



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.007042/2001-33

Representante: Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde – CIEFAS

Advogados: Luiz Fernando Moreira

Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – COOPANEST/BA,
Cooperativa do Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda. – GPA.

Advogados: Estefânia Ferreira de Souza de Viveiros, Úrsula Ribeiro de Figueiredo Teixeira e
Vinícius de Figueiredo Teixeira e outros.

Relator: Conselheiro **Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer**

Voto-Vista: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva

VOTO-VISTA

EMENTA: Processo administrativo. 1. Cooperativas de trabalho médico. Utilização de “tabela de honorários” – Necessidade de avaliação da natureza da cooperativa – COOPANEST-BA: Verificação de poder de mercado e inexistência de eficiências – Aplicação de multa pecuniária e penalidades acessórias – GPA: arquivamento. 2. Conduta concertada entre as cooperativas – 3. Reincidência de uma das representadas – 4. Condenação: multa em dobro em razão da reincidência, multa simples para a outra representada, obrigação de se absterem da prática ilícita e de publicarem extrato da decisão condenatória no jornal de maior circulação no mercado relevante.

Trata-se de Processo Administrativo, instaurado mediante representação do CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde, em desfavor da COOPANEST/BA – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia e GPA – Grupo Particular de Anestesia S/C Ltda.

Pedi vista para melhor analisar a questão de mérito trazida nestes autos, no que envolve a legitimidade das cooperativas médicas para fixar preços e gerar a uniformização de condutas dos médicos cooperados.

1897
V

1. IMPOSIÇÃO DE TABELA DE HONORÁRIOS MÉDICOS

Primeiramente, passo a esclarecer com maior precisão a atuação dos atores envolvidos no mercado e na prática denunciada.

Em apertada síntese, a conduta específica objeto da investigação ora em análise refere-se à validade, frente às disposições da Lei nº 8.884/94, da adoção de tabelas para a fixação de preço de serviços profissionais; aqui, a tabela utilizada pela representada Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas no Estado da Bahia ("COOPANEST-BA") e pela GPA – Grupo Particular de Anestesia para fixar o preço dos serviços prestados às entidades filiadas à representante - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistentes à Saúde ("CIEFAS"). Nesse panorama, é necessário identificar quais os atores envolvidos no caso e as suas peculiaridades:

a) CIEFAS: entidade representativa que atua no setor de saúde suplementar e que oferece suporte técnico e defesa dos interesses de suas filiadas. Segundo informações colhidas do sítio na internet da "União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS"¹, o CIEFAS *"tem sua sede nacional em São Paulo, se faz presente em cada Estado através de suas Superintendências Estaduais, é constituído por aproximadamente 140 organizações, entre públicas e privadas, que oferecem programa de saúde na modalidade de autogestão e vem defendendo os interesses de suas associadas perante as entidades de classe, prestadores de serviços e poderes públicos, buscando relações justas com os profissionais e instituições provedoras de serviços de saúde, realizando estudos, análises, pesquisas e eventos que promovam informações e debates entre suas filiadas, possibilitando o aperfeiçoamento do sistema de autogestão e o constante repensar da política de saúde suplementar"*.

b) EMPRESAS FILIADAS: pessoas jurídicas de direito público e/ou privado, filiadas ao CIEFAS, que têm por objetivo prestar assistência a seus empregados, dependentes e demais beneficiários, através da concessão de auxílios destinados à cobertura ou ressarcimento de despesas com a proteção da saúde, sob o regime de autogestão, sem finalidade lucrativa.

Por sua vez, "autogestão em saúde"² é o modelo em que a própria organização administra o programa de assistência à saúde dos seus empregados e dependentes. Tem como objetivo proteger e promover a saúde dos beneficiários, com recursos e serviços credenciados (convênios) ou de livre-escolha (reembolso).

Extrai-se da representação³ que são filiadas ao CIEFAS da Bahia as seguintes empresas (fls. 818): CVRD – Companhia Vale do Rio Doce; ASFEB – Associação dos Servidores Fiscais do Estado da Bahia; Banco Central; CAMED – Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Nordeste; Caixa Econômica Federal; CAPESESP – Caixa de Pecúlios, Assistência e Previdência dos Servidores de Saúde Pública; CASSI – Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil; Correios e Telégrafos; FACHESF – Fundação

¹ In http://www.unidas.org.br/institucional/inst_apresentacao.php, acessado em 03.03.05.

