

quais, a seu turno, são objeto de diferentes contratos. Assim, ao contrário do sustentado pelo i. Relator, não há como afirmar com segurança que os honorários variam em função do prestador de serviço. É certo que variem de acordo com o procedimento: esse é o próprio objetivo da tabela, que fixa honorários determinados para cada tipo de procedimento anestésico. Mas não variam de acordo com o prestador de serviço, apesar das diferenças de qualificação e experiência, pois os contratos com os planos de saúde prevêem preços definidos em função de percentual aplicado à tabela da AMB para cada procedimento, preços esses aplicáveis a todos os médicos.

Na verdade, a questão versada nos autos merece uma análise mais acurada, por envolver não só um **mercado peculiar**, mas **agentes econômicos incomuns**, conforme restará demonstrado a seguir.

Digo *mercado peculiar* por se tratar de um mercado que envolve uma área delicada, que é a da saúde. Conforme já constatado diversas vezes no âmbito deste Conselho, mercados deste tipo, como é também o de medicamentos, por exemplo, requerem uma atenção especial, tendo em vista a natureza de seu objeto (do serviço), isto é, a **essencialidade** que lhe é inerente, e a **urgência da utilização do serviço** - o que, de forma natural e inevitável, confere aos fornecedores um inegável poder de mercado. Isso porque, independentemente do preço ou das condições que sejam impostas ao consumidor (final), este não poderá desistir, adiar ou substituir o serviço.

É certo que, conforme já destacado, o caso em epígrafe não envolve a contratação direta entre os prestadores de serviço e o consumidor final (pacientes), mas sim a relação existente entre os prestadores e as empresas fornecedoras de planos de assistência médica, que seriam os planos de saúde e as empresas de autogestão. Mas, também para estes últimos, o serviço é essencial, pois seus credenciados já contam com a disponibilidade do serviço. Além disso, o principal atingido e prejudicado acaba sendo o consumidor, conforme pode se verificar nos próprios autos (com a falta de atendimento, devido à paralisação dos serviços por parte das cooperativas).

No que tange aos agentes econômicos, reputo-os como **incomuns**, pois atuam como fornecedores no mercado em tela¹⁰ basicamente dois tipos de agentes: (i) as cooperativas e (ii) os médicos (e clínicas) de forma individual, os quais, em sua grande maioria - senão na totalidade, também integram as primeiras, na qualidade de cooperados, sendo que, muitas vezes, estes mesmos médicos integram, também, mais de uma cooperativa. Assim, o que temos é um mercado em que não há uma efetiva rivalidade entre médicos e cooperativas, nem sequer incentivos para a competição, em vista da convergência de interesses entre esses agentes.

Nesse quadro, as cooperativas detêm grande poder de mercado, pois, ao reunirem a maior parte dos médicos - em certos casos, a totalidade dos profissionais registrados no CRM do estado na especialidade -, não deixam alternativa às tomadoras de serviço senão contratá-las.

Desse modo, não se vê como acolher o argumento de que, sendo as cooperativas sociedades dotadas de personalidade jurídica, o uso de tabelas de honorários seria simplesmente um modo de estabelecer um preço para seus serviços.

¹⁰ Considerando que o mercado ora em análise encontra-se nos limite das relações atingidas pela conduta investigada, que são as relações entre as empresas tomadoras de serviço e seus fornecedores.

1904
K

Como se sabe, a concessão de personalidades distintas para a sociedade e seus sócios é mera técnica de separação de patrimônios e não pode ser considerada finalidade em si mesma. Há que se analisar sempre a efetiva existência, a natureza, o funcionamento real das sociedades. Do contrário, estar-se-ia aceitando que as mesmas se prestassem a encobrir situações de fato diferentes das disciplinadas em seus estatutos sociais, em claro abuso de forma. Afinal, o Direito Antitruste deve privilegiar a realidade econômica em detrimento das formas jurídicas.

Dar primazia à substância sobre as formas significa perquirir pelos reais efeitos de determinadas condutas, sem se deixar iludir por simulacros destinados a contornar a finalidade protetiva das normas jurídicas¹¹. Em outros termos, as cooperativas não podem representar simplesmente um meio de legalizar um acordo para fixação de preços e condutas, o que se sabe consistir em uma das mais graves ofensas à lei antitruste.

