamente, cada uma das condutas imputadas às representadas, que justificaram o parecer da SG, da ProCADE e do MPF e o voto do Conselheiro Relator pela condenação.



VII.7. Da configuração de infração à ordem econômica

VII.7.1 Análise da conduta das entidades médicas representadas

VIII.7.1.1 Da liderança de negociações coletivas junto às operadoras de planos de saúde para a discussão dos honorários médicos

342. Como mencionado ao longo do voto, a possibilidade de aplicação do poder compensatório não constitui uma carta branca para as entidades representativas dos médicos, de forma que, para afastar a infração à ordem econômica, é necessário um juízo criterioso, capaz de determinar se a conduta extrapola ou não os limites da excludente de ilicitude.
343. No caso sob exame, verifica-se, em primeiro lugar, que há indícios de que os honorários médicos pretendidos pela categoria não eram abusivos. Em diversas oportunidades, as entidades médicas esclareceram que **os valores pagos pelas OPSs não eram reajustados há seis anos.**
344. A afirmação, contudo, foi contestada pelo CIEFAS, que afirmou que teria havido um aumento no valor pago aos médicos. De fato, no que se refere às consultas, as próprias entidades médicas reconheceram que houve um aumento de R\$ 2,00, em razão do movimento realizado pela categoria a partir de julho de 2001. O referido aumento, contudo, na verdade, só confirma a assimetria entre médicos e OPSs. Basta dizer que, mesmo se tratando de reajuste ínfimo, só foi possível implementá-lo por meio de um movimento coletivo organizado pelas entidades médicas ora representadas.
345. No que se refere aos demais procedimentos, nem sequer se discute que os valores estavam defasados. Com efeito, em 2000, o CIEFAS havia implementado a tabela CIEFAS/2000, que estipulava valores inferiores àqueles estabelecidos pela tabela da AMB de 1996 para maioria dos procedimentos. Não é sem razão que, dentre as exigências que o CIEFAS se recusava a atender, estava a utilização do Coeficiente de Honorários de R\$ 0,30 sobre a tabela da AMB/1996.
346. Atualizando os valores pagos pelas OPSs pelas consultas (R\$ 27,00, conforme informado pelo CIEFAS) até agosto de 2014, pelos índices do INPC e do IGPM, respectivamente, observa-se que os preços correspondem a R\$ 56,00 e a R\$



- 61,00, deixando claro que os valores pagos pelas operadoras de saúde eram, de fato, módicos.
347. É comum afirmar-se, porém, que a análise da razoabilidade do preço extrapola os limites do direito antitruste, pois, em atenção à livre concorrência, o preço deve resultar da interação normal das forças de mercado. Neste sentido, o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho no PA 62/92, salientou que “*o preço justo é, por definição, aquele que surge como resultante (...) das condições de oferta e demanda.*”. (PA 62/92).
348. Ocorre que, no caso ora analisado, a advertência não se aplica. Isso porque há evidências de que, diante da assimetria de poder econômico entre prestadores e operadoras de saúde, não havia propriamente negociação, sendo os honorários impostos pelas OPs, que os mantinham sem nenhuma atualização há anos.
349. Tanto é assim que no estudo relativo às negociações no mercado de saúde suplementar, a SDE destacou que os contratos firmados, na maioria das vezes, são contratos de adesão, cujos valores e termos são definidos unilateralmente pela operadora, sem a participação do prestador, cabendo a ele aceitar, em bloco, as condições estipuladas ou recusá-las. (Levantamento de informações sobre negociações no mercado de saúde suplementar, Procedimento Administrativo nº 08012.001039/2015-10).
350. Outro argumento suscitado pelos órgãos de defesa da concorrência para rechaçar a adoção de tabelas médicas ou a influência para a adoção de conduta uniforme de preços é que estas práticas criam uniformização de valores, impedindo diferenciações em razão de atributos técnicos (qualidade, especialização, experiência, reputação, etc) dos prestadores.
351. No estudo realizado pela SDE no Procedimento Administrativo nº 08012.001039/2010-05, entretanto, as respostas apontaram que não é prática recorrente adotar honorários diferenciados, em razão da qualificação, experiência e reputação do profissional. Basta dizer que 84% das operadoras oficiadas responderam que não adotam diferenciação nos honorários, segundo os referidos critérios.
352. No caso em análise, isso fica ainda mais evidente, quando verificamos que a intenção do CIEFAS era, na verdade, manter a Tabela CIEFAS/2000. Assim, independentemente do movimento promovido pelas entidades médicas, inexistia



naquele mercado a adoção de honorários diferenciados em razão de quaisquer atributos técnicos.

353. Nem se afirme que o médico é livre para negociar e para prestar ou não serviços por meio das OPSs. O patente desequilíbrio na relação, fartamente reconhecido, inclusive, pela SG, não permite concluir que, de fato, haveria a possibilidade de uma negociação efetiva com as operadoras de saúde, de forma individual. Aliás, a própria resistência das OPSs em aceitar os reajustes pretendidos pelas entidades médicas representadas denuncia seu elevado poder de barganha que, em se tratando de médicos individuais, seria potencialmente ampliado. Basta dizer que, em regra, os contratos negociados com as operadoras são contratos de adesão. Ademais, o mercado caracteriza-se por altos custos de mudança que, senão impedem, dificultam bastante a possibilidade de troca de operadora pelo prestador, principalmente em razão da dificuldade de recompor a carteira de pacientes.
354. Além disso, diversas operadoras negociam coletivamente, de forma que, muitas vezes, não restam muitas alternativas aos prestadores de saúde. No caso ora analisado, por exemplo, todas as negociações foram realizadas diretamente pelo CIEFAS (atual “UNIDAS”) em nome de suas afiliadas.
355. Registre-se que o número de beneficiários nos planos de saúde no Brasil vem crescendo e que, em regra, apenas médicos de acentuado prestígio conseguem desenvolver suas atividades sem o intermédio de uma operadora de saúde. Segundo Furquim e Almeida⁷³, em 2006, apenas 20% dos médicos não trabalhavam para OPSs, até porque, no setor de saúde, a credibilidade da marca acaba assumindo um papel bastante relevante, dificultando o exercício da medicina sem a intermediação de uma operadora.
356. Assim, entender que a conduta ora analisada é ilícita poderia acentuar as assimetrias nesse mercado, reforçando as preocupações concorrenciais. Ademais, já se viu que a aplicação de sanções pela autoridade antitruste pressupõe a existência de reprovabilidade da conduta. Trata-se de uma garantia

⁷³ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. *Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?*, p. 4. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



- constitucional inafastável, que não pode ceder espaço nem mesmo em razão do bem estar do consumidor.
357. Ora, contrapor-se a uma posição dominante previamente existente, nos exatos limites para evitar a indevida e abusiva expropriação da parte mais fraca, não pode ser considerada uma atitude reprovável e, conseqüentemente, um ilícito antitruste, ainda mais quando já se viu que o exercício de tal poder compensatório pode levar inclusive a eficiências e à redução de preços para o consumidor. Todavia, ainda que assim não fosse, isso não afasta a existência de justificativa juridicamente válida para a conduta.
358. Mesmo que a negociação coletiva por parte dos médicos pudesse trazer prejuízos ao bem estar do consumidor – o que se admite unicamente em favor do debate – essa constatação, por si só, não poderia justificar a punição dos médicos. O bem estar do consumidor não pode ser obtido unicamente às custas do sacrifício da remuneração dos médicos, enquanto o exercício do poder de mercado e o lucro das operadoras de saúde se mantêm incólume, até porque estas últimas constituem o elo mais forte da cadeia produtiva.
359. O reconhecimento da função social dos contratos não infirma a conclusão. Embora os contratos tenham função social, não se resumem à ela, pois são igualmente legítimos instrumentos para a realização dos interesses pessoais dos contratantes. Assim, entender que os médicos teriam de renunciar, por completo, à busca dos seus interesses pessoais para perseguir exclusivamente os interesses dos consumidores levaria a uma indevida e total funcionalização do contrato, equiparando equivocadamente particulares a funcionários públicos, já que somente destes últimos se pode exigir ação direcionada exclusivamente ao atendimento do interesse público.
360. É pacífico que o desafio imposto pela função social dos direitos e liberdades não envolve o aniquilamento da autonomia privada. Pelo contrário, o desafio diz respeito a encontrar um equilíbrio entre a dimensão funcional e a dimensão individual das situações jurídicas colocadas em análise. O entendimento de que os médicos não poderiam exercer o poder compensatório pela simples razão de que isso poderia trazer maiores ônus aos consumidores ignora por completo a legítima dimensão individual do contrato, bem como a autonomia e a dignidade dos médicos, que deixam de ser fins em si mesmos – o que é o núcleo da



