



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Processo Administrativo n.º 08012.007042/2001-33

Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS (antigo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS)

Advogado: Luiz Fernando Mouta Moreira

Representadas: 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, Vinícius de Figueiredo Teixeira e outros

Voto-Vista: Conselheiro Luis Fernando Schuartz

EMENTA: Processo Administrativo. Conduta concertada entre associações de profissionais médicos. Inexistência de imunidade perante Lei 8884/94. Importância secundária da questão a respeito de assimetrias de poder de barganha em casos desse gênero. Condutas cujo objeto é a restrição da concorrência em preços entre parcela não desprezível dos prestadores de serviço médico de anestesiologia no Estado da Bahia. Violação do disposto no art. 20 da Lei 8884/94. Reincidência verificada. Condenação nos termos do art. 23 da mesma lei.

VOTO-VISTA

1. Pedi vista dos autos para analisar se as condutas praticadas pelas Representadas devem ser caracterizadas como ilícitas à luz do que dispõe a legislação brasileira de defesa da concorrência. Em especial, o pedido de vista foi motivado pelo interesse de me manifestar, apropriadamente, a respeito das divergências (tanto as de natureza conceitual, como as relativas à análise das provas produzidas ao longo do processo) que se encontram explicitadas, em maior ou menor grau, nos excelentes votos proferidos pela Exma. Sra. Presidente e pelos i. Conselheiros Rigato, Cueva e Furquim.



2. Este voto-vista se concentra no exame da legalidade (i) da prática, pela COOPANEST-BA e a GPA, de exercício de influência para a uniformização dos preços dos serviços de anestesiologia prestados por seus respectivos cooperados às entidades filiadas ao CIEFAS; e (ii) da adoção de ação concertada, pela COOPANEST-BA e a GPA, no sentido da suspensão do atendimento aos beneficiários dos planos de assistência à saúde oferecidos pelas entidades filiadas ao CIEFAS na hipótese da não concessão, pelo último, de certos reajustes nos preços dos serviços médicos de anestesiologia prestados por tais cooperativas por meio dos seus cooperados. As incursões feitas ao longo do voto-vista em temas como: fundamentos e aplicação da lei antitruste a associações profissionais (de médicos, em particular), regras de análise em matéria de restrições horizontais à concorrência, etc. serão meramente instrumentais a uma prévia análise conceitual que entendo, não obstante, ser necessária para responder adequadamente a questão a respeito da legalidade das condutas acima especificadas.

I – Balanceamento de Poder ou Proteção do Consumidor?

3. Em seu voto-vista, o Conselheiro Furquim propõe uma interessante reconstrução da evolução histórica do tratamento dispensado pela legislação antitruste norte-americana às organizações de trabalhadores (incluindo cooperativas), como passo preparatório à apresentação de um conjunto de condições necessárias e suficientes para a extensão, aos prestadores de serviços médicos, da imunidade antitruste concedida também no Brasil – como consequência da legislação trabalhista¹ – à prática da negociação coletiva de remunerações por entidades representativas de interesses de empregadores e empregados.

4. A passagem da reconstrução da evolução legislativa norte-americana à interpretação do direito brasileiro se dá pela intermediação daquilo que o Conselheiro Furquim acredita ser o principal fio condutor da política antitruste, tanto lá como cá, a saber, a resistência às assimetrias de poder de negociação entre produtores e consumidores, ofertantes e demandantes de bens e serviços. Se produtores e consumidores fossem equipotentes – diz o argumento –, não haveria lugar para um direito antitruste, na medida em que este *fundar-se-ia* justamente na idéia do combate aos danos sociais provocados pelo exercício de poder econômico (ou melhor, poder de mercado) por aquele que o detém, em detrimento daquele que não o detém (ou pelo menos, não o detém em condições de *contrabalançar* tal poder). Ora, mas se o ferramental do direito antitruste serve para responder a esse problema de assimetria de poder econômico, então não deveria ser o caso de se condenar práticas de agentes econômicos cujo sentido consiste precisamente na redução dessa assimetria de poder.

5. Noutras palavras, assim como se celebra o “poder compensatório do comprador” como fator de inibição de eventuais tentativas de exercício de poder de mercado por parte de vendedores

¹ A negociação coletiva entre empregados e empregadores é reconhecida explicitamente na Constituição Federal (arts. 6º, XXVI e 114, III, §§ 1º a 3º) e amplamente regulada na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Capítulo IV).



poderosos², dever-se-ia celebrar, igualmente, o “poder compensatório do vendedor” como fator juridicamente legítimo de inibição de eventuais tentativas de exercício de poder de mercado por parte de compradores poderosos. Essa implicação vem enunciada no voto-vista do Conselheiro Furquim na forma do conjunto de condições referidas no item 3. e explicitadas a seguir, e sob as quais trabalhadores autônomos em geral, e prestadores de serviços médicos em particular, podem organizar-se para negociar conjuntamente os preços associados à execução das suas respectivas atividades econômicas. A parte do voto-vista do Conselheiro Furquim que contém a listagem das tais condições é transcrita a seguir:

“Do exposto, conclui-se que 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; e 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.”