Ademais, o artigo 15 da Lei nº 8.884/94 não faz nenhuma exceção quanto a sujeitos aos quais a lei será aplicada, o que reforça ainda mais a assertiva mencionada acima. Por fim, é regra isenta de dúvidas que eventuais imunidades somente podem ser concedidas por expressa disposição legal, e nunca através de presunções.

Por outro lado, não se pode afirmar *a priori* que as cooperativas médicas representam meramente uma proteção para a prática de condutas uniformes. Somente por meio da análise dos estatutos e da efetiva atividade da cooperativa pode-se verificar em concreto se a reunião de profissionais justifica-se por outros motivos que não a uniformização de suas condutas, tais como eficiências resultantes em redução de custos, melhoria técnica e de qualidade, ou outro tipo de vantagens aos cooperados e seus pacientes.

¹¹ Cf. Arizona v. Maricopa County Medical Society (Supreme Court of the United States, 1982), apud Andrew Gavil, William Kovacic e Jonathan Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Thomson West, 2002, pp. 106 ss.: "The question presented is whether § 1 of the Sherman Act has been violated by agreements among competing physicians setting, by majority vote, the maximum fees they may claim in full payment for health services provided to policyholders of specified insurance plans. (...) The Maricopa Foundation for Medical Care is a nonprofit Arizona corporation of licensed doctors of medicine, osteopathy, and podiatry engaged in private practice. Approximately 1,750 doctors, representing about 70% of the practitioners in Maricopa County, are members. (...) The Pima Foundation for Medical Care, which includes about 400 member doctors, performs similar functions. (...) The fee schedules limit the amount that the member doctors may recover for services performed for patients insured under plans approved by the foundations. To obtain this approval the insurers – including self-insured employers as well as insurance companies – agree to pay the doctors' charges up to the scheduled amounts, and in exchange the doctors agree to accept those amounts as payment in full for their services. The doctors are free to charge higher fees to uninsured patients, and they also may charge any patient less than the scheduled maxima. A patient who is insured by a foundation-endorse plan is guaranteed complete coverage for the full amount of his medical bills only if he is treated by a foundation member. He is free to go to nonmember physician and is still covered for charges that do not exceed the maximum-fee schedule, but he must pay any excess that the nonmember physician may charge. (...) Each of the foundations is composed of individual practitioners who compete with one another for patients. Neither the foundations nor the doctors sell insurance, and they derive no profits from the sale of health insurance policies. The members of the foundations sell medical services. Their combination in the form of the foundation does not permit them to sell any different product. Their combination has merely permitted them to sell their service to certain customers at fixed prices and arguably to affect the prevailing market price of medical care. The foundations are not analogous to partnerships or other joint arrangements in which persons who would otherwise be competitors pool their capital and share the risks of loss as well as the opportunities for profit. In such joint ventures, the partnership is regarded as single firm competing with other sellers in the market. The agreement under attack is an agreement among hundreds of competing doctors concerning the price at which each will offer his own services to a substantial number of consumers. If a clinic offered complete medical coverage for a flat fee, the cooperating doctors would have the type of partnership arrangement in which a price fixing agreement among the doctors would be perfectly proper. But the fee agreements disclosed by the record in this case are among independent competing entrepreneurs. They fit squarely into the horizontal price-fixing mode".

fl

1905
H

1.1 Testes de conduta anticompetitiva nos EUA: a “zona de segurança antitruste”

As autoridades da concorrência norte-americanas – *Department of Justice (DOJ)* e *Federal Trade Commission (FTC)* – desenvolveram roteiros de análise para auxiliar as análises de concentrações e das variadas formas de atuação coletiva na área de saúde¹², com foco em nove setores da área médica. Neles, encontram-se testes para determinar se determinada prática pode ou não ser enquadrada numa *zona de segurança antitruste (antitrust safety zone)*, a qual, ausentes circunstâncias extraordinárias, permite que a autoridade encerre o estudo do caso, ante a pequena probabilidade de preocupações anticoncorrenciais. Práticas que não se enquadrem nessa zona de segurança não são necessariamente consideradas ilícitas (a não ser que sejam entendidas como ilícitas *per se*, nos moldes do direito antitruste norte-americano¹³), merecendo apenas uma análise mais minuciosa segundo a “regra da razão”.