dignidade da pessoa humana – e passam a ser meros meios para o atendimento do interesse público. Há, conseqüentemente, uma verdadeira instrumentalização dos médicos e a transferência indevida para eles de compromissos que apenas poderiam ser exigidos do Estado.

361. Acresce, por fim, que esse tipo de argumento também ignora que a função social do contrato projeta-se igualmente sobre o consumidor, de forma que é razoável que ele suporte os ônus da remuneração adequada dos médicos, desde que se mostrem pertinentes e proporcionais.
362. A função social em contratos com esse grau de complexidade envolve, antes de tudo, um exame atento de todos os interesses envolvidos, numa perspectiva de conciliação e justiça, e não por um viés de exclusão de alguns interesses legítimos em detrimento de outros.
363. Não se discute aqui, portanto, a importância da proteção ao consumidor, mas sim as formas para se chegar a tal tutela e como compartilhar essa responsabilidade com todos os elos da cadeia de serviços.
364. Assim, o que se há que buscar é uma alternativa capaz de compor o conflito triangular – consumidores, médicos e OPSs – de forma mais equilibrada, sem que seja necessário comprometer as garantias constitucionais do processo administrativo sancionador para chegar a esse resultado nem os interesses individuais legítimos dos médicos.
365. Ocorre que, como mencionado anteriormente, a ANS tem declarado sua incompetência e/ou enfrentado sérias dificuldades para tratar da remuneração dos honorários médicos. Nesse contexto, o poder compensatório aparece como a única alternativa viável capaz de reduzir as assimetrias entre médicos e OPSs, criando um contrapeso ao poder de mercado exercício por elas, evitando a expropriação dos primeiros e, em última análise, resguardando a própria concorrência.
366. Importante notar que a forma como foram conduzidas as negociações atesta que **as entidades médicas representadas não impuseram de forma intransigente suas reivindicações**. Embora como verificado acima, se tratasse de reivindicação razoável, observa-se que **as representadas se dispuseram a negociar com as operadoras de saúde, tendo, inclusive, aceitado reajustes que não se enquadravam no valor pretendido inicialmente**.



367. Basta lembrar que, em comunicado encaminhado à Curadoria do Cidadão, as entidades médicas esclareciam que, dentre suas reivindicações, estava a consulta médica no valor de R\$ 30,00 e a implantação do coeficiente de honorários médicos no valor de R\$ 0,30, com base no rol de procedimentos da AMB/92 ou na Lista Referencial de Honorários Médicos AMB/96.
368. Ocorre que, posteriormente, as representadas acabaram firmando acordo com a UNIDAS, estipulando que o valor das consultas seria de R\$ 27,00 e o Coeficiente de Honorários Médicos de R\$ 0,25, como mencionado anteriormente. Isso demonstra a efetiva abertura das representadas para negociar os valores propostos.
369. A descrição acima demonstra que as entidades médicas visaram a implementar reajustes razoáveis e justificados e que a negociação não foi realizada de forma intransigente. Ao contrário, o processo negocial levou à aceitação de valores inferiores àqueles inicialmente pretendidos pelas representadas, demonstrando que não houve abuso na conduta, pelo menos no que se refere à exigência dos honorários médicos.
370. Ademais, segundo as entidades médicas, parte das reivindicações das representadas já estava, inclusive, prevista nos contratos de credenciamento e vinham sendo descumpridas pela UNIDAS. Com efeito, além do reajuste sobre o valor das consultas e do CH, a ser aplicado com base nas tabelas da AMB, as entidades médicas exigiam um adicional de 30% sobre os honorários de serviços prestados em horário noturno, em fins de semana e feriados. A exigência, segundo elas, tratava-se, na verdade, do mero cumprimento do contrato, fato que não foi contestado por nenhuma das OPSs. Ademais, não deixa de ser sugestivo que essa tenha sido uma das primeiras reivindicações atendidas pelo CIEFAS na negociação, como atesta sua manifestação na audiência realizada no dia 20 de junho, acostada às fls. 275.
371. A análise das condutas das representadas, todavia, demonstra que suas reivindicações extrapolaram a remuneração dos médicos. Como descrito na representação e comprovado pelos elementos colhidos na instrução, as entidades médicas representadas pretendiam não apenas a alteração no valor da consulta e do CH, mas também: (i) que os procedimentos cirúrgicos ou *Day Clinic* fossem remunerados de acordo com o plano de saúde pago pelo paciente, de forma que



os médicos receberiam o dobro por consultas a consumidores internados em apartamentos; (ii) o credenciamento de cooperativas; (iii) a implementação de reajuste nos procedimentos videolaparoscópicos e endoscópicos; (iv) a reavaliação do redutor de 20% aplicados aos exames diagnósticos e laboratoriais e anátomo-patológicos; (v) pagamento dos honorários aos atendimentos de urgência em hospitais públicos; (vi) remuneração da consulta pré-anestésica e (vii) remuneração acrescida de 30% para procedimentos realizados em honorário noturno, fim de semana e feriados não cumpridos.

372. Os itens (i), (ii), (iii) e (iv) ultrapassam claramente o âmbito dos honorários médicos. A referida distinção é extremamente relevante, pois, como visto anteriormente, quando a negociação coletiva pelas entidades representativas da categoria médica ocorre em favor de clínicas e hospitais, em razão de a assimetria entre as OPSs e esses prestadores de serviços ser menos acentuada ou mesmo inexistente, a análise do poder compensatório deve ser, como regra, afastada.
373. Nesses casos, independentemente de haver ou não o estímulo às paralisações em massa, a conduta das entidades médicas ora representadas deverá ser considerada ilícita, se ficar demonstrado que elaboraram e/ou buscaram implementar tabelas ou índices de reajuste que extrapolam os honorários médicos e alcançam serviços hospitalares e/ou laboratoriais. Já se viu que a própria estrutura e organização desses agentes econômicos, em regra, pode ser considerada uma forma de exercício de poder compensatório, de modo que a intermediação das entidades médicas em seu favor, em princípio, atentaria contra a livre concorrência.
374. É exatamente o que ocorre no caso sob exame. Ao negociar o valor de exames e o credenciamento de cooperativas médicas, as entidades ora representadas acabaram atuando como representantes de agentes empresariais que, em regra, já possuem poder de barganha suficiente diante das OPSs, motivo pelo qual a aplicação no poder compensatório na hipótese seria desarrazoada. De fato, permitir que as entidades médicas representadas coordenem movimentos em seu benefício, na verdade, poderia inverter a assimetria nesse mercado, de forma que a conduta não pode ser considerada lícita.