6. A virtude dessa lista de condições propostas pelo Conselheiro Furquim está no fato de ela não ser apresentada como um *desvio* em relação ao princípio que – segundo o Conselheiro Furquim – governa o tratamento concedido pelo direito antitruste às práticas anticompetitivas. Se a entendi corretamente, essa lista é proposta não como *exceção*, mas sim, como uma *consequência lógica* do mesmo princípio. Nesse sentido, ela difere substancialmente da proposta defendida oralmente pelo Conselheiro Prado quando da enunciação do seu voto no presente caso. De fato, a proposta do Conselheiro Prado equivale à concessão de um salvo-conduto antitruste a *quaisquer práticas* restritivas horizontais cometidas por profissionais de *qualquer natureza*, sejam eles empregados ou autônomos, hiper- ou hipossuficientes, conjuntamente poderosos ou não, bastando que sejam alocados no pólo “força de trabalho” no mercado de trabalho. Nesse caso, independentemente da sua classificação no que se refere à inserção no mercado de trabalho, *i.e.*, empregado, trabalhador por conta própria, membro de cooperativa de produtores, etc., relacionada essencialmente com a distinção entre “trabalhos de emprego remunerado” e “trabalhos de auto-emprego”³, o mero fato de um agente econômico não se caracterizar como uma empresa, *i.e.*, como alguém que controla e organiza bens de capital e insumos – inclusive o insumo “força de trabalho” – tendo em vista a

² É o que ocorre não somente quanto ao controle de atos de concentração econômica, mas também, à repressão de condutas anti-competitivas. Para os Estados Unidos, cf., no primeiro caso, os *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, e no segundo, os *Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, editados pela Federal Trade Commission e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. Esses dois documentos podem ser encontrados, na íntegra, no sítio www.ftc.gov/bc/bcburguidelines.htm.

³ Segundo a classificação proposta pela Organização Internacional do Trabalho. A respeito, ver www.ilo.org/public-icse - ICSE - Statistics.



oferta de bens ou serviços, seria *suficiente* para protegê-lo de maneira absoluta da incidência da legislação antitruste.^{4,5}

7. Diferentemente da posição adotada pelo Conselheiro Prado, que, a meu ver, é um desvio da teoria antitruste convencional e da prática decisória das autoridades de defesa da concorrência nas jurisdições mais consolidadas (incluindo a brasileira), a sugestão avançada pelo Conselheiro Furquim pretende legitimar-se perante ambas, teoria e prática, vale dizer: ela pretende estar não apenas historicamente alinhada com a prática, mas também e sobretudo, *justificada* com base em argumentos de teoria antitruste. Não obstante, é fácil mostrar que, ao menos no que se refere à realidade institucional recente, nem a pretensão histórica nem tampouco a pretensão sistemática são procedentes.

8. O trecho abaixo reflete, resumidamente, a posição das autoridades antitruste norte-americanas acerca do assunto⁶:

“Some physicians have lobbied heavily for an antitrust exemption to allow independent physicians to bargain collectively. They argue that payors have market power, and that collective bargaining will enable physicians to exercise countervailing market power. The Agencies have consistently opposed

⁴ Novamente, a não aplicação da Lei 8884/94 às negociações envolvendo associações de empregadores e sindicatos de trabalhadores decorre do fato de a Consolidação das Leis do Trabalho (*i.e.*, a *lex specialis* que prevalece no caso) prever e regular expressamente esse tipo de negociação (o que, evidentemente, pressupõe a sua licitude). Isso não se verifica para os profissionais autônomos. De um ponto de vista mais sistemático, o fundamento *antitruste* para esse tipo de imunidade estaria na inexistência de *liberdade formal de iniciativa* da parte do trabalhador empregado *após* a constituição da relação de emprego, e na conseqüente *impossibilidade* de proibição e condenação de *auto-restrições* a essa mesma liberdade sob a forma de acordos explícitos ou implícitos de não concorrência com rivais. Vale dizer, *no âmbito* da relação de emprego, *já se operou* a renúncia por parte do trabalhador quanto à sua liberdade enquanto agente econômico que concorre com outros como ofertante em um mercado, com o que deixa de fazer sentido o uso da legislação antitruste como um instrumento de repressão de condutas que consistem justamente nessa renúncia por agentes que *mantêm* tal liberdade. Admite-se que situações de renúncia à liberdade formal de iniciativa possam dar-se para algumas categorias de trabalhadores que, em razão da progressiva flexibilização do mercado de trabalho, se encontram em uma típica situação de empregado apenas *encoberta* por relações contratuais de terceirização. Nesses casos, em que estão presentes todos ou quase todos os elementos caracterizadores de uma relação de emprego (como por exemplo, a subordinação, a prestação de serviços a apenas uma única pessoa, a habitualidade, etc.), poder-se-ia cogitar em estender às pessoas físicas em questão a imunidade antitruste que vale em relação aos empregados. Seja como for, isso está muito longe de ser verdadeiro para os profissionais envolvidos nas condutas investigadas neste processo administrativo.

⁵ Um argumento mais “normativo” para se rejeitar a imunidade à lei antitruste defendida pelo Conselheiro Prado pode ser retirado diretamente do art. 15 da Lei 8884/94, o qual dispõe que “[essa] lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal.”

⁶ Cf. relatório conjunto da FTC e DoJ intitulado *Improving Health Care: A Dose of Competition*, 2004, disponível em www.usdoj.gov/atr/public/health_care/204694.pdf. O trecho citado está no sumário executivo. O tema do “poder de barganha dos médicos” e a discussão acerca dos seus efeitos nocivos para o consumidor estão desenvolvidos em detalhe no seu Capítulo 2.



these exemptions, because they are likely to harm consumers by increasing costs without improving quality of care. The Congressional Budget Office estimated that proposed federal legislation to exempt physicians from antitrust scrutiny would increase expenditures on private health insurance by 2.6 percent and increase direct federal spending on health care programs such as Medicaid by \$11.3 billion.” (negritos meus)

9. Veja-se outra manifestação recente. Ao comentar, em palestra proferida em 28 de fevereiro de 2005 e intitulada “*Fostering a Competitive Health Care Environment that Benefits Patients*”, o papel investigativo da FTC em casos envolvendo a fixação conjunta de honorários por parte de prestadores de serviços médicos, sua *Chairman*, Deborah Platt Majora, inicia com um resumo relativamente longo das diretrizes que vem orientando e devem orientar esse órgão no combate a tal tipo de comportamento, e que me permitirei reproduzir na íntegra em razão de sua capacidade de esclarecimento⁷:

“For more than twenty-five years, the FTC has challenged physician groups and other health care providers for allegedly entering anticompetitive agreements – often involving price fixing – that raise the costs of health care for patients and their insurers. Since 2002 alone, the Commission has brought law enforcement actions against more than twenty physician groups.