² In http://www.unidas.org.br/institucional/inst_apresentacao_cartilha.php

³ Ressalta-se que podem ter ocorrido mudanças na lista das empresas filiadas ao CIEFAS, tendo em vista que a representação que originou o presente processo data de novembro de 2001.

pl



CHESF de Assistência e Seguridade Social; SESEF – Serviço Social das Estradas de Ferro; FASSINCRA – Fundação de Assistência aos Servidores do Incra; FIOPREV – Instituto Oswaldo Cruz de Seguro Social; CAAB – Caixa de Assistência dos Advogados do Estado da Bahia; EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária; APUB – Associação dos Professores Universitários da Bahia; CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento; UNAFISCO SAÚDE; PLAN-ASSISTE – Programa de Saúde e Assistência Social do Ministério Público da União e ASSEFAZ – Fundação de Assistência dos Servidores do Ministério da Fazenda.

c) **COOPANEST-BA e GPA:** cooperativas de trabalho médico que têm como finalidade a congregação de seus associados, bem como a prestação de assistência cooperativista e administrativa aos integrantes de seus quadros sociais, decorrentes da prestação de serviços realizados via contratos com as diversas tomadoras e contratantes de serviços em anesthesiologia.

d) **MÉDICOS:** categoria profissional que congrega as pessoas físicas especializadas em anesthesiologia, que prestam seus serviços ou diretamente, ou através das COOPANEST-BA e GPA.

É importante deixar claro que não há qualquer vínculo jurídico ou negocial entre o CIEFAS e a COOPANEST-BA, uma vez que são as empresas filiadas ao CIEFAS que contratam os serviços dos médicos anesthesiologistas, seja mediante contratação direta, seja mediante contratação de cooperativa.

Assim, **vê-se que a conduta a merecer a atenção na ótica concorrencial encontra-se nas relações entre as empresas tomadoras de serviço e as cooperativas médicas**, uma vez que estas, a pretexto de “reajustar” os preços prestados pelos seus profissionais, podem estar apenas disfarçando a adoção de conduta comercial uniforme, traduzida na utilização de uma “tabela de honorários médicos”.

É fato que existe nesse campo econômico que envolve a prestação de serviços de saúde uma **zona de tensão bastante acentuada**. De um lado, estão as empresas tomadoras do serviço de saúde (em sentido amplo, englobando os planos, as empresas de autogestão etc.); do outro lado, estão as pessoas jurídicas que fornecem estes serviços ou que congregam seus profissionais (associações de classe, federações e confederações, cooperativas médicas etc.), cada qual representando legitimamente os seus interesses.

Entretanto, há que se avaliar com especial cautela se, a pretexto de representação das suas respectivas categorias, as associações, cooperativas ou qualquer que seja a entidade representativa não acabam por lançar mão de instrumentos que a legislação antitruste considera impróprios para disciplinar suas atividades, mormente quando se trata de critérios para a formação de preços. É que, diferentemente dos sindicatos e organizações afins, que representam empregados face a empregadores, tais associações congregam profissionais autônomos, cujas atividades devem ser exercidas de modo competitivo. Organizações que não ostentam as características próprias de entidades sindicais, posto que ausente o requisito da hipossuficiência dos representados, e que procurem aumentar o poder de barganha dos profissionais liberais

autônomos *vis-à-vis* os planos de saúde criarão inevitavelmente preocupações com seus efeitos anticoncorrenciais, principalmente quando estão envolvidos acordos para fixação de preços⁴.

Não se nega aqui que o poder de mercado das empresas tomadoras de serviço de saúde, eventualmente, justificaria a filiação de médicos a organizações aptas a se contrapor a uma tal excessiva concentração de poder⁵. Mas não considero tal fato como suficiente para autorizar uma ação coordenada que, fixando preços, acabe por impedir a formação natural dos mesmos, isto é, anule a possibilidade de competição no mercado.