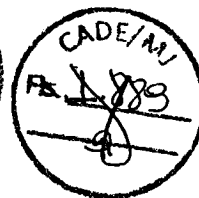
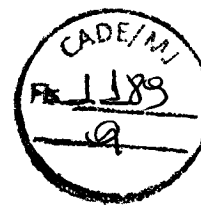


375. Com efeito, a atuação das entidades médicas representadas deve limitar-se à proteção da categoria médica, que detém poder de barganha evidentemente desigual em relação às OPSs, motivo pelo qual o reconhecimento do poder compensatório, na hipótese, acaba se traduzindo em uma verdadeira proteção ao princípio da livre concorrência.
376. Dos itens mencionados acima, a reavaliação do redutor aplicada sobre os exames e a exigência de credenciamento de cooperativas enquadram-se claramente nas advertências mencionadas acima. Já os itens (i) e (iii) demandam maiores explicações.
377. No que se refere à necessidade de que os honorários sejam remunerados de acordo com o plano de saúde do paciente, acaba havendo uma indevida associação da remuneração do médico a critérios empresariais. Com efeito, o que se pretende assegurar com o poder compensatório é que os médicos possam receber honorários, senão justos, pelos menos não desarrazoados diante do elevado poder de barganha das OPSs. Todavia, não há qualquer justificativa para que os profissionais se utilizem do poder compensatório para tentar ser melhor remunerados, pelo mesmo serviço prestado, em razão do tipo de plano escolhido pelo paciente.
378. Já o adicional sobre os procedimentos videolaparoscópicos e endoscópicos, como se depreende da resposta da UNIDAS justifica-se tão somente pelo uso do equipamento. Ocorre que a preocupação com os insumos despendidos no procedimento também tem um nítido viés empresarial, que extrapola a preocupação com os honorários médicos. Aliás, em se tratando de exames, como mencionado anteriormente, para que o exercício do poder compensatório possa ser considerado legítimo, seria necessário comprovar que a atuação das entidades médicas restringiu-se tão somente ao valor do trabalho desempenho pelo médico.
379. Verifica-se, portanto, que as negociações coletivas pelas representadas acabaram extrapolando os limites do poder compensatório, não podendo ser consideradas integralmente lícitas.

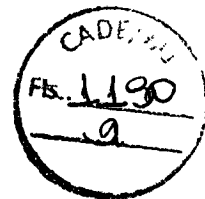


VII.7.1.2. Dos movimentos de paralisação em massa

380. Para a SG, os chamados “boicotes” não podem ser admitidos, pois são altamente condenados na esfera do Direito da Concorrência, quer pelo prejuízo incontornável causado aos consumidores, quer porque não deixam qualquer alternativa aos tomadores de serviços, forçando-lhe a acatar preços e determinações até mesmo abusivas.
381. Nessa linha, o Conselheiro Relator entendeu que as paralisações aos atendimentos aos planos de saúde coordenadas pelas representadas teriam sido determinantes para a configuração da infração à ordem econômica.
382. Todavia, ao contrário do que defendem o Conselheiro Eduardo Pontual e a SG, entendo que os descredenciamentos em massa não são, em princípio, abusivos. A possibilidade de atuação coletiva e concertada dos médicos para pressionar as operadoras de planos de saúde a reajustar os valores pagos constitui o núcleo do poder compensatório.
383. Com efeito, não faria sentido admitir a referida excludente de ilicitude, ao mesmo tempo, destituí-la de qualquer eficácia. A se entender, de plano, que os movimentos coletivos e as ameaças de descredenciamento em massa configuram infrações à ordem econômica, em última análise, se estaria negando a própria tese do poder compensatório.
384. Nos processos administrativos relativos à matéria julgados pelo CADE, é comum argumentar que o rompimento de contratos e a cessação da prestação de serviços apenas podem ser considerados lícitos quando expressem a vontade individual do profissional, de forma que quando a decisão parte de uma atitude concertada pelas entidades representativas dos médicos, a violação à ordem econômica é inafastável.
385. A conclusão, contudo, não se coaduna com a assimetria de poder amplamente demonstrada no voto. A cessação da prestação de serviços pelos médicos individualmente imputaria todo o ônus ao médico, acentuando o desequilíbrio nesse mercado. A própria SG, aliás, reconhece que o “descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer das cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer especialista,



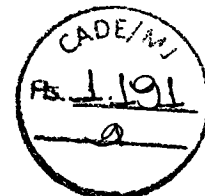
- salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico”.
386. A advertência ganha reforço quando se observa a forma como eram realizadas as negociações no mercado de saúde suplementar na Paraíba. Pelas provas colhidas nos autos, resta claro que o CIEFAS negociava coletivamente em nome de mais de quinze operadoras de saúde, que, juntas, detêm mais de um quarto do número de beneficiários do Estado.
387. Não se quer, com isso, afirmar que boicotes e paralisações sejam sempre uma alternativa legítima no âmbito do exercício do poder compensatório. Até por envolver terceiros, não podem os contratantes se utilizar de prerrogativas que não sejam necessárias, adequadas e proporcionais, sob pena de causarem danos injustificados aos usuários. A moderna principiologia contratual, lastreada na boa-fé objetiva e na função social dos contratos, igualmente impõe coerência e moderação aos contratantes em todos os âmbitos de ação.
388. O reconhecimento dessas cláusulas gerais, contudo, não significa que a alternativa extrema do boicote ou da paralisação não seja legítima, diante de fatos que possam levar à conclusão de que se tratou de medida razoável diante da intransigência das OPSs. Já se viu, aliás, que o fato de os contratos terem função social não significa que se resumam a ela. Diante da autonomia privada, é necessário conciliar as dimensões individual e funcional, de forma que, eventuais boicotes, mesmo trazendo prejuízos ao consumidor, poderão ser considerados lícitos, desde que respeitados determinados limites.
389. Assim, a meu ver, o grande problema dos chamados “boicotes” não está propriamente na recusa, em massa, de negociar, mas sim (i) na razoabilidade da adoção dessa alternativa, o que apenas poderá ser observado no contexto da negociação analisada, bem como (ii) na razoabilidade das medidas para assegurar a sua eficácia. No que diz respeito ao segundo aspecto, é fato notório e já discutido em inúmeros processos que hoje tramitam no CADE que muitas vezes os conselhos profissionais e entidades de classe coagem os médicos a suspenderem os atendimentos, o que certamente torna as paralisações coletivas ilícitas.
390. Se a paralisação, todavia, é proporcional diante da manifesta recusa à justa negociação por parte das OPSs e se ausente o instrumento coercitivo já descrito,



está-se diante de hipótese em que mesmo a paralisação pode ser vista como razoável, sendo a única medida possível diante da intransigência das OPSs

391. Dessa maneira, é imprescindível investigar a forma como os referidos credenciamentos vêm sendo realizados, para determinar se a conduta das representadas foi ou não ilícita.
392. Ao analisar as negociações realizadas com o CIEFAS observa-se, em primeiro lugar, que as paralisações não foram o resultado da intransigência das entidades médicas e de sua recusa em negociar com o Comitê. Com efeito, os documentos juntados aos autos demonstram que as reivindicações das entidades médicas foram encaminhadas ao CIEFAS antes do dia 23 de agosto de 2001 e que as primeiras paralisações só ocorreram quase um ano depois, em 1 de agosto de 2002, o que sugere que a suspensão dos atendimentos foi utilizada apenas como última alternativa, diante da manifesta resistência das OPSs em chegar a um acordo.
393. Com efeito, no referido período, foi realizada uma série de audiências na Curadoria do Cidadão no Ministério Público do Estado. O processo negocial teve início por iniciativa das entidades médicas representadas, que encaminharam uma carta ao órgão em 09 de maio de 2002, informando-o de todas as reivindicações exigidas do CIEFAS e da decisão de suspender os atendimentos, caso não houvesse a aceitação das propostas.
394. Antes da intermediação da Curadoria, cuja primeira audiência foi realizada em 29 de maio de 2002, o CIEFAS, segundo as entidades médicas, teria simplesmente permanecido inerte, recusando-se a negociar ante as reivindicações encaminhadas à associação.
395. É o que se depreende do Comunicado encaminhado ao CIEFAS/PB pela Associação Médica da Paraíba, pelo Sindicato dos Médicos da Paraíba e pela Academia Paraibana de Medicina:

“Comunicada juntamente com a Curadoria do Cidadão, daquelas deliberações assembleares, o CIEFAS/PB manteve-se silente, optando por ignorar os esforços da classe representada. Ato contínuo, a Curadoria do Cidadão, diante da falta de definição existente na questão em tela, decidiu intermediar uma negociação amigável entre as partes interessadas, marcando sucessivas reuniões que, infelizmente em nada redundaram, em grande parte pela insensibilidade do Ciefas/PB às justas reivindicações da classe médica”



396. De fato, exceto pelos termos de audiência anexados no processo, relativos às reuniões realizadas na Curadoria, não consta dos autos nenhuma proposta encaminhada pelo CIEFAS às entidades médicas que permitisse inferir sua disposição para negociar. Corrobora a afirmação da inércia do CIEFAS a carta encaminhada em 11 de janeiro de 2002 pela AMPB, em que a referida associação e o Conselho Regional de Medicina convidam a Superintendente do CIEFAS no Estado da Paraíba “para debater assuntos de suma importância”.
397. Na verdade, mesmo os termos de audiências, que resumem as conclusões do processo negocial realizado na Curadoria do Cidadão, revelam a recusa do CIEFAS em atender às reivindicações das entidades médicas representadas, especialmente no que se refere ao valor da consulta e do coeficiente de honorários médicos.
398. Com efeito, após a primeira reunião, realizada no dia 29 de maio, ficou acordado que o CIEFAS apresentaria contraproposta perante a Curadoria no dia 20 de junho. O termo de audiência acostado à fl. 256, contudo, demonstra a resistência do CIEFAS em atender minimamente às reivindicações relativas aos honorários médicos. Na ocasião, após destacar o aumento de custos decorrente das novas resoluções da ANS, o CIEFAS informou que sua assembleia geral havia decidido rejeitar a pretensão das entidades médicas de exigência de R\$ 30,00 pela consulta e sugeriu simplesmente manter o valor de R\$ 27,00. Em relação ao Coeficiente de Honorários Médicos, também se negou a atender as reivindicações dos médicos, informando, dentre outras coisas, que o reajuste do CH para R\$ 0,30, incidente sobre a tabela da AMB/96, equivalia a um aumento de 25% e que seria mantida a Tabela CIEFAS/2000, que não utiliza o CH como indexador.
399. De acordo com as entidades médicas, a manutenção da Tabela CIEFAS/2000 representaria uma redução de 20% na grande maioria dos procedimentos médicos em relação a qualquer tabela da Associação Médica Brasileira – AMB. A referida lista teria sido imposta às representadas em 2000, especialmente em razão da desorganização da classe médica e de sua consequente vulnerabilidade. Nas tabelas da AMB/1996, o preço dos procedimentos médicos é obtido multiplicando-se o valor do CH pelo número de CHs atribuído a cada um deles.

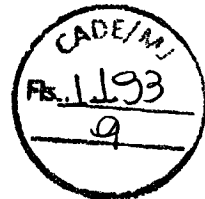


Já a tabela do CIEFAS/2000 estipula valores monetários para cada um dos procedimentos, sem se valer de nenhum indexador.

400. Embora não existam elementos nos autos que comprovem a veracidade da afirmação, o fato é que a insistência do CIEFAS em manter a referida tabela, por si só, já permite concluir que a lista contém condições mais vantajosas para as suas OPSs. Aliás, o fato demonstra claramente que o problema do CIEFAS não está propriamente na uniformização dos honorários médicos nem na suposta “cartelização” – que, em tese, violariam a concorrência –, mas na imposição de condições desfavoráveis a seus interesses.
401. O exame cuidadoso da tabela, aliás, revela o valor ínfimo que era pago por determinados procedimentos cirúrgicos. A tabela abaixo ilustra a conclusão:

Procedimento	Preço previsto na Tabela CIEFASs/2002	Valor atualizado de acordo com o IGP-M
Cirurgia de apendicite	R\$ 165,00	R\$ 506,00
Retirada de nódulo da mama	R\$ 72,00	R\$ 220,00
Retirada da mama	R\$ 144,00	R\$ 441,00
Ponte de safena	R\$ 412,00	R\$ 1264,00
Retirada de tumor cerebral	R\$ 310,00	R\$ 941,00

402. Mesmo diante da evidente recusa do CIEFAS em acolher as reivindicações das entidades médicas – que, como visto anteriormente, no que se refere ao valor das consultas e do CH, estavam longe de ser abusivas –, as entidades médicas dispuseram-se a participar de novas reuniões na Curadoria, antes de dar início às



- paralisações. Nos dias 24, 31 de julho e 1 de agosto foram realizadas novas audiências, mas não foi possível chegar a um acordo em relação ao valor das consultas, o percentual do CH e o pagamento da consulta pré-anestésica.
403. As inúmeras reuniões realizadas e o razoável lapso temporal decorrido entre o início das negociações e as paralisações, senão demonstram de forma contundente, pelo menos sugerem que a suspensão teria ocorrido em virtude da negativa das operadoras em negociar.
404. Importante registrar que toda a conduta das entidades médicas representadas pautou-se pela transparência. Antes de iniciarem as suspensões, foram publicados sucessivos esclarecimentos no jornal “Correio da Paraíba”, tornando públicas as paralisações nos atendimentos de determinados planos de saúde. Às fls. 70 e 73, constam dois comunicados das entidades médicas, intitulados “Entidades Médicas: Nota de Esclarecimento” e “Entidades Médicas: esclarecimento aos nossos pacientes”, publicadas no referido periódico nos dias 28 e 30 de julho de 2002, respectivamente.
405. A iniciativa de procurar o Ministério Público também demonstra, de forma evidente, a preocupação dos médicos em buscar a forma menos lesiva para compor o conflito de interesses entre médicos e operadoras de saúde.
406. Ressalte-se que, mesmo após a suspensão aos atendimentos, as entidades médicas permaneceram abertas à negociação. Tanto é assim que, no dia 28 de agosto, em audiência realizada na Curadoria, se comprometeram a participar da Comissão de Diálogo instituída pelo CIEFAS, desde que houvesse o progresso em algumas de suas reivindicações.
407. No dia 18 de setembro, por fim, as entidades médicas representadas e a UNIDAS chegaram a um acordo. Mesmo não tendo sido atendidas todas as reivindicações da classe médica, especialmente no que se refere ao valor dos honorários, os médicos aceitaram a proposta do CIEFAS, o que demonstra a ausência de abuso em sua conduta.
408. Com efeito, tivessem as entidades médicas adotado postura intransigente, como alega o CIEFAS, teria sido impossível chegar ao fim do impasse, sobretudo diante da resistência do Comitê em atender às reivindicações dos médicos, que no que se refere aos valores pretendidos, sequer eram desarrazoadas.