I am not insensitive to physicians’ concerns about their disparity in bargaining strength relative to big health plans. I appreciate the physicians’ view that large health care organizations are presenting them with unfavorable terms and demanding that they “take it or leave it.” I recognize that some say that only by bargaining collectively can doctors counter the buying power (or “monopsony”) of the giant health care organizations.

Plainly, not all joint conduct by physicians is improper. To the contrary, physician network joint ventures can yield impressive efficiencies. Thus, the FTC (together with DOJ) committed long ago to using a balancing test (in our legal parlance, the “rule of reason”) to evaluate those physician network joint ventures that involve significant potential for creating efficiencies through integration. Physician joint ventures involving price agreements can avoid summary condemnation (what we refer to as “per se illegal”), and merit the balancing analysis, if the physicians’ integration through the network is likely to produce significant efficiencies that benefit consumers, and any price agreements (or other agreements that would otherwise be per se illegal) by the network physicians are reasonably necessary to realize those efficiencies.

Financial risk-sharing and clinical integration can entail such integration and thereby render the venture likely to produce significant efficiencies. Our Health Care Policy Statements outline the analytical framework for this inquiry in greater detail. But physicians must take note: provider agreements aimed simply at countering health care plans’ bargaining power, we have found, are likely to raise health care costs for consumers without delivering offsetting benefits.

As a threshold matter, it is not clear that the agreements always counter monopsony power. A recent health care study by the Agencies concluded that “the available evidence does not indicate that there is a monopsony power problem in most health care markets. The Congressional Budget Office has calculated that allowing physicians to collectively bargain in this manner “would increase expenditures on private health insurance by 2.6 percent.” It also estimated that it would increase direct federal spending on health care programs such as Medicaid by \$11.3 billion over ten years.

⁷ A palestra está disponível no sítio www.ftc.gov/speeches/majoras/050301healthcare.pdf.



(Health plans have estimated even greater costs; physician groups argue that the costs are quite modest.)

In short, while we recognize physicians' understandable desire for greater parity in their negotiations with large health care plans, they must understand that the touchstone for us is whether the conduct at issue here would hurt, or help, consumers. Our experience suggests that physician price-fixing – without integrative efficiencies – will raise consumer health care costs considerably, and that is why we have been so active in this area.” (negritos meus)

10. Existem várias lições a extrair das passagens acima transcritas. Para os fins deste voto-vista, contudo, há especialmente uma que é de interesse mais imediato destacar. Ela se refere ao caráter *manifestamente secundário e subordinado* do argumento da assimetria de poder de barganha nas investigações realizadas pela FTC a respeito da eventual conformidade ao direito antitruste de negociações coletivas empreendidas por médicos (concorrentes) no tocante aos valores dos seus honorários. Em particular, mesmo as eventuais assimetrias de poder de negociação entre médicos e os “grandes planos de saúde” não são suficientes para legitimar ações concertadas por parte dos primeiros quanto à fixação dos preços cobrados pela prestação de seus serviços. Ainda que seja “compreensível”, a ação concertada de médicos “visando simplesmente a contrabalançar o poder de barganha dos planos de saúde” tenderia apenas a incrementar os custos para os consumidores finais. Ante uma conduta de barganha coletiva de honorários por parte de um grupo de médicos, a questão jurídica relevante *não é*: “A conduta é necessária e suficiente para reduzir assimetrias de poder de barganha em favor dos médicos ou então neutralizar os efeitos negativos associados ao maior poder de barganha dos planos de saúde?”, mas sim: “A conduta é parte constitutiva de uma estratégia *eficiente* e mais ampla de integração de serviços e compartilhamento de riscos?”. Se não o for, deve ser – e provavelmente será – considerada uma violação da legislação antitruste e, enquanto tal, proibida.

11. Para os norte-americanos, portanto, o aspecto decisivo para a avaliação da licitude de ações conjuntas envolvendo médicos em negociação com planos de saúde é o da proteção do interesse do consumidor, *i.e.*, o paciente (usuário do plano). A tolerância dos órgãos antitruste em favor do profissional médico ocorrerá *se e somente se* ela for necessária para a proteção do consumidor. Isso explica, por exemplo, por que eventuais exercícios de poder de monopsonio (como casos particulares de exercícios de poder de mercado⁸) que venham a afetar negativamente a qualidade dos serviços médicos prestados ao consumidor são *condenáveis* de acordo com a lei antitruste, e não devam ser – como parece fazer o argumento apresentado no voto do Conselheiro Furquim – simplesmente tomados como *dados* da realidade, *em face dos quais* a ação concertada do lado dos médicos passaria a justificar-se. Isso fica claramente evidenciado no texto da contribuição enviada pelos Estados Unidos para a elaboração de extenso documento publicado em dezembro

⁸ A esse respeito, ver *Guidelines for Collaborations Among Competitors*: “Competitor collaborations may involve agreements jointly to purchase necessary inputs. Many such agreements do not raise antitrust concerns and indeed may be procompetitive (...) However, such agreements can create or increase market power (which, in the case of buyers, is called “monopsony power”) or facilitate its exercise by increasing the ability or incentive to drive the price of the purchased product, and thereby depress output, below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Buying collaborations also may facilitate collusion by standardizing participants’ costs or by enhancing the ability to project or monitor a participant’s output level through knowledge of its input purchases.” (pg. 18).



de 2005 pelo Comitê de Concorrência da OCDE e intitulado “*Enhancing Beneficial Competition in the Health Professions*”:⁹

“Some of the joint bargaining cases involve straightforward cartel behavior. In other situations, a group may offer some potential efficiencies. As in other industries, we look closely at whether the arrangement imposes anticompetitive restraints that go beyond what is necessary to produce those efficiencies. In addition, health care providers continue to raise arguments about disparities in bargaining power in contracting with health plans as a justification for agreements that create market power on the provider side. There is no reason, however, to expect that creating countervailing power would benefit consumers. Rather, our experience is that collective bargaining by providers raises prices without assuring quality. The Agencies instead emphasize effective antitrust enforcement regarding both buyers and sellers of health care services.” (os destaques em negritos são meus).