Para o caso vertente, destaca-se o roteiro sobre *joint ventures* médicas (*physician network joint ventures*), assim entendidas as associações, provedoras de serviços médicos para usuários de planos de saúde que, contudo, não requerem uma integração absoluta entre os prestadores de serviço: os médicos continuam concorrendo entre si, prestando seus serviços individualmente para outros pacientes, não vinculados aos planos atendidos pelas referidas *joint-ventures*. É que essa forma de integração entre profissionais é a que mais se assemelha às cooperativas médicas como a descrita nos autos, podendo servir de paradigma para uma avaliação preliminar dos possíveis efeitos anticoncorrenciais das práticas sob exame.

A *zona de segurança antitruste das joint ventures* entre médicos é definida conforme os seguintes critérios:

¹² <http://www.ftc.gov/reports/hlth3s.htm>: *Department of Justice and Federal Trade Commission Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*: 1 - Mergers Among Hospitals; 2 - Hospital Joint Ventures Involving High Technology Or Other Expensive Health Care Equipment; 3 - Hospital Joint Ventures Involving Specialized Clinical Or Other Expensive Health Care Services; 4 - Providers' Collective Provision Of Non-Fee-Related Information To Purchasers Of Health Care Services; 5 - Providers' Collective Provision Of Fee-Related Information To Purchasers Of Health Care Services; 6 - Provider Participation In Exchanges Of Price And Cost Information; 7 - Joint Purchasing Arrangements Among Health Care Providers; 8 - Physician Network Joint Ventures; 9 - Multiprovider Networks

¹³ Cf. <http://www.ftc.gov/reports/hlth3s.htm>: “3. *Physician Network That Is Per Se Unlawful*: (...) This IPA is merely a vehicle for collective decisions by its physicians on price and other significant terms of dealing. The physicians' purpose in forming the IPA is to increase their bargaining power with payers. The IPA makes no effort to selectively choose physicians who are likely to further the network's achievement of efficiencies, and the IPA involves no significant integration, financial or otherwise. IPA physicians' participation in the hospital's general peer review procedures does not evidence integration by those physicians that is likely to result in significant efficiencies in the provision of services through the IPA. The IPA does not manage the provision of care or offer any substantial potential for significant procompetitive efficiencies. The physicians are merely collectively agreeing on prices they will receive for services rendered under IPA contracts and not to accept certain aspects of utilization review that they do not like. The physicians' contribution of capital to form the IPA does not make it a legitimate joint venture. In some circumstances, capital contributions by an IPA's participants can indicate that the participants have made a significant commitment to the creation of an efficiency-producing competitive entity in the market. Capital contributions, however, can also be used to fund a cartel. The key inquiry is whether the contributed capital is being used to further the network's capability to achieve substantial efficiencies. In this case, the funds are being used primarily to support the joint negotiation, and not to achieve substantial procompetitive efficiencies. Thus, the physicians' agreement to bargain through the joint venture will be treated as per se illegal price fixing.

re

(i) utilização da **cláusula de exclusividade**: permite-se ao médico prestar atendimento individualmente ou se filiar a outras organizações (*joint-ventures* / cooperativas)?

(ii) **compartilhamento de riscos financeiros**. Este critério não é um fim em si mesmo, mas um indicador de integração econômica entre os participantes, que permite inferir a existência de incentivo para que não só cooperem entre si no sentido de alcançar objetivos e benefícios comuns, mas também fiscalizem o cumprimento destes objetivos, o que tende a gerar eficiências;

(iii) **percentual dos integrantes** em relação ao número total de profissionais do mercado relevante geográfico.

Segundo o roteiro, não provocarão preocupações concorrenciais, salvo em casos extraordinários, aquelas *joint-ventures* que:

- a) possuindo exclusividade, seus participantes compartilhem riscos financeiros e representem 20% (vinte por cento) do mercado relevante geográfico;
- b) não possuindo exclusividade, seus participantes compartilhem riscos financeiros e representem 30% (trinta por cento) ou menos do mercado relevante geográfico.

Caso a associação de médicos não se enquadre na zona de segurança, o roteiro sugere seja feita análise estrutural segundo a “regra da razão”, em quatro etapas:

1. Definição de mercado relevante;
2. Avaliação dos efeitos competitivos da *joint-venture*: examina-se a estrutura e as atividades da associação dentro do mercado relevante, centrando-se em dois aspectos principais: (i) poder de aumentar preços acima do nível competitivo e (ii) poder de impedir ou excluir concorrentes do mercado;
3. Avaliação das eficiências geradas para o mercado;
4. Avaliação da existência de outros acordos ou condições para determinar se necessários para alcançar as eficiências pretendidas.

Passo agora a aplicar o roteiro acima delineado, com base no qual foram feitas diligências.

1.2 COOPANEST/BA

Segundo consta dos autos, a COOPANEST-BA congrega **222 médicos**, enquanto o número de inscritos no Conselho Regional de Medicina daquele Estado é de **324 profissionais**, donde se conclui que o número de associados representa cerca de **68,5%** dos médicos anestesiológicos do mercado geográfico (Estado da Bahia).

A cooperativa não possui cláusula de exclusividade, mas, possui um número de integrantes que representa percentual bem superior ao aceito para integrar a denominada “*zona de segurança antitruste*”, que seria de 30%, além de não haver compartilhamento de riscos financeiros.

Td

Este último critério, conforme já mencionado, não é um fim em si mesmo, mais valendo como um meio de verificar se há uma real integração entre os cooperados. Assim, analisando os estatutos e a atividade da cooperativa no mercado, será possível avaliar em sua organização e forma de operar, este grau de integração, seja através do compartilhamento de riscos financeiros, ou por qualquer outro meio, que possa justificar a reunião entre os concorrentes.

Sob esta ótica, tal reunião só pode ser aceita por uma explicação mais plausível, como, por exemplo, possuir objetivos econômicos, de melhoria técnica, redução de custos, aumento de bem estar etc. Em outras palavras, há que se ter benefícios reais para os profissionais que, de alguma forma, possam se refletir no mercado, gerando, pois, as chamadas eficiências. Caso contrário, a própria atuação da cooperativa no mercado restaria caracterizada como um ilícito antitruste.

Afastado o enquadramento da cooperativa na zona de segurança, passo a avaliar sua atuação nos moldes sugeridos no roteiro norte-americano:

1. Definição de mercado relevante

Conforme já definido, o mercado relevante em questão consiste, na dimensão do produto, na prestação de serviços médicos na especialidade de anestesiologia para planos de saúde em geral e, na dimensão geográfica, nos limites do estado da Bahia.

2. Avaliação dos efeitos competitivos: (i) poder de aumentar preços acima do nível competitivo e (ii) poder de impedir ou excluir concorrentes do mercado

Trata-se, basicamente, da avaliação de poder de mercado da cooperativa. Nesse sentido, parece ter restado claro nos autos que a COOPANEST-BA possui meios para impor o aumento de preços, o que inclusive fez, através das ameaças de rescisão e da efetiva paralisação dos serviços – ocasião em que os usuários dos planos tiveram que contratar os serviços de anestesia diretamente e recorrer à justiça para resolver a situação perante os planos de saúde (fls. 331/389). Além disso, na medida em que congrega grande parte dos médicos anestesistas do mercado relevante, possui grande poder de influenciar na conduta dos mesmos.

É certo que não se pode provar que a elevação dos preços se deu acima do nível competitivo, o que, contudo, não exclui a potencialidade de tal ocorrência, tendo em vista a configuração do poder de mercado da cooperativa.

Quanto à capacidade de impedir a entrada ou excluir concorrentes do mercado, apesar da configuração do poder da cooperativa, não vislumbro tal possibilidade, tendo em vista a ausência de exclusividade dos cooperados e não identificação de barreiras à entrada no mercado relevante.

3. Avaliação das eficiências geradas para o mercado

Na resposta ao Ofício CADE 2561/2005, a representada informou que:

pl



- os serviços são prestados individualmente pelo cooperado, recebendo o mesmo, via cooperativa, a remuneração referente à sua produção individual;
- como forma de aprimoramento profissional, a cooperativa tem participado e co-patrocinado jornadas e congressos de anestesiologia. Além disso, tem divulgado orientações para os médicos e usuários;
- a cooperativa não dispõe de nenhuma instalação para utilização dos cooperados do tipo: ambulatorios, consultórios, centros de pesquisa, possuindo apenas um auditório, onde são realizadas as Assembléias Estatutárias, bem como reuniões, encontros e debates.
- possui como concorrentes outras cooperativas, como o GPA, médicos não cooperados, empresas médicas e serviços próprios de hospitais.

Em vista dessas informações, bem como dos demais elementos constantes dos autos, pode-se concluir que não há uma atuação economicamente integrada dos cooperados que justifique, do ponto de vista concorrencial, o acordo entre concorrentes. Não há, como se viu, compartilhamento de risco financeiro. Não se verificam, tampouco, eficiências decorrentes da atuação da cooperativa.