409. Como se depreende do termo de audiência acostado à fl. 298, em vez da tabela da AMB de 1996, o CIEFAS se comprometeu a utilizar a tabela de 1992 e o valor de CH de R\$ 0,25 e não de R\$0,30, como inicialmente pretendiam as representantes dos médicos. Ademais, para os procedimentos que não constassem da referida lista, foram mantidos os preços praticados na tabela do CIEFAS/2000, que, como demonstrado no voto, estabelece valores ínfimos. Em relação à consulta, não foi possível implementar o valor de R\$ 30,00 inicialmente pretendido, tendo ficado acordado que às consultas seria atribuído o valor de R\$ 27,00.
410. O fato de as entidades representativas dos médicos não terem conseguido implementar os valores pretendidos, embora se tratasse de preços plenamente justificáveis, mesmo se valendo da negociação coletiva, demonstra a gravidade da assimetria entre médicos e OPSs. Em uma negociação isolada com um médico/pessoa natural ou com uma pequena sociedade de médicos não haveria sequer possibilidade de negociação, por mais razoáveis que fossem as pretensões. Daí a importância de analisar com cuidado as condutas praticadas, descartando análises apressadas que rechaçam as práticas, de plano, em razão da promoção dos boicotes.
411. A narrativa acima demonstrou, portanto, que o primeiro requisito para afastar a abusividade dos movimentos de paralisação em massa restou plenamente atendido. Com efeito, como ficou amplamente demonstrado, a paralisação mostrou-se como a única alternativa viável, diante da postura das OPSs.
412. Já no que se refere ao segundo requisito, qual seja, a razoabilidade na adoção das medidas que assegurem eficácia da suspensão dos atendimentos, é forçoso reconhecer que, apesar dos argumentos já expostos anteriormente, houve outros fatos que demonstram que a conduta extrapolou os limites do poder compensatório e configurou o exercício abusivo de direito pelas entidades médicas.
413. Com efeito, para que o referido critério fosse atendido era necessário que as entidades médicas não tivessem se valido de nenhum instrumento de coação, intimidação ou qualquer outra forma de admoestação dos médicos, limitando a convencer a categoria médica da importância da adesão voluntária ao movimento para que ele fosse bem sucedido.



414. Ocorre que, no caso em análise, como se verá adiante em detalhes, as entidades médicas ameaçaram denunciar os médicos recalcitrantes ao Conselho Regional de Medicina por violação ao Código de Ética Médica. Ademais, a referida autarquia chegou a editar resolução, informando que o descumprimento do movimento poderia ser punido com sanções ético-disciplinares.
415. Além disso, os boicotes também foram utilizados como forma de pressão para implementar reivindicações que não poderiam ser pleiteadas pelas entidades representativas dos médicos. Daí por que, mesmo ausentes as sanções ético-disciplinares mencionadas acima, não haveria como reconhecer a ausência de reprovabilidade na conduta. De fato, diversas propostas encaminhadas ao CIEFAS ultrapassaram os honorários médicos, como: (i) a exigência de que houvesse a reavaliação do redutor de 20% no valor dos atos laboratoriais e de diagnósticos; (ii) a exigência de que os procedimentos anestésicos cirúrgicos ambulatoriais ou *Day Clinic* fossem remunerados de acordo com o plano de saúde do paciente e (iii) o adicional para os procedimentos videolaparoscópicos e endoscópicos;
416. Já se viu que as referidas reivindicações têm desdobramentos de caráter empresarial que, além de não apresentarem as peculiaridades que permitem flexibilizar a regulação de preços exclusivamente pela lógica da demanda e da oferta, também se referem a procedimentos que são realizados por agentes empresariais, cuja estrutura, em regra, já assegura um elevado poder de barganha.
417. Há, inclusive, elementos explícitos nos autos de que teria havido a suspensão não apenas nas consultas médicas, mas também de exames radiológicos e laboratoriais, não havendo, portanto, dúvidas de que a atuação das representadas acabou extrapolando os limites do poder compensatório.
418. No informe publicado no Correio da Paraíba, em 30 de julho de 2002, assinado pela Associação Médica da Paraíba, pela Academia Paraibana de Medicina e pelo Sindicato dos Médicos da Paraíba (fl. 70), essas representadas informam que “a partir do dia 1º de agosto as consultas exames, raio-x, cirurgias e internações serão cobradas diretamente do paciente, de posse do recibo que será emitido”.



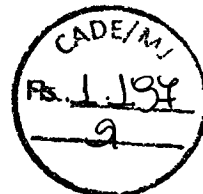
419. Se mesmo a negociação coletiva para fatores que desbordam dos honorários médicos já poderia ser considerada ilícita, como mencionado anteriormente, com mais razão não se devem admitir os boicotes nessa hipótese.
420. Embora a mera paralisação em massa não possa ser considerada, de plano, ilícita, a referida prática só deve ser utilizada de forma excepcional, preenchendo todos os requisitos aqui relacionados, sob pena de ser considerada abusiva.
- No caso ora analisado, contudo, observou-se que a conduta dos médicos não subsiste aos filtros enunciados, motivo pelo qual não há como afastar a infração à ordem econômica, mesmo diante da indiscutível assimetria com as operadoras de saúde. Com efeito, além de os boicotes terem sido utilizados como forma de pressionar as operadoras para implementarem reivindicações que nada têm a ver com os honorários médicos, houve a ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares, como se demonstrará adiante.

VII.7.1.3. Da ameaça de sanções ético-disciplinares

421. No que se refere à ameaça de punições ético-disciplinares, há diversas evidências nos autos que comprovam que as entidades médicas representadas estavam coagindo os profissionais autônomos a aderirem ao movimento coletivo organizado por elas.
422. Carta encaminhada pela AMPB, pelo SIMED-PB, pela APMED, pelas Sociedades de Especialidade e pelas Cooperativas de Especialidades, ao informar sobre a suspensão dos atendimentos, advertia os médicos de que aqueles que descumprissem as deliberações da categoria poderiam ser denunciados ao Conselho Regional de Medicina pelas entidades de classe, como atesta o trecho abaixo:

(...) Assim sendo, as entidades médicas decidiram fazer valer o decidido na Assembleia Geral Extraordinária:

SUSPENDER POR TEMPO INDETERMINADO, A PARTIR DO DA 1º DE AGOSTO PROXIMO, TODOS OS ATENDIMENTOS ÀS ENTIDADES CONVENIADAS AO CIEFAS/PB (...) FICANDO TAIS ATENDIMENTOS RESTRITOS AO CARÁTER DE ATENDIMENTO PARTICULAR. ENQUANTO PERDURAR O ATUAL ESTADO DE INDEFINIÇÃO QUANTO ÀS REIVINDICAÇÕES NÃO ATENDIDAS.



(...) Importante: De acordo com o Código de Ética Médica, o coelga que descumprir a deliberação da Assembleia estará sujeito a denúncia junto ao Conselho Regional de Medicina pelas entidades de classe. Com a consequente penalidade por infração ética aos Arts. 77, 78 e 80 do CEM (fl 65, grifos no original).

423. No mesmo sentido, o informe da AMB publicado no dia 21 de julho de 2002 no jornal Correio da Paraíba:

“As entidades médicas não estão nessa luta de brincadeira. Os colegas que desrespeitarem a decisão da Assembleia Serão denunciados ao Conselho Regional de Medicina, órgão com força de lei para punição dos colegas aéticos (...) (fl.82).