No mesmo sentido, FTC e DoJ:¹⁰

“The Agencies believe that antitrust enforcement to prevent the unlawful acquisition or exercise of monopsony power by insurers is a better solution than allowing providers to exercise countervailing power. Joel Klein, the Assistant Attorney General in 1999, noted that a “better approach [than allowing countervailing market power] is to empower consumers by encouraging price competition, opening the flow of accurate, meaningful information to consumers, and ensuring effective antitrust enforcement both with regard to buyers (health care insurance plans) and sellers (health care professionals) of provider services.”

“(…) even if we assume physicians confront a monopsonist health plan that neither unlawfully acquired nor unlawfully exercised that power, authorizing physicians to engage in collusive conduct will not serve the interests of consumers. A health insurer with monopsony power is likely to impose quantity restrictions that will increase prices for consumers. If providers were to acquire countervailing market power, the result is likely to be further quantity restrictions – increasing the prices paid by consumers above those already imposed by the monopsonist.” (os negritos são todos meus)

12. Vale notar que essa atitude de ceticismo em relação ao uso do argumento do “countervailing power” para legitimar restrições à concorrência em preços entre médicos¹¹, e o conseqüente foco

⁹ Esse texto está disponível em www.oecd.org/dataoecd/7/55/35910986.pdf. A passagem transcrita encontra-se na pg. 222.

¹⁰ Ver relatório conjunto da FTC e DoJ citado na Nota de Rodapé 6, pgs. 101-102. Especificamente sobre efeitos competitivos associados ao poder de monopsonio dos planos de saúde vis-à-vis médicos e hospitais, cf. o Capítulo 6, III, C., do referido relatório.

¹¹ “Moreover, allowing doctors to collectively bargain with the health care plans would open the door to “doctors’ cartels, raising physician fees...” (Prepared Statement Concerning the Quality Health-Care Coalition Act of 1999: Hearing on H.R. 1304 Before the House Comm. on the Judiciary, 106th Cong. 166, 1999. O statement em questão é de Robert Pitofsky, o então Chairman da Federal Trade Commission, e se encontra disponível integralmente no sítio www.ftc.gov/os/1999/06/healthcaretestimony.htm). Um outro indício importante desse ceticismo está no fato de que



no interesse do consumidor final, não é uma peculiaridade da política antitruste norte-americana, conforme se pode perceber da parte geral do documento da OCDE acima mencionado, na qual despontam, essencialmente, as mesmas preocupações que aquelas externadas pela *Chairman* da FTC.^{12,13}

"Fee-setting activities can involve both positive actions (recommended fees) as well as negative actions (forbidding discounting.) These fee-setting activities are rarely consistent with the national goals of broad, accessible health care regimes and often have the effect of a cartel among professionals. Fee-setting activities by health professionals have been subject to competition law enforcement by a number of countries."

*"Representatives of a profession may suggest fees for their members. Fee-setting may occur directly, through published price lists, or indirectly, through mechanisms that prevent discounting. A pro-consumer justification for such a practice is to provide clarity to consumers and to prevent consumers from being overcharged for services. However, common fee setting can be one of the most troublesome activities of health professions."*¹⁴

não há (salvo engano) nos inúmeros pronunciamentos das autoridades norte-americanas acerca do assunto, *qualquer* referência ao *Celler-Kefauver Act* de 1950, ao qual o voto-vista do Conselheiro Furquim faz diversas menções para suportar a hipótese por ele defendida.

¹² A primeira e a última passagens foram tiradas do Sumário Executivo do documento da OCDE mencionado acima. A segunda encontra-se na pg. 47. Um dado (no mínimo curioso) relativo a esse documento da OCDE: na sua pg. 47, faz-se uma referência expressa à condenação pelo CADE, em março de 2002, da COOPANEST-GO pela prática de uniformização de preços.

¹³ Um outro caso digno de menção é o fornecido pela autoridade antitruste australiana, em cujo *"Guide to the Trade Practice Act for the Health Sector"* lê-se a recomendação (pg. 13): "The best approach for a health professional is to **individually** determine the fees to be charged for his or her services. Discussing fee scales with colleagues who compete with you raises the possibility that an agreement or understanding will be reached that fixes, controls or maintains the level of those fee scales. You should also be aware that an agreement or understanding with other professionals to adhere to a recommended fee scale (for example, a fee scale issued by your association) would amount to a price fixing agreement. Individual negotiation with hospitals/health funds over the fee for your services is the only way that will guarantee no breach of the Act. Agreements with colleagues (who compete with you) to collectively negotiate with hospitals/health funds are likely to fix fees and breach the Act. The appointment of a negotiator to act on behalf of you and your colleagues does not remove that risk. If you and your colleagues agree to be bound by the fee scales negotiated by the negotiator then this, in effect, is the same as a collective negotiation. Even if you and your colleagues use a collectively appointed negotiator but decide individually whether to supply your services at the negotiated price, you remain at risk of breaching the Act. In this latter case, it may be argued that the negotiator has set a benchmark level around which the individual's fee scales will be established." (termo em negrito aparece dessa forma no original). O referido documento encontra-se disponível integralmente no sítio www.accc.gov.au/content/item.php?itemId=310588&nodeId=file4234e28672591&fn=Guide%20to%20the%20TPA%20for%20the%20health%20sector.pdf. Para mais exemplos europeus, cf. a referência à decisão da autoridade portuguesa no voto-vista do Conselheiro Cueva, a contribuição da autoridade holandesa ao supracitado relatório da OCDE e ainda, o documento da autoridade irlandesa intitulado *Consultation on Guidance in respect of Collective Negotiations relating to the Setting of Medical Fees*, Jan. 2006. A posição do Office of Fair Trade no Reino Unido é essencialmente a mesma.