A realização de congressos e jornadas de anestesiologia, ainda que possam contribuir para o aprimoramento profissional dos cooperados, não é suficiente para contrabalançar os efeitos perniciosos da uniformização de conduta. A cobrança de um preço único para serviços certamente diferenciados em função da experiência e da qualificação de cada profissional - fatores não levados em conta, já que para se filiar à cooperativa, basta ao profissional possuir, basicamente, título de especialista em oftalmologia e estar inscrito no CRM da Bahia¹⁴ - impede que os honorários sejam definidos pelo livre jogo do mercado, permitindo sejam eles fixados acima dos níveis concorrenciais.

À luz da Lei 5.764/71 (Lei das Cooperativas), tem-se que o objetivo de uma cooperativa é unir esforços, através da contribuição por meio de bens ou serviços, para a realização de uma atividade econômica, de proveito comum (art. 3º)¹⁵. Exemplos clássicos destas cooperativas são as de produção, de trabalho, de crédito, entre várias outras. As *cooperativas de produção* têm como objetivo principal eliminar a figura do intermediário, permitindo que os produtores reunidos alcancem o mercado consumidor. As *cooperativas de trabalho*, da mesma forma, têm por escopo melhorar a situação econômica de seus cooperados, criando a possibilidade de sua inserção no mercado de forma autônoma, o que não ocorreria em outra hipótese.¹⁶

¹⁴ Estatuto da COOPANEST. Art. 4º. – *Poderá cooperar-se todo médico que tenha título de especialista em Anestesiologia e que, tendo livre disposição de sua pessoa e bens, concorde com o presente Estatuto e exerçam suas atividades dentro da área de ação fixada no seu artigo 1º, letra "C" e, estejam devidamente inscritos no Conselho Regional de Medicina*.

¹⁵ Art. 3º. *Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.*

¹⁶ ALVES, Francisco de Assis. *Sociedades Cooperativas: regime jurídico e procedimentos legais para sua constituição e funcionamento* – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003. p. 28/38.

1909
J

No caso dos autos, à semelhança dessas formas de associação, deveria haver uma real necessidade a justificar a existência da cooperativa enquanto acordo entre concorrentes, no sentido de possibilitar alcançar objetivos que não seriam possíveis em outras circunstâncias¹⁷.

Em suma, a atuação concreta da cooperativa representada não permite afirmar que existam eficiências compensatórias da uniformização de conduta.

4. Avaliação da existência de acordos ou condições, como necessários para alcançar as eficiências pretendidas

Constata-se a existência de imposição de preços, por tabelas, o que acaba por gerar o efeito de uma uniformização de preços ente os concorrentes que integram a cooperativa. Não se vislumbra, contudo, tratar-se de resultado necessário ou pressuposto da integração.

1.2.1 Reincidência

Ressalta a SDE, na Nota Técnica de fls. 832/841, que a primeira representada já fora condenada pelo CADE, pela mesma prática ora analisada – imposição de tabela, no Processo Administrativo 08012.007460/97-74, de Relatoria do ex-Conselheiro Thompson Andrade, incorrendo, pois, em reincidência.

A Procuradoria-Geral do CADE também sustenta a reincidência, cuja ocorrência autoriza a aplicação de pena em dobro, nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei nº 8.884/84.

Examinado o acórdão prolatado Processo Administrativo 08012.007460/97-74, verifiquei que a COOPANEST-BA foi de fato condenada por prática de infração à ordem econômica, circunstância que caracteriza a reincidência.

1.3 GPA

Segundo consta dos autos, o GPA congrega **23 médicos**, enquanto o número de inscritos no Conselho Regional de Medicina daquele Estado é de **324 profissionais**, donde se conclui que o número de associados representa cerca de **7%** dos médicos anestesiológicos do mercado geográfico (Estado da Bahia).

Utilizando, mais uma vez, os critérios adotados pela doutrina norte-americana, destaco que a cooperativa não possui cláusula de exclusividade e ainda possui número de

¹⁷ V. a propósito SCHUARTZ, Luis Fernando, *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in POSSAS, Mário Luiz. *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência* – São Paulo: Singular, 2002. p. 98/99: “(...) uma determinada configuração econômica (...) é “eficiente”, se e somente se os ganhos dos agentes econômicos beneficiados por essa configuração (...) são suficientes para compensar as perdas dos agentes econômicos prejudicados pela mesma, isto é, se e somente se o valor total desses ganhos é maior ou igual ao valor total dessas perdas. Posto dessa maneira, o conceito de eficiência (...) irá servir como instrumento de mediação entre a idéia normativa de bem estar social (...) e sua operacionalização sob a forma de uma aplicação tecnicamente controlável da legislação antitruste”(grifei).

te

1910
K

integrantes que representa percentual bem inferior ao aceito para integrar a denominada “zona de segurança antitruste”, que seria de 30%.

No que tange à questão financeira, verifico na resposta apresentada ao Ofício CADE 2562/2005 que as sobras líquidas têm sido capitalizadas, se revertendo em prol da cooperativa, “com o intuito de fortalecimento econômico e financeiro” da mesma. Informa a cooperativa, que nos últimos cinco anos obteve: em 2000 - R\$29.921,91; em 2001 - R\$81.321,79; em 2002 - R\$138.479,93; em 2003 - 264.712,77 e, em 2004 - R\$ 94.657,09. Considerando que a cooperativa é composta por 23 cooperados, o investimento não tem sido insignificante, podendo-se considerar que há por parte dos cooperados um constante investimento na cooperativa, o que, apesar de não configurar propriamente um compartilhamento de riscos financeiros, trata-se de um indicativo de integração e busca de resultados.

Informa ainda a representada que:

- os médicos prestam seus serviços individualmente, e a remuneração é feita de acordo com sua produção individual;
- a cooperativa organiza periodicamente cursos de atualização profissional para seus cooperados além de cursos e palestras também para pacientes;
- possui uma sede social onde funciona a administração e um consultório, onde são realizadas consultas pré-anestésicas

Considerando as informações acima, já vislumbro uma integração entre os cooperados, através de (i) uma união de seus objetivos; (ii) reais investimentos para a consecução dos mesmos; (iii) além de possuírem consultório próprio para realização de suas consultas e ainda (iv) fomentarem seu aprimoramento profissional.

Destaco também o fato de que, existe um critério de seleção para que um novo profissional integre o grupo, devendo haver não só indicação por parte de um cooperado com mais de um ano de filiação, mas também submissão e aprovação na Assembleia, por unanimidade¹⁸. Isso denota não só a importância que se dá a qualidade do serviço, mas também à eficiência objetivada pelo grupo. Além disso, ainda se afasta o efeito constatado no caso da primeira representada, que é de padronização de serviços diferenciados, na medida em que submetido a um preço único.

Ante todo o exposto, analisando a natureza e forma de organização e atuação da cooperativa, concluo que diferentemente do que ocorre no primeiro caso (COOPANEST-BA), pode-se considerar que há aqui funcionamento integrado, justificando, assim, a cobrança de um preço, sem que seja isto visto como uma forma de falsear a concorrência. Nesta situação, considerando a peculiaridade desta cooperativa, compartilho dos argumentos apresentados pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer, no sentido de considerar que há uma relação privada, onde ocorre simplesmente a precificação do serviço oferecido pela cooperativa. Desse modo, concluo pela

¹⁸ Estatuto Social, art. 5º: “A Cooperativa compõe-se de médicos que exerçam a prática anestésica, e que tendo livre disposição de sua pessoa e de seus bens, concorde com o presente estatuto e estejam devidamente inscritos no conselho regional de medicina. §1º Para associar-se, o candidato deverá ter sido indicado por um dos cooperados com mais de um 1 (um) ano de filiação e ser submetido a assembleia a qual deverá aprová-lo por unanimidade.

pe

1911
✓

licitude da conduta do GPA na relação com seus cooperados. Contudo, a conduta concertada da GPA e da COOPANEST, examinada com base na vasta documentação constante dos autos, caracteriza o ilícito anticoncorrencial tipificado no art. 21, II, combinado ao art. 20, I e IV, da Lei nº 8.884/94.

2. Conduta concertada entre as cooperativas

O CIEFAS (UNIDAS) afirma categoricamente em sua representação a existência de acordo entre as cooperativas representadas, conforme se destaca a seguir:

“De forma orquestrada, a COOPANEST –BA e o GPA passaram a encaminhar cartas, em modelo padrão, para diversas filiadas do CIEFAS BA, comunicando sua decisão unilateral e conjunta em suspender o atendimento de 240.000 usuários dos planos de assistência à saúde das seguintes organizações: (...)”

Da mesma forma, a SDE, tanto na Nota Técnica que deu origem à instauração do processo administrativo, quanto em sua nota final, aprovada pelo Secretário de Direito Econômico, tendo enquadrado a conduta na tipificação do art. 21, II da Lei 8.884/94, afirma:

“(...) cabe identificar se o fato trazido ao conhecimento desta Secretaria de Direito Econômico, qual seja, a suspensão do atendimento médico na especialidade de anestesiologia aos beneficiários das empresas do grupo CIEFAS, de forma concertada, por parte das denunciadas, tem aptidão de gerar efeitos prejudiciais à concorrência ou à livre iniciativa, nos termos da Lei 8.884/94.” (grifei)

Em vista disso e dos demais elementos constantes dos autos, resta claro que as cooperativas representadas não apenas obtiveram e influenciaram a adoção de conduta uniforme entre seus cooperados, mas também agiram de forma concertada entre si, para a dominação do mercado relevante de prestação de serviços médicos de anestesiologia para planos de saúde em geral e para influenciar a adoção de conduta uniforme entre concorrentes. As duas condutas são tipificadas no art. 21, II da Lei 8.884/94.

Os abundantes elementos de prova trazidos aos autos não deixam dúvidas de que, de fato, houve um acordo entre ambas as representadas, no sentido de rescindir seus contratos com os planos de saúde, de forma a coagi-los ao reajuste de preços pretendido.

Conforme se verifica da documentação juntada às fls. 504 a 592 (cartas de rescisão contratual enviadas por ambas as cooperativas aos planos de saúde com que contratavam), verifica-se que as correspondências não só foram enviadas na mesma data, 20 de agosto de 2001, mas também são cartas absolutamente idênticas em seu modelo, isto é, conteúdo, letra e formatação. Certamente que não se pode interpretar tal fato de outra forma,

pl



senão como sendo uma decisão conjunta, arquitetada e efetivada por ambas as Representadas, em conluio.

Além disso, todos os cooperados integrantes do quadro da GPA também integram a COOPANEST-BA, o que torna óbvia a transmissão das informações, não justificando, porém, a uniformização das condutas, haja vista tratar-se de dois concorrentes, isto é, pessoas jurídicas independentes com atuação autônoma no mercado.

Assim, resta claro que a configuração do fato é incontroversa, restando, pois, a avaliação dos efeitos por ele produzidos, nos termos do art. 20 da Lei 8.884/94, na medida em que me posiciono no sentido de que não há como se dissociar os efeitos líquidos do ato à sua natureza anticompetitiva.

3. CONCLUSÃO

Como se viu, a literatura e a jurisprudência internacionais são uníssonas na condenação de acordos entre profissionais liberais para fixação de honorários, que impedem a livre formação dos preços de serviços profissionais, naturalmente diferenciados em função da qualificação e da experiência do prestador do serviço, e geram, com isso, perda de bem-estar social. O CADE sempre perfilhou o mesmo entendimento.

Recentemente, contudo, este Conselho, por maioria de votos, deixou de condenar cooperativas médicas, ao argumento de que, por se constituírem em sociedades prestadoras de serviços, estariam legitimadas a adotar tabelas de honorários médicos, que serviriam apenas à finalidade de estabelecer o preço por seus serviços¹⁹.

Para aprofundar a análise da imposição de tabelas de honorários por cooperativas médicas, prática examinada nos autos, sem incidir no argumento circular de que tabelas veiculam preços e sociedades prestadoras de serviços necessitam fixar o preço por seus serviços, procurou-se, no presente voto, verificar em concreto como funciona a cooperativa representada. Para isso, foi efetuada diligência, cujos resultados foram examinados também, mas não exclusivamente, com os critérios veiculados em roteiro de análise de associações médicas definido pelas autoridades da concorrência norte-americanas.

Como se sabe, nos EUA, embora se admita a caracterização *per se* de ilícito concorrencial, os acordos entre fornecedores de serviços de saúde, dada sua complexidade, tem merecido tratamento matizado, que considera as possíveis eficiências deles decorrentes. Para simplificar a análise, o *DoJ* e a *FTC* procuraram definir, no aludido roteiro, uma zona de segurança antitruste. Enquadram-se nela os acordos: a) sem cláusula de exclusividade ou que, mesmo, com exclusividade, impliquem concentração de até 20% do mercado; b) em que haja compartilhamento de riscos financeiros e c) que não acarretem concentração acima de 30% do mercado. Acordos que não se enquadrem na zona de segurança, desde que não sejam entendidos como ilícitos *per se*, são submetidos a uma análise estrutural segundo a regra da razão. Nessa análise, a avaliação das eficiências leva em conta, mais uma vez, a partilha ou não dos riscos

¹⁹ Processos administrativos nºs 08012.003664/2001-92 (representada: Coopanest-CE) e 08000.005351/97-42 (representada: Coopanest-PA).



financeiros decorrentes do acordo de concorrentes. Compartilhar riscos significativos é entendido como forte indício de que o acordo tende a gerar eficiências.

No caso em exame, verificou-se que a COOPANEST-BA não poderia ser enquadrada na chamada zona de segurança antitruste, seja porque congrega quase 70% dos anestesiológicos inscritos no CRM-BA, seja porque não implica compartilhamento de riscos financeiros. Na análise subsequente, viu-se que não há integração econômica significativa entre os cooperados. Por outro lado, a possível eficiência decorrente da cooperativa não é suficiente para contrabalançar os efeitos perniciosos da uniformização da conduta. A cobrança de um preço único para serviços certamente diferenciados em função da experiência e da qualificação de cada profissional impede que os honorários sejam definidos livremente. Ademais, restou incontroverso que a representada abusou de sua posição dominante ao induzir seus cooperados, coletiva e simultaneamente, a rescindir contratos com tomadores de serviço. Por fim, foi demonstrada, na linha dos pareceres da SDE e da ProCADE, a reincidência, circunstância que autoriza a aplicação de pena em dobro.

Já a segunda representada, GPA, não exerce posição dominante no mercado analisado e demonstrou funcionar que forma economicamente integrada, com partilha de risco financeiro e investimento que justifica a cobrança de um preço por seus serviços. Contudo, agiu de forma concertada com a COOPANEST-BA para impor a tabela de preços, estando também incurso no tipo infracional definido no art. 21, II, da Lei nº 8.884/94.

Em vista do exposto, acompanho os pareceres da SDE e da ProCADE e voto pela condenação das representadas, aplicando-lhes as seguintes penalidades e determinações:

- a) multa à COOPANEST-BA, com fundamento no art. 23, III, e parágrafo único, da Lei nº 8.884/94, no valor de R\$ 127.692,00 (cento e vinte e sete mil, seiscentos e noventa e dois reais), equivalente a 120.000 UFIRs, por incorrer na prática de conduta descrita no art. 20, I e IV, combinado ao art. 21, II do mesmo diploma legal, tendo em vista os critérios definidos no art. 27 da sobredita lei, nomeadamente, a gravidade da infração, sua efetiva consumação, o grau de lesão à livre concorrência, situação econômica do infrator e reincidência;
- b) multa à GPA, com fundamento no art. 23, III c/c art. 27 da lei nº 8.884/94, no valor de R\$ 63.846,00 (sessenta e três mil e oitocentos e quarenta e seis reais) equivalente a 60.000 UFIRs, por incorrer na prática de conduta descrita no art. 20, I, combinado ao art. 21, II do mesmo diploma legal, tendo em vista os critérios definidos no art. 27 da sobredita lei, nomeadamente, a gravidade da infração, sua efetiva consumação, o grau de lesão à livre concorrência e a situação econômica do infrator;
- c) as representadas deverão de abster-se de elaborar, adotar e/ou divulgar quaisquer tabelas de preços ou similares entre associados e filiados a partir da publicação desta decisão, face o disposto no art. 46 da lei nº 8.884/94;
- d) as representadas deverão divulgar aos seus cooperados, clínicas e hospitais conveniados, por qualquer meio idôneo de comunicação, o teor da presente decisão;



- e) as representadas deverão publicar, às suas expensas e sem prejuízo da multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação no estado da Bahia, o teor da presente decisão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme o disposto no art. 24, I, da lei n.º 8.884/94;
- f) no caso de continuidade da infração à ordem econômica, será aplicada às representadas multa diária no valor de R\$ 5.320,50 (cinco mil, trezentos e vinte reais e cinquenta centavos), correspondentes a 5.000 UFIR, com fulcro no art. 25 da lei n.º 8.884/94;
- g) as representadas deverão comprovar, perante o CAD-CADE, o cumprimento das determinações supra, no prazo de 30 (trinta) dias, a partir da publicação do acórdão da presente decisão.

É o voto.

Brasília, 15 de fevereiro de 2006.


RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Conselheiro