424. A ameaça foi reconhecida pelo Conselho Regional de Medicina, como se infere da declaração das entidades médicas intitulada “Entidades médicas: Esclarecimentos à Sociedade” publicada no dia 25 de agosto de 2002 no Correio da Paraíba, assinada pelo presidente da autarquia:

“O Conselho Regional de Medicina é o órgão responsável pela prática médica e, por isso, deve zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético e bom conceito da profissão, fazendo ver ao médico que não deve posicionar-se contrariamente a movimentos legítimos da categoria nem assumir emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria. Esses preceitos fazem parte do Código de Ética Médica, Código esse aceito pelas Entidades que contratam serviços médicos. (...) Não reconhecemos competência e desaprovamos veementemente a intromissão de representantes do CIEFAS nas medidas justificadas que o CRM toma baseado no seu Código de ética Médica. “

425. A prova irrefutável de que o CRM estava exercendo poder coercitivo sobre os médicos é a Resolução nº 115/2002, editada em 30 de julho de 2002, um dia antes da deflagração dos movimentos de paralisação. Em síntese, a referida Resolução previa que os médicos que desrespeitassem os movimentos coordenados pela AMPB, pelo SIMED-PB e pela ACM junto ao CIEFAS se sujeitariam a punições ético-disciplinares:

(...) CONSIDERANDO que o médico deve observar o Código de Ética Médica, obedecendo, particularmente, o estabelecido nos artigos 77, 78 e 80, RESOLVE: (...)



Art. 2º - Considerar legítimo o movimento da categoria médica coordenado pelas entidades de classe Associação Médica da Paraíba (AMPB), Sindicato dos Médicos da Paraíba (SMPB) e Academia Paraibana de Medicina, junto ao Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência a Saúde (CIEFAS), realizado com o objetivo de garantir condições dignas remuneração aos médicos credenciados, junto às entidades vinculadas ao referido Comitê.

Art. 3º - Os médicos que mantiverem de alguma forma relação com as entidades médicas acima citadas devem ser solidários ao que foi decidido em Assembléia Geral Extraordinária da sua categoria.

Art. 4º - Os médicos que porventura não mantiverem vínculos, de qualquer natureza, com as Operadoras de Planos de Saúde representadas pelo CIEFAS não devem aceitar substituir outro médico que, eventualmente, seja descredenciado em represália ao movimento de deslinde ou, ainda, que solicite o seu descredenciamento de forma isolada ou coletiva, como forma de assegurar a conquista das reivindicações ora reclamadas. (...)

Art. 6º - Os infratores desta norma sujeitar-se-ão às penalidades previstas em Lei.

426. Em que pese a importância da referida adesão, em nenhuma hipótese, sob pena de grave prejuízo à livre concorrência, ela poderá ser imposta pelas entidades médicas. O fato de o Conselheiro Regional de Medicina ter competência legal para disciplinar as relações ético-profissionais, inclusive por meio da imposição de sanções, não afasta a conclusão. Com efeito, a referida previsão deve ser compatibilizada com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, de forma que qualquer forma de admoestação dos médicos no que se refere à implantação do valor dos honorários configura infração à ordem econômica.
427. Como já se viu, a suspensão de atendimentos deve ser uma medida necessária, adequada e razoável tanto no que diz respeito à sua adoção, como no que diz respeito aos meios para assegurar a sua eficácia. No que diz respeito ao segundo aspecto, é inequívoco que o exercício regular do poder compensatório apenas autoriza as entidades médicas a tentar convencer e persuadir os membros da categoria para a adesão esclarecida e voluntária ao movimento. Dessa maneira, qualquer tentativa de coação ou ameaça desborda do exercício regular do poder compensatório e pode ser considerada abusiva, tal como ocorreu no caso concreto.



VII. 7.2. Conduta da UNIDAS

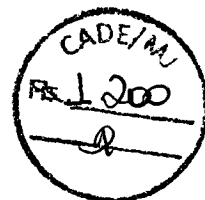
428. A instrução realizada pela SG não deixa dúvidas de que a UNIDAS negociava coletivamente o valor dos honorários médicos em nome de suas filiadas. Com efeito, todos os documentos mencionados anteriormente no voto atestam que o processo negociado foi integralmente realizado com a intermediação da UNIDAS. Aliás, a própria representação é prova incontestada da conduta.

429. Não bastasse isso, em sua defesa, a própria representada reconhece a prática:

“A atuação da Unidas diante da realização de negociações entre compradores e fornecedores de serviços é apenas uma intermediação negocial, não vinculando as associadas das resoluções dessas reuniões. As negociações têm por finalidade sugerir valores e/ou condições referenciais que poderão ou não ser observadas pelas entidades filiadas, destacando que tais valores são estabelecidos em conformidade com as condições estabelecidas no próprio mercado”.

430. Registre-se que não é possível acolher o argumento da UNIDAS de que a negociação coletiva teria ocorrido unicamente em razão de convocação ou provocação do Ministério Público. Com efeito, embora grande parte das negociações tenham ocorrido, de fato, perante a Curadoria do Cidadão, as provas demonstram que, mesmo antes de terem sido iniciadas as audiências, as negociações já eram realizadas com a intermediação do CIEFAS (atual UNIDAS). Basta mencionar a carta encaminhada ao CIEFAS pelas entidades médicas, datada de 23 de agosto de 2001, em que se discutiam as reivindicações que deveriam ser implementadas pelas OPSS, muito anterior, portanto, ao início das audiências no Ministério Público, que só ocorreram a partir do dia 29 de maio. (fl.61) Aliás, o próprio ofício remetido pelas entidades médicas ao Ministério Público e que justificou o início da interveniência do órgão no processo negocial demonstra que as negociações eram de, fato, realizadas pelo CIEFAS, como atesta o seguinte trecho: “em assembleia geral ordinária realizada em 2.05.2002, conforme edital publicado na imprensa e comunicada por escrito via correio, deliberou encaminhar ao grupo CIEFAS as seguintes propostas (...)”.

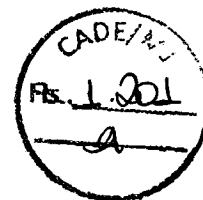
431. Mesmo que se admitisse que a UNIDAS não tivesse participado do processo negocial, aliás, não seria possível afastar a prática de infração anticoncorrencial, por ter ficado inequivocamente demonstrado nos autos a existência e tentativa de



imposição de tabela de preços elaborada pelo CIEFAS - Tabela CIEFAS/2000 aos prestadores de serviços médicos credenciados.

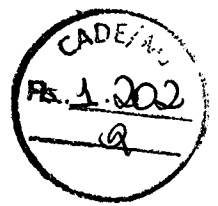
432. É o que se infere do Comunicado encaminhado ao CIEFAS em agosto de 2011, em que, ao discutirem a contraproposta oferecida pela associação, as entidades médicas destacam o seguinte: “Não concordamos em condicionar o pagamento da consulta pré-anestésica à aceitação da Tabela CIEFAS/2000” (fl. 61).
433. No mesmo sentido, é possível citar reportagem publicada no Correio da Paraíba, em 25 de agosto de 2002, em que as entidades médicas esclarecem que, apostando na desorganização da classe médica, o CIEFAS “impôs goela abaixo, a partir do ano passado, a Tabela CIEFAS/2000” (fl. 255).
434. A mesma conclusão se extrai dos termos de audiência acostados ao processo. Na reunião realizada no dia 18 de setembro de 2002, quando as representadas chegaram a um acordo, ficou decidido que o CIEFAS iria utilizar a Tabela CIEFAS/2000, sempre que os procedimentos não estivessem previstos na tabela da AMB de 1992.
435. Em relação à conduta da UNIDAS, obviamente, não se aproveitam nenhuma das ressalvas relativas ao poder compensatório aplicadas às entidades médicas. Na verdade, a UNIDAS é a detentora do poder de mercado original, não havendo que se falar em excludente de ilicitude no caso da conduta praticada por ela.
436. O fato de os valores negociados não serem vinculantes para suas filiadas e de a tabela ser meramente sugestiva não afasta a conclusão.
437. Com efeito, salvo em casos excepcionais, a ingerência por parte das entidades de classe na atividade dos seus associados, por não propiciar que os agentes econômicos negociem livremente os valores dos bens e serviços contratados, representa, como regra, uma incontestável afronta aos princípios estruturantes da ordem econômica competitiva.
438. No Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18⁷⁴, já mencionado no voto, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo apontou que a sugestão de preços e de práticas uniformes é capaz de afetar a livre determinação de preços, de forma que a conduta deve estar sujeita a **“um regime razoavelmente rígido de**

⁷⁴ Voto-Vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA n.º 08012.006923/2002-18, julgado em 20 de fevereiro de 2013.



presunção de ilegalidade” (grifo nosso). Isso porque a referida conduta dificilmente terá outro propósito que não a restrição da concorrência.