¹⁴ Nesse sentido, cf. a seguinte passagem da contribuição dos Estados Unidos ao relatório da OCDE: "The antitrust laws' prohibitions on price fixing bar professional associations from adopting fee schedules, recommending fees, or negotiating fees on behalf of their members. The Agencies vigorously pursue price fixing violations, and in some circumstance such conduct by professionals has prompted criminal prosecution by the Department of Justice. At the



"A number of mediating factors may justify joint fee setting, such as sharing of financial risk in a way that would improve quality of medical care and that does not involve the majority of health practitioners in a geographic area."

13. No Brasil, penso que a situação não pode ser diferente. No plano legal, há várias indicações de que a principal preocupação das autoridades de defesa da concorrência deve ser com o bem-estar do consumidor (ou usuário) final. O Título VII da Lei 8884/94, por exemplo, que trata do controle de atos que possam produzir efeitos anticompetitivos, simplesmente proíbe a aprovação de atos que gerem prejuízos líquidos para o consumidor final (art. 54, §1º, II e §2º). De um ponto de vista mais geral, o art. 1º da lei menciona expressamente o "ditame constitucional" da "defesa dos consumidores" como uma das diretrizes básicas para a sua aplicação. Salvo engano, a visão predominante no plano das decisões do Conselho tem sido igualmente esta, ainda que em certas ocasiões – a meu ver, incorretamente – tenha-se negado, explícita ou implicitamente, a atribuição de um peso diferenciado às perdas dos consumidores finais *vis-à-vis* os ganhos dos produtores ou ofertantes do produto relevante.

14. No que se refere mais especificamente aos acordos restritivos da concorrência em preços, práticas consistentes no exercício de influência no sentido de uma uniformização de preços ou de boicote envolvendo médicos ou associações de médicos, os sinais de que a prática do CADE está alinhada à prática internacional são ainda mais claros – fato que rendeu uma menção ao Brasil no supracitado relatório da OCDE (ver Nota de Rodapé 5 para a referência). Este Conselho vem, há muito tempo, punindo, *sistematicamente*, esses tipos de práticas *independentemente* de maiores indagações a respeito da simetria de poder econômico ou do grau de concentração da oferta e da demanda relativas aos correspondentes serviços (a própria COOPANEST-BA já foi condenada por práticas restritivas dessa natureza, o que torna ainda mais sério o caso concreto¹⁵). Medida segundo os padrões de exigência vigentes nas mais respeitadas jurisdições estrangeiras, essa resistência sistemática ao uso do argumento do "poder de barganha compensatório" é algo que apenas pode ser louvado: *se* for o caso de os médicos individualmente considerados estarem rendidos ao poder de monopsonio dos planos de saúde (algo a se verificar empiricamente e não, se assumir *a priori*), *e se* isso vier a afetar negativamente a quantidade ou qualidade dos serviços prestados para o consumidor final, então o *único* remédio consistente com a legislação antitruste é punir o exercício do poder de monopsonio (enquanto caso particular de exercício de poder de

same time, legitimate concerns about the needs of providers, consumers, and payers for information can be addressed in ways that do not involve price fixing. With appropriate safeguards, professional associations can undertake various activities to provide information about prices to members, consumers, and third party payers, and can also take disciplinary actions against abusive behavior by their members." (pg. 221). Cf. ainda as observações da Comissão Europeia quanto aos problemas associados a restrições à competição em preços nas profissões liberais e a possíveis alternativas que permitam reduzir tais restrições sem eliminar eventuais benefícios a elas associados no que se refere a um maior grau de transparência e difusão de informações para os consumidores finais, no documento "Report on Competition in Professional Services", publicado em fevereiro de 2004 e disponível, na íntegra, no sítio http://europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/final_communication_en.pdf.

¹⁵ Ver PA n.º 08012.007460/97-74, em que COOPANEST-BA e COOPANEST-SE foram condenadas por prática de cartelização. Para dois casos recentes (julgados em 2005) de absolvição, contudo, ver PA n.º 08000.005351/97-42 e PA n.º 08012.003664/2001-92.



mercado), e jamais incentivar, ou pior: reconhecer imunidade, a condutas concertadas por parte dos médicos.

15. Vale a pena ressaltar, nesse contexto, que o CADE, na qualidade de *autoridade de defesa da concorrência* (assim como as autoridades de defesa da concorrência em outras jurisdições), não deve ser concebido como, nem muito menos elevar-se à posição de um “intérprete” da função de bem-estar social que descreve as preferências agregadas da sociedade brasileira, ou então de uma espécie de “fiscal de Pareto”, que decide casos concretos escolhendo a solução Pareto-ótima ou superior de Pareto do – que crê ser o – “ponto de vista da sociedade”. Para isso faltam-lhe não só as informações necessárias para um juízo minimamente esclarecido, mas também, e sobretudo, a legitimação democrática e a competência normativa. Ao CADE cabe aplicar, estritamente, a Lei 8884/94, a qual, no entender majoritário, autoriza *trade-offs* entre o incremento da concorrência entre agentes econômicos, de um lado, e a realização de outros valores que lhe ponham limites, de outro lado, *apenas* na medida em que isso beneficiar o consumidor. Efetivamente, *ao instituir* um órgão cuja competência é defender a concorrência, a “sociedade brasileira” *já fez* a sua opção pela *realização máxima da concorrência* (entendida como rivalidade entre concorrentes), *i.e.*, da maximização da intensidade da rivalidade entre agentes econômicos independentes que atuam no mesmo mercado relevante, sob a *exclusiva* restrição de que não se deixe, com isso, de aproveitar ganhos significativos de eficiência que seriam provavelmente repassados aos consumidores, de preferência no curto-prazo (por exemplo, como se nota na permissão de restrições à concorrência *intramarca* que visem à realização de economias de custos de transação que podem incrementar a concorrência *intermarca*).