Quanto ao mercado relevante, acompanho o Relator, que o definiu como: *"mercado da prestação de serviços médicos o qual o faz por meio de planos e seguros de saúde, na especialidade de anesthesiologia"*. No tocante à dimensão geográfica, delimito-o também ao Estado da Bahia. Observo ainda que a conduta se manifesta pela uniformização de preços entre concorrentes, através da imposição de tabelas de honorários médicos.

1. ANÁLISE SOB A ÓTICA ANTITRUSTE

Por ocasião do voto que proferi em caso similar (PA n.º 08012.003664/2001-92⁶) já tive a oportunidade de externar meu entendimento sobre os aspectos jurídicos e econômicos da questão trazida ao exame do CADE, que, por oportuno, transcrevo:

⁴ V. estudo da OCDE sobre serviços profissionais em www.oecd.org/dataoecd/35/4/1920231.pdf: *"The antitrust laws have long exempted collective bargaining between employees and employers. However, this exemption does not cover independent economic actors such as self-employed physicians in independent practice. Recently, an increasing number of physicians have been joining unions and other such organisations to increase their bargaining leverage with health plans. Although such organizations may lawfully collectively bargain for employed physicians, antitrust issues are implicated when they attempt to negotiate on behalf of otherwise competing, non-employee physicians. On August 12, 1998, the DOJ filed a civil suit against the Federation of Physicians and Dentists, a physicians union, for orchestrating a boycott to extract artificially high fees for competing independent orthopedic surgeons in Delaware. The complaint alleged that in 1996 and 1997, nearly all of the orthopedic surgeons in Delaware joined the Federation and thereafter acted in concert through the Federation to resist the efforts of Blue Cross of Delaware to reduce the fees Blue Cross paid to them. The Federation purported to be operating as a third-party messenger on behalf of the orthopedic surgeons. A properly implemented third-party messenger system, with adequate safeguards against collusion, should not lead to a messenger's negotiating on behalf of competing independent physicians or enhance the bargaining leverage of such physicians. Such arrangements may facilitate the contracting process, reduce transaction costs, and thus ultimately benefit consumers. In this case, however, the Federation's messenger system facilitated, rather than safeguarded against, collusion. The Federation encouraged the physicians to refuse to negotiate with Blue Cross except through the Federation. By the end of 1997, nearly all of the members of the Federation had rejected a Blue Cross fee proposal and terminated their contracts with Blue Cross."*

⁵ No mesmo estudo da OCDE, o relatório dos Estados Unidos faz menção a várias tentativas de imunizar os provedores de serviços de saúde contra pressões competitivas e contra a aplicação do direito antitruste: *"The Commission has also commented on proposed federal legislation to exempt health care professionals from the antitrust laws. In July 1998, FTC Chairman Pitofsky testified before the House Committee on the Judiciary opposing proposed legislation that would create an exemption from the antitrust laws to enable health care professionals to negotiate collectively with health plans over fees and other terms of dealing. He testified that in addition to potentially harming consumers and raising health care costs, the immunity is unnecessary to protect legitimate collaboration among competing health care providers, would immunise anticompetitive activities that could diminish the effective functioning of health care markets, and would likely encourage those in other industries to seek similar exemptions."* He also noted that the proposed exemption would be a radical departure from existing labour law standards that protect the right to bargain collectively only in the employer-employee context but not to independent contractors like self-employed physicians. The bill did not pass, but a similar bill has been introduced in the current Congress".

⁶ Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistentes à Saúde; Representada: COOPANEST-CE - Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará; Relator: Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

1900
A

“(...) o que se analisa é a conduta da cooperativa, consubstanciada na indução à adoção de conduta uniforme. Para a caracterização de tal ilícito, não é necessário que a tabela adotada tenha caráter impositivo. Basta que se demonstre, com foi de fato comprovado, que a conduta possa produzir efeitos anticompetitivos, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Vale dizer: é suficiente a prova de potencialidade da lesão à concorrência, a qual foi devidamente caracterizada, na espécie, pelo fato de a cooperativa que adotou a tabela congregar mais anestesiológicos do que os registrados no Conselho Regional de Medicina no Ceará, fechando, assim, o mercado dos serviços prestados por tais profissionais naquele estado e fixando um piso ou preço mínimo para exercício da atividade.

Registre-se que a jurisprudência estrangeira tem dado o mesmo tratamento a respeito de acordo de preços ou de tabelamento de honorários profissionais.

Um exemplo é a decisão da FTC (Federal Trade Commission) em condenar uma entidade North Texas Specialty Physicians (NTSP), por entender que ela estava restringindo à concorrência ao fixar preços em alguns contratos⁷.

Além disso, em resposta a uma consulta feita pela Associação Médica Americana e pela Associação Médica de Chicago, a FTC afirmou que, por mais bem intencionado que seja, um acordo entre competidores que permita a eles regular preços cria uma probabilidade perigosa de detenção de poder, que irá resultar, certamente, em aumento de preço para os consumidores.

Na Comissão Europeia (Departamento Geral de Concorrência), do mesmo modo, é incontroverso que ‘a fixação coletiva de honorários (sejam mínimos, máximos ou indicativos) quer dizer, o estabelecimento de preços pelas ordens profissionais, faz parte das mais graves infrações as regras de concorrência’ ”⁸.

Vale também citar a decisão da autoridade da concorrência de Portugal, que condenou a ordem de médicos dentistas pela fixação de tabela de honorários⁹:

“A Autoridade da Concorrência concluiu que os n.ºs 2, 3 e 8 do artigo 22.º do Código Deontológico dos Médicos Dentistas e a Tabela de Honorários têm por objecto e por efeito a restrição da concorrência de forma sensível, porquanto obstam à formação do preço dos serviços de medicina dentária pelo livre jogo do mercado.

Ao imporem a determinação dos honorários dos médicos dentistas em regime liberal, com base em tabelas de honorários mínimos e máximos, e ao impedirem a determinação dos honorários pelo livre jogo do mercado, tais práticas têm por finalidade a restrição da liberdade concorrencial dos dentistas:

(i) Em primeiro lugar, do lado da oferta, que se traduz numa limitação da liberdade de determinação dos honorários

⁷ <http://www.ftc.gov/opea/2004/11/northtexas.htm>

⁸ Traduzido do original em francês em: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_017_fr.pdf

⁹ www.autoridadedaconcorrenca.pt, comunicado nº 8/2005.

pl



(ii) Depois, porque a adopção de tabelas de honorários mínimos e máximos permite aos médicos dentistas, na sua actuação no mercado, prever com um grau de segurança razoável quais os preços praticados pelos seus concorrentes.

(iii) Da imposição de honorários mínimos resulta também a criação de barreiras de acesso ao mercado pelos médicos dentistas recém licenciados que não beneficiando de uma reputação profissional consolidada se vêem impedidos de angariar clientes pela prática de preços mais baixos.

(iv) Por outro lado, na perspectiva da procura, ou seja, de todos aqueles que pretendam recorrer aos serviços de medicina dentária, também há restrição pois a existência de honorários mínimos e máximos obrigatórios determina a impossibilidade de negociação de condições de prestação desses serviços, ficando os clientes impedidos de procurar obter as melhores condições de transacção dos serviços que carecem.

Em suma, a regulamentação dos preços através de uma decisão de associação de empresas pode permitir que estes se mantenham acima dos níveis concorrenciais, convertendo-se os preços máximos, na prática, num regime de preços fixos.

Assim, a Autoridade da Concorrência decidiu condenar a Ordem dos Médicos Dentistas ao pagamento de uma coima no valor de € 160.181,00 (cento e sessenta mil, cento e oitenta e um euros), obrigando ainda a Ordem à cessação imediata da aplicação e revogação dos n.ºs 2, 3 e 8 do artigo 22.º do Código Deontológico, bem como de todas e quaisquer tabelas de honorários e, ainda, à publicitação junto dos seus associados da execução das referidas medidas.

Esta é a segunda decisão da Autoridade da Concorrência por infracção das regras da concorrência previstas no Tratado que institui a Comunidade Europeia, ao abrigo do novo regime descentralizado de aplicação das regras da concorrência Comunitárias, aprovado pelo Regulamento 1/20034.

Refira-se ainda que, relativamente ao exercício das profissões liberais, já em 2000, o então Conselho da Concorrência havia condenado a Câmara dos Revisores Oficiais de Contas, cujo Código Deontológico determinava a obrigatoriedade da prática de honorários mínimos pelos seus associados5. Esta decisão foi confirmada pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Fevereiro de 2002.

Da decisão da Autoridade da Concorrência cabe recurso judicial nos termos da lei.

Lisboa, 29 Agosto de 2005.”

Segundo entende o Conselheiro Relator, no entanto, não há, no caso em tela, configuração de infração à ordem económica, uma vez que “há, na realidade, uma relação privada ente a COOPANEST/BA, o GPA e as sociedades prestadoras de plano e seguros de saúde, mais precisamente uma relação contratual entre pessoas jurídicas, com personalidade e capacidade para contratarem, e não a adoção de conduta atentatória à ordem económica por parte das Representadas, visando impor aos seus associados a fixação de preços de seus



honorários, através de tabelas de honorários". Enfatiza em seu voto que as cooperativas, na qualidade de sociedade simples, uma vez registradas, adquirem personalidade jurídica distinta da de seus cooperados, podendo assim, realizar todos aqueles atos que a lei não vedar.

Consoante o i. Relator, a tabela das cooperativas é simplesmente a "precificação" dos serviços prestados pelas mesmas às tomadoras de serviços, já que os preços são estabelecidos em contratos regulares:

"Por conseguinte, a COOPANEST/BA e a GPA, no momento em que contratam, fixam preço de seus serviços, como qualquer outra sociedade que irá prestar serviços (por, exemplo uma cooperativa de crédito) ou vender determinado produto (por exemplo, uma cooperativa agrícola), sendo que o contratante tem a liberdade de aceitar os termos do contrato ou não. O fato em análise trata tão somente do preço dos serviços que elas propõem a prestar e que agora, pretendem reajustar."

Diz ainda o i. Relator (mesmo parágrafo, fls. 1.850) que não há nos autos indícios de que as tabelas de preços fossem usadas para orientar os cooperados a adotarem condutas uniformizadas na fixação de honorários em relação a serviços diversos dos contratados, ou seja, com outras pessoas físicas ou jurídicas não integrantes do contrato. Para demonstrar tal assertiva, cita os documentos de fls. 794/797, 801 e 812/818.

Ora, às fls. 795/797 encontra-se uma minuta de aditivo ao contrato de prestação de serviços médicos de anestesiologia entre a COOPANEST-BA e a FACHESF, na qual se prevêm valores para portes anestésicos, de conformidade com a tabela AMB1999. Às fls. 801, há uma carta do gerente do plano de assistência da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, que trata da aplicação provisória, até que se reestabeleça "vínculo de credenciamento", de valores idênticos aos do documento anteriormente referido. Os documentos de fls. 812/815 e 816/818 são ofícios do CIEFAS e de empresas a ele associadas procurando retomar negociações com a COOPANEST-BA. É óbvio que em tais documentos não se pode encontrar prova de que as cooperativas não induzem seus cooperados a adotarem preços uniformes relativamente a pessoas não integrantes do contrato. Primeiro, porque esses documentos não são contratos. Segundo, porque, ainda que o fossem, deles não se poderia extrair que a conduta uniforme não seria extensiva a não integrantes de contrato. Admitir o contrário seria absurdo: um contrato só vincula as partes. Por fim, isso refoge à questão discutida nos autos.

O cerne da questão, no caso presente, é a própria existência destas cooperativas como forma de integração da categoria para o fornecimento de seus serviços e a utilização, por elas, de tabelas de honorários que uniformizam os preços cobrados pelos cooperados.

Segundo o Relator, os documentos de fls. 1.051/1.144 demonstrariam que "as Requerentes (sic) não induzem ou coagem seus cooperados a observarem determinada tabela de preços, sendo livres para contratarem os honorários de seus serviços, visto demonstrarem que não há uma uniformização dos honorários cobrados pelos anestesiológicos cooperados, variando conforme o médico prestador do serviço e a intervenção realizada.

Salta aos olhos, entretanto, que os aludidos documentos consistem num conjunto de boletins de anestesia e de recibos emitidos pela COOPANEST que nada provam, pois referem-se a procedimentos diferentes realizados com pacientes de planos de saúde diferentes, os