439. Trata-se, portanto, de conduta ilícita pelo objeto, bastando para a configuração da infração a divulgação de preços, sendo desnecessário investigar seus efeitos, mesmo que potenciais, salvo se os representados trouxerem elementos que, afastando a presunção relativa de ilegalidade da conduta, possam apontar benefícios racionais e legítimos para a adoção do referido comportamento.
440. Todavia, os representados não afastaram a referida presunção de ilegalidade, já que não se desincumbiram do ônus de demonstrar que sua conduta poderia ter outra justificativa razoável que não a pretensão de uniformizar preços e práticas comerciais.
441. Mesmo que se entendesse que era necessário analisar o poder de mercado da representada, como propôs o voto do Conselheiro Relator, não seria possível afastar a ilicitude de sua conduta com base nesse argumento. Com efeito, as operadoras de saúde filiadas ao CIEFAS, como apontou a SG, detêm 25,35% dos beneficiários de planos de saúde, percentual, portanto, superior àquele usualmente empregado na análise antitruste na definição de posição dominante.
442. Acresce o poder de mercado relacionado a condutas de fixação conjunta de preços ou de influência sobre preços decorre da própria materialidade da conduta, como vem decidindo o CADE.
443. Ademais, arquivar o processo em relação à UNIDAS, além de não encontrar amparo na jurisprudência do CADE, poderia ter consequências particularmente graves para a livre concorrência. Como exaustivamente demonstrado no voto, a interferência da autoridade antitruste no poder compensatório, deixando incólume o poder de mercado original, acentua as distorções no mercado e pode trazer sérios prejuízos para o funcionamento da economia.
444. Daí o incontestável equívoco, da conclusão dos pareceres técnicos, acolhida pelo Conselheiro Relator, que condenou as entidades médicas representadas e arquivou o processo em relação à UNIDAS. A referida conclusão, aliás, se enquadra perfeitamente na crítica de Galbraith, já descrita no voto, de que tem havido uma discriminação favorável ao poder de mercado original e hostil ao poder compensatório.



445. A análise da conduta do CIEFAS sugere que o SBDC pode estar sendo utilizado como um instrumento de barganha privada pelas operadoras de saúde, exatamente na linha do que advertiram Furquim e Almeida. De fato, ao examinar os autos, observa-se que o Sindicato dos Médicos da Paraíba afirmou expressamente que a “suspensão das ações no CADE” foi um dos compromissos assumidos pelo CIEFAS nas negociações. A informação foi confirmada pela Academia Paraibana de Medicina, em resposta a ofício encaminhado pela SDE.
446. A constatação ganha reforço com a carta encaminhada pela Superintendência da Paraíba à Diretoria de Integração do CIEFAS, acostada à fl. 293. No referido documento, a Superintendente Estadual informa que, em 18.09.2002, a categoria médica e o CIEFAS celebraram acordo e solicita que a assessoria jurídica verifique a possibilidade de “entrar com uma medida suspensiva à representação ajuizada no CADE contra as entidades representativas da classe médica”.
447. A medida sugere que o CIEFAS teria promovido representação no CADE como uma forma de ampliar seu poder de barganha em relação à classe médica. Com o advento do acordo, contudo, teria perdido o interesse na denúncia. A referência a uma medida suspensiva, aliás, é no mínimo sugestiva. Com efeito, havendo a suspensão da ação, o CIEFAS poderia manter a representação no CADE como uma ameaça latente, a ser utilizada sempre que não fosse possível entrar em um acordo com as entidades médicas representadas.
448. Assim, tratando-se de uma conduta ilícita por objeto e não havendo nenhuma justificativa razoável e legítima para sua prática, é forçoso reconhecer que o CIEFAS praticou infração à ordem econômica, prevista no art. 20, I c/c 21, II, da Lei 8.884/94.

VIII. DOSIMETRIA

449. Em relação à dosimetria, o Conselheiro Relator considerou o a receita bruta de cada entidade, critério que acabou servindo como importante fator de diferenciação das penas a serem aplicadas. Ao fim, condenou o AMPB, o SIMED-PB, a APMED e o CRM-PB a multas de, respectivamente, R\$ 47.884,50 (45.000 UFIR), R\$ 15.961,60 (15.000 UFIR), R\$ 6.384,00 (6.000 UFIR) e R\$ 425.640,00 (400.000 UFIR).



450. Embora a situação econômica do infrator seja um dos critérios a serem considerados na dosimetria, em razão, sobretudo, do caráter dissuasório das penas, entendo que o voto do Conselheiro Relator acabou superestimando esse parâmetro, levando à aplicação de multas que estão fora do padrão das sanções impostas pelo CADE.
451. Como se nota dos julgados mais recentes, em se tratando de cartéis *hardcore*, a multa aplicada às associações de classe tem sido fixada pelo CADE em montantes de aproximadamente 300.000 (trezentos mil) UFIRs. Já os casos de tabelamento de preço têm sido apenados com multas de 100.000 (cem mil) UFIRs a 120.000 (cento e vinte mil) UFIRs, a depender da análise dos elementos previstos no art. 27 da Lei 8.884/94 (correspondente ao art. 45 da Lei 12.529/2011).
452. Tais observações são relevantes, pois, ainda que fosse o caso de acompanhar integralmente o Relator em suas conclusões quanto ao mérito, certamente discordaria da dosimetria, especialmente no que diz respeito à sanção que foi aplicada ao CRM-PB.
453. Ademais, a utilização do “faturamento”, em se tratando de entidades associativas, acaba levando a uma distorção. Como se verifica dos autos, embora as condutas praticadas pelas representadas sejam bastante semelhantes, o Conselho Regional de Medicina recebeu uma sanção mais de 26 vezes superior à do Sindicato e 66 vezes superior àquela aplicada à Academia Paraibana de Medicina.
454. Como se depreende do voto do Relator, a distinção não se justifica em razão da diferença na gravidade das condutas imputadas ao CRM-PB. O voto do Conselheiro Eduardo Pontual chega, inclusive, a cogitar de aplicar uma pena menor ao CRM em razão de sua participação ter sido menos ativa nas negociações. Ao final, contudo, descarta a possibilidade de incidência da atenuante, em razão de ser o Conselho Profissional o detentor do poder de punir os profissionais médicos que não seguissem o estipulado pelas entidades médicas.
455. Ao contrário do Conselheiro Relator, entendo que a participação do CRM na conduta foi tão ativa quanto a das demais representadas. Todavia, a edição da Resolução nº 115/2002, que serviu claramente como instrumento de coação aos



médicos, deve ser considerada na dosimetria para agravar a punição imposta a ele.

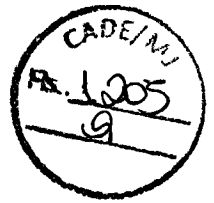
456. Ainda em relação à dosimetria, entendo que parte das condutas imputadas às entidades médicas representadas, como a negociação coletiva dos honorários médicos, estava legitimamente amparada pelo poder compensatório, de forma que isso deverá ser considerado no cálculo da multa aplicada.
457. Feitas essas considerações, passo a analisar os elementos previstos no art. 45 da Lei 12.529/2011 para aplicação das penas.