II – Análise Jurídico-Antitruste das Colorações entre Concorrentes

(a) Restrições Horizontais “Puras” e Restrições Horizontais “Ancilares”

16. A relativa indiferença quanto à assimetria de poder de barganha no que se refere à avaliação da legalidade da prática da fixação conjunta de preços por parte de profissionais autônomos em geral, e prestadores de serviços médicos (não empregados) em particular, e a primazia conferida à análise custo-benefício tendo em vista o consumidor final, estão incorporadas ao teste utilizado pela FTC para determinar se uma associação entre médicos autônomos deve ou não ser analisada de acordo com a denominada “regra *per se*”. Esse teste está definido nos *statements* enunciados em conjunto pela FTC e o Departamento de Justiça (DoJ) americanos no que toca à sua política de aplicação da legislação antitruste ao setor de saúde¹⁶, mais precisamente, no *Statement* 8, cuja existência foi trazida à atenção deste Conselho pelo voto-vista proferido pelo Conselheiro Cueva. O objetivo do teste, como mencionado, é determinar a regra de análise que governará o exame da legalidade de associações de médicos que realizam, entre outras coisas, negociações coletivas de honorários em nome de seus associados.

¹⁶ O texto completo está disponível no endereço www.ftc.gov/reports/hlth3s.htm#7.



17. É desnecessário repassar neste contexto a maneira como se definem as “zonas de segurança” a que se refere o mencionado teste, ou como este último deve processar-se exatamente diante de uma *joint venture* de médicos, pois isso já foi feito com acuidade pelo Conselheiro Cueva. O que me parece importante destacar, ao invés disso, é o fato de as tais “zonas de segurança” referirem-se não ao caso *geral* dos acordos entre profissionais médicos em sentido amplo, mas sim, ao caso *específico* das *joint ventures*, definidas pelo *Statement 8* como “*physician-controlled ventures in which the network's physician participants collectively agree on prices or price-related terms and jointly market their services*”. Nesse tipo de associação, os acordos entre os participantes no sentido da restrição das suas respectivas liberdades de iniciativa possuem uma finalidade que a transcende e *justifica* enquanto condição “razoavelmente necessária” ao alcance da finalidade em questão, a qual consiste em uma combinação entre *redução de custos individuais e provimento eficiente de serviços médicos*:

“Typically, such networks contract with the plans to provide physician services to plan subscribers at predetermined prices, and the physician participants in the networks agree to controls aimed at containing costs and assuring the appropriate and efficient provision of high quality physician services.” (negrito meus).

18. A limitação do *Statement 8* às associações de médicos que exibam essas características não é casual. Com efeito, dadas a proibição genérica existente no direito norte-americano em relação a acordos de fixação de preços (as únicas exceções são as expressamente previstas em lei, as quais não incluem as associações de profissionais autônomos), e a preocupação daí decorrente de não desincentivar a realização de acordos horizontais que sejam benéficos aos consumidores finais, é fácil compreender que as autoridades procurem orientar os agentes econômicos privados quanto às implicações jurídicas de suas decisões, incentivando aquilo que traz benefícios ao consumidor e desincentivando aquilo que tende a lhe prejudicar. Além dessa razão mais óbvia de estratégia de “advocacia antitruste”, contudo, há uma outra razão que me parece mais sistemática e menos visível: o *Statement 8* nos informa acerca da política da FTC e do DoJ no que toca à análise de associações entre médicos *particularizando*, para essa categoria específica de agentes, a política *geral* seguida pelos mesmos órgãos no exame de *acordos de colaboração entre concorrentes* de qualquer espécie (com exceção dos atos de concentração) – tal como explicitada nos *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*¹⁷. Essa política geral consiste na definição de critérios que determinem a escolha, a partir de *certas características do acordo*, de duas regras de análise estilizadas e distintas em função do que tem que ser *provado* pela autoridade antitruste para a configuração do acordo em questão como ilícito. As regras são: regra *per se* e “regra da razão”¹⁸, e os dois tipos de acordo aos quais correspondem são, respectivamente, (i) acordos cujo

¹⁷ Para referências, ver *supra* a Nota de Rodapé 2.

¹⁸ Regra da razão e regra *per se* são apenas dois pólos de um contínuo de regras de análise que se define em função da quantidade de instrução tratada como necessária pela autoridade para o juízo acerca da licitude da prática que está sendo examinada. A respeito, cf. *The Rule of Reason* (uma publicação da ABA, 1999), pg. 9: “Antitrust scholars and the more recent Supreme Court decisions suggest that, rather than being a dichotomy, the traditional *per se* standard and comprehensive rule of reason analysis are more accurately viewed as representing opposite ends of a single continuum of antitrust analysis measuring the reasonableness of the challenged conduct.” (os itálicos são meus). A questão da “reasonableness”, portanto, refere-se a *ambos* tipos de regras de análise, não só à regra da razão, como



objeto é uma restrição *pura* (“*naked*”) à concorrência, e (ii) acordos que implicam numa restrição horizontal à concorrência que é meramente *ancilar* (“*ancillary*”) à realização de um objeto que é ou pode ser *pró-competitivo* – no sentido específico da geração de eficiências que beneficiem os consumidores.

19. Colaborações entre concorrentes caracterizáveis como “restrições puras à concorrência” são, logo, investigadas segundo a regra *per se*: provada a existência da colaboração e, *prima facie*, o poder de mercado conjunto dos agentes nela envolvidos, está configurado o ilícito; colaborações entre concorrentes que impliquem “restrições ancilares à concorrência”, por sua vez, analisam-se segundo a regra da razão: para que sejam consideradas ilícitas, ter-se-á que provar que as perdas sociais (por exemplo, na forma de preços maiores) superam os ganhos sociais (por exemplo, na forma de custos de produção menores) a elas associados. Em última instância, o que distingue os dois tipos de restrição horizontal é o seguinte: a restrição horizontal pura exige, como condição para a *racionalidade* da sua adoção, que os agentes que a adotam *possuam poder de mercado*, ao passo que, na hipótese da restrição ancilar, sua adoção é racional *inclusive* quando os agentes que a adotam não detêm poder de mercado: a sua justificativa objetiva está na obtenção de ganhos de eficiência que podem traduzir-se em um aumento da quantidade ofertada e/ou um incremento da qualidade de produtos ou serviços.¹⁹

20. Pois bem, é esse, salvo engano, o pano de fundo que explica porquê as “zonas de segurança” indicadas no *Statement 8* referem-se exclusivamente às *joint ventures* entre médicos (tal como ali definidas): é apenas em relação a associações ou colaborações *desse tipo*, que *se faz necessário indagar* se as restrições à concorrência associadas às mesmas são “puras” ou “ancilares”. Para os demais tipos, *i.e.*, as associações ou colaborações que envolvam restrições à concorrência entre os médicos participantes que não sejam tipicamente “*aimed at containing costs and assuring the appropriate and efficient provision of high quality physician services*”, a FTC e o DoJ reservam o rótulo da ilegalidade *per se*, vale dizer: a prova da sua *existência*, aliada à prova *prima facie* do poder de mercado conjunto dos médicos participantes, são suficientes para a sua condenação por violação das leis antitruste.

falsamente se supõe. Ver ainda H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West Group, 1999, pg. 251-252; B. Hawk e N. Denaeijer, *The Development of Articles 81 and 82: Legal Certainty* (mimeo): “Use of the singular ‘rule of reason’ grossly misrepresents the anarchic state of U.S. law (...) Over the years courts, authorities and commentators have formulated ‘quick looks’ and ‘truncated’, ‘structured’, ‘flexible’ and ‘abbreviated’ rules of reason (...) which are a sort of a middle ground between the *per se* rule and a full-blown rule of reason.”

¹⁹ Cf. Hovenkamp, *op. cit.*, pg. 193. É o *postulado da racionalidade*, portanto, que permite que a *prova* da presença de poder de mercado coletivo nos casos de restrição horizontal pura seja uma prova *prima facie*, pois tal presença é *presumida* uma vez verificada a conduta.



(b) A Estrutura Dual do *caput* do art. 20 da Lei 8884/94

21. A idéia de basear a distinção entre restrições horizontais puras e ancilares na necessidade ou não de incluir, entre as suas respectivas condições de racionalidade, a posse de poder de mercado conjunto pelos agentes econômicos que as adotam, deriva de uma leitura teórica do tratamento jurídico de fato conferido pelas cortes norte-americanas às restrições horizontais à concorrência. Traduzida em uma linguagem mais “doutrinária”, tal distinção conceitual poderia ser enunciada nos seguintes termos:

*“a restraint is ‘naked’ if it is formed with the **objectively intended purpose or likely effect** of increasing price or decreasing output in the short run, with output measured by quantity or quality. By contrast, a restraint is ancillary if its **objectively intended purpose or likely effect** is lower prices or increased output.”*²⁰ (negritos meus)

22. Posta assim a distinção, salta aos olhos a surpreendente semelhança estrutural com o texto do *caput* do art. 20 da Lei 8884/94, que define, como é sabido, o conceito jurídico de infração da ordem econômica. Tome-se complementarmente, por exemplo, o disposto no inciso I do referido dispositivo legal:²¹

*“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que **tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”* (negritos meus)

23. Essa semelhança induz uma interpretação do art. 20 que, a meu ver, é a que mais condiz com uma aplicação da lei brasileira que esteja afinada com a teoria antitruste. De acordo com essa interpretação, o *caput* do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica *de maneira dual*: a infração se caracteriza pela presença *seja* (i) do propósito “*objetivamente visado*” de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; *seja, ainda*, (ii) da *elevada probabilidade* de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina o *caráter intencional* da

²⁰ Cf. Hovenkamp, *op. cit.*, pg. 193.

²¹ Um outro exemplo, bem apropriado ao caso concreto, está numa passagem do documento da autoridade irlandesa acerca das negociações coletivas de médicos, mencionado na Nota de Rodapé 13: “The Competition Act forbids all agreements **that have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition** and then specifically proscribes ‘agreement (...) which directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions (...)’”. Examples of agreements in breach of Section 4(1)(a) of the Competition Act would include agreements between doctors that: Fix or constrain the fees that doctors or medical practices will charge for their services; or provide that in the absence of a payor (for instance, private health insurers or hospitals) paying a certain price for their services or agreeing to other terms and conditions of trade, members withhold services. This is known as a collective boycott.” (negritos meus)



busca de um efeito com a conduta; no segundo, o *risco objetivo*, a ela associado, de produção do efeito. No primeiro caso, a infração se aproxima do “crime de mera conduta” do direito penal; no segundo, de atos ilícitos consistentes na produção de danos resultantes do exercício de atividades consideradas “objetivamente arriscadas”, como se observa, tipicamente e por exemplo, no campo do direito ambiental.

24. Nos termos da lei brasileira, portanto, uma infração da ordem econômica ocorrerá provando-se uma coisa *ou* outra, vale dizer: *ou* que o propósito “objetivamente visado” pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos incisos I a IV do art. 20; *ou então*, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em *ambos* os casos, o art. 20 é explícito ao dispor que a *efetiva obtenção* do efeito é irrelevante para a caracterização da infração (a não ser, obviamente, que se *prove* que o efeito ilícito foi de fato obtido).²²

25. A exigência de que o propósito visado pelo agente com a sua conduta, *i.e.*, a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20, o seja de uma “maneira objetiva”, dá conta da objeção de que, para a existência da infração, a obtenção do efeito pelo agente, por meio da sua conduta, deve ser “possível”. Essa objeção é procedente, mas absolutamente trivial, quando aquilo que se pretende com ela é reafirmar, também para o direito antitruste, a máxima de que não se punem os ilícitos impossíveis (assim como, por exemplo, não existe homicídio quando alguém dispara uma arma de fogo contra um indivíduo que já estava morto). A objeção deixa de ser trivial, *mas passa a ser improcedente*, quando o que se pretende com ela é sustentar a posição de que uma conduta *apenas* viola o art. 20 se for elevada a probabilidade de que produzirá um dos efeitos ali listados. A improcedência está em que a objeção ignora a estrutura dual do *caput* do art. 20, e assimila um tipo de “possibilidade” ao outro. A “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta que “tenha por objeto” a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade em “sentido fraco”, vale dizer, no sentido da *exclusão da impossibilidade* (ou do “crime impossível” tal como definido no art. 17 do Código Penal²³); já a “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta “que possa produzir” um desses efeitos é uma possibilidade em *outro* sentido, a saber, o “sentido forte” da *elevada probabilidade objetiva* ou do *elevado risco* de que, uma vez praticada a conduta, produzir-se-á o efeito.

III – Aplicações ao Caso Concreto

26. A meu ver, essa sequência de observações é fundamental para a análise do caso concreto. Em se tratando, sobretudo, de acordos envolvendo concorrentes, a prova da presença do elemento de intencionalidade é *decisiva* para determinar *o que restaria a ser provado* para a condenação das Representadas. De fato, há aqui três hipóteses a considerar: (i) caso a intenção dos participantes

²² Para uma importante implicação dessa ressalva, ver Nota de Rodapé 31.

²³ “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”



no acordo no sentido de obterem um dos efeitos do art. 20 tenha sido provada, resta à autoridade provar que a obtenção do efeito a partir do acordo *não é impossível*, ônus esse que é satisfeito, tradicionalmente, com a prova *prima facie* de que tais participantes detêm, em conjunto, poder de mercado; (ii) caso contrário, a autoridade deve provar a intenção *preliminarmente*, ônus esse que é satisfeito com a prova de que se está diante de uma restrição horizontal pura e não ancilar, *i.e.*, de uma restrição horizontal que não é “razoavelmente necessária” para a implementação de uma colaboração eficiente; (iii) enfim, caso a própria existência do acordo tenha que ser provada, restará à autoridade o caminho de uma combinação entre análise de risco e presunção do acordo a partir de características estruturais do mercado e do comportamento dos agentes envolvidos (os chamados “*plus factors*” do direito americano). No caso concreto, a existência de acordos (entre cooperados, quanto ao funcionamento da COOPANEST e da GPA, e entre cooperativas, quanto ao envio, por ambas, de cartas a entidades filiadas ao CIEFAS) parece-me devidamente provada, com o que a análise subsequente ocupar-se-á, essencialmente, da questão acerca do “objeto” das condutas investigadas.

(a) COOPANEST e GPA como Colaborações entre Concorrentes

27. Um mérito incontestado do voto-vista do Conselheiro Cueva está em ter direcionado a atenção deste Conselho para o próprio *funcionamento* da COOPANEST e da GPA *enquanto associações entre concorrentes*. Com isso, foi possível colocar a questão a respeito da licitude das restrições à concorrência entre os médicos cooperados em bases muito mais sólidas que aquelas relativas à discussão sobre imposição ou não imposição de tabelas de preços. Efetivamente, uma das coisas que estão em jogo no caso concreto é se a prática de negociação conjunta de preços por parte dos médicos associados é ou não uma restrição horizontal *pura*. Nesse contexto, a discussão acerca do caráter impositivo das tabelas de preços utilizadas no âmbito dessas negociações é totalmente secundária, pois à lei basta o exercício de influência no sentido de que a dispersão desses preços seja artificialmente reduzida como decorrência desse exercício (ver, por exemplo, o art. 21, II). O ponto fundamental, como corretamente percebido pelo Conselheiro Cueva, é se tais práticas de negociação coletiva estão ou não a serviço de uma cooperação entre anestesiológicos cujo objeto é melhorar a qualidade ou reduzir os custos dos serviços prestados pela associação por meio dos seus participantes.

28. Nesse sentido, o Conselheiro Cueva realizou instrução complementar a fim de verificar, pautado pelas diretrizes contidas no *Statement 8*, a natureza econômica dessas duas associações. Quanto à COOPANEST, a conclusão do Conselheiro Cueva após a instrução complementar está transcrita abaixo:

“Em vista dessas informações [respostas ao Ofício 2561/2005], 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 conclusão foi distinta quanto à GPA:

“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.”

29. Coerentemente, o Conselheiro Cueva decidiu pela não condenação da GPA. No que se refere à COOPANEST, o juízo foi pela condenação da prática, apoiando-se, adicionalmente, no fato de tal cooperativa alcançar um percentual expressivo dos anestesiológicos no Estado da Bahia, ou seja