Gravidade da infração

458. O conjunto probatório demonstra que os atos dos representados voltaram-se a uniformizar conduta comercial uniforme, prática, normalmente, considerada grave. Não se pode desconsiderar, todavia, que parte da conduta – no que diz respeito ao exercício do poder compensatório para a defesa dos interesses dos médicos pessoas naturais e/ou, excepcionalmente, pequenas sociedades médicas– é legítima e está amparada por excludente de ilicitude, constatação que deverá incidir no cálculo da multa.
459. A conduta do Conselho Regional de Medicina, todavia, deve ser considerada mais gravosa, em razão da edição da Resolução nº 115/2002, que funcionou como o principal instrumento coercitivo contra os médicos.
460. No que se refere ao CIEFAS, a gravidade da conduta é mais acentuada, por não estar amparada, nem mesmo parcialmente, pelo poder compensatório.

Boa-fé do infrator

461. No que diz respeito aos atos ilícitos ora apontados, não há que se falar em boa-fé das entidades médicas representadas, especialmente diante da existência de inúmeras decisões no CADE que deixam clara a ilicitude da ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares por associações como forma de pressão para a adoção de conduta uniforme.
462. O mesmo raciocínio se aplica à UNIDAS. Quando da prática da conduta, o próprio CIEFAS já havia sido condenado pela prática influência de conduta uniforme e pela elaboração de tabelas de preços.



A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator

463. Não foi possível verificar as vantagens auferidas no presente caso.

A consumação ou não da infração:

464. Do ponto de vista das entidades médicas, a infração investigada foi consumada pela simples negociação coletiva que extrapolou os limites do poder compensatório e pela ameaça da imposição de sanções ético-disciplinares para coagir os médicos a aderirem ao movimento.
465. Em relação ao CIEFAS, a conduta consumou-se pela intermediação das negociações em nomes das OPSs e pela elaboração e divulgação da Tabela CIEFAS/2000.

Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros:

466. No que diz respeito às entidades médicas, o grau de lesão deve ser considerado alto, seja em razão da tentativa de negociar coletivamente vários aspectos que não dizem respeito aos honorários médicos, seja em razão da existência de sanções ético-disciplinares, que impediam que os médicos pudessem fixar livremente os preços com as OPSs, caso assim desejassem.

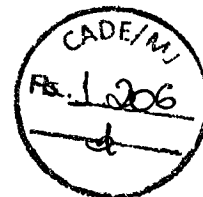
Em relação ao CIEFAS, o grau de lesão também deve ser considerado elevado, por ter impedido a livre negociação dos honorários médicos pelas operadoras de saúde e por terem exercido abusivamente seu poder de mercado contra as entidades médicas.

Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado:

467. Não foi possível aferir pelas provas constantes dos autos.

Situação econômica do infrator:

468. De acordo com documentos constantes dos autos, é possível verificar que o porte econômico do CRM-PB é superior ao porte das outras entidades médicas representadas, até porque o Conselho Profissional, por determinação legal, deve congrega todos os médicos da região. Sendo assim, entendo que a multa a ser



aplicada ao CRM-PB deve ser superior àquela aplicada às demais entidades médicas representadas.

469. Já a UNIDAS possui atuação em todo o território nacional, congrega mais de 140 operadoras de saúde e detém um número bastante elevado de beneficiários, fator que dever ser levado em consideração quando da aplicação da multa.

Reincidência

470. Não há reincidência por parte das entidades médicas representadas.
- Em relação à UNIDAS, contudo, observa-se que o CIEFAS já fora condenado no PA 08000.020425/1996-71, julgado em 10 de outubro de 2001, pela influência de conduta uniforme, nos termos do art. 20, I e IV c/c art. 21, inciso II, da Lei 8.884/94, de forma que a multa deverá ser majorada em razão da reincidência. Recorde-se que a conduta sob exame ocorreu entre 2001 e 2002, antes, portanto, de transcorridos cinco anos da decisão mencionada.

Conclusão sobre a dosimetria

471. Diante os critérios mencionados acima, **imponho multa no valor de 60.000 (sessenta) UFIRs ao SIMED-PB, à AMPB e à APMED e de 80.000 UFIRs ao CRM-PB.**
472. Em relação à UNIDAS, **ante a reincidência, fixo multa de 200.000 UFIRs**, já considerando que o valor final corresponde ao dobro da multa que entendo adequada para o caso (100.000 UFIRs).

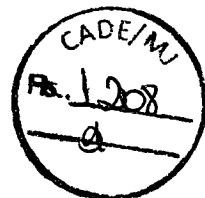
IX. CONCLUSÃO

473. Ante o exposto, voto pela condenação de todas as representadas pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, inc. I c/c art. 21, inc. II da Lei n. 8.884/94.
474. Destaco, contudo, que a negociação coletiva pelas entidades médicas representadas no que se refere exclusivamente aos honorários relativos a



serviços prestados pelos médicos está acobertada pela excludente de ilicitude, relativa ao exercício do poder compensatório, de forma que, nessa parte, entendo que não houve prática de infração à ordem econômica.

475. Assim, nos termos do art. 23, inc. III da Lei 8.884/94 imponho à UNIDAS e às entidades médicas representadas, pela prática das condutas não amparadas pelo poder compensatório, o pagamento de multas nos valores discriminados no Anexo I deste voto.
476. As multas impostas deverão ser pagas no prazo de 30 (trinta) dias da publicação da decisão.
477. Adicionalmente, determino, com base no art. 24 da Lei 8.884/94, que a UNIDAS:
- a. Abstenha-se de negociar coletivamente honorários médicos em nome de seus filiados e/ou de elaborar, divulgar e/ou negociar quaisquer tabelas sugestivas de preço, entre filiados ou não, bem como de praticar qualquer outra conduta que implique o controle da livre formação dos preços ou que resulte na uniformização de práticas comerciais.
 - b. Disponibilize síntese desta decisão em seu sítio eletrônico.
 - c. Divulgue aos seus filiados seu teor, por qualquer meio a sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão.
478. Em relação às entidades médicas, além da multa pecuniária discriminada no anexo I, determino que:
- a. Abstenham-se de instaurar regulamentos sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, ameaçar, coagir, ou retaliar os médicos que deixem de adotar as deliberações das entidades médicas representadas relativas a honorários médicos.
 - b. Abstenham-se de promover negociações coletivas que tenham por objeto reivindicações que não estejam exclusivamente relacionadas à remuneração dos médicos pelo valor do seu trabalho.
 - c. Disponibilizem síntese desta decisão em seu sítio eletrônico.



- d. Divulguem aos seus filiados seu teor, por qualquer meio a sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão.

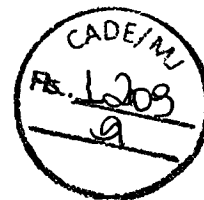
479. Por fim, embora existam fundados elementos nos autos da prova de infração à ordem econômica pela Associação Paraibana de Hospitais, a conduta já está sendo investigada no Processo Administrativo nº 08012.001020/2003-21, sob a relatoria do Conselheiro Marcos de Oliveira Júnior, de forma que a instauração de novo processo administrativo representaria *bis in idem*.

É o voto.

Brasília, 15 de outubro de 2014.


ANA FRAZÃO

Conselheira do CADE



ANEXO I - MULTAS IMPOSTAS

Sindicato dos Médicos da Paraíba	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	60.000 (sessenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 63.846,00

Associação Médica da Paraíba	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	60.000 (sessenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 63.846,00

Academia Paraibana de Medicina	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	60.000 (sessenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 63.846,00

Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	80.000 (oitenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 85.128,00

União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	200.000 (duzentos mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 212.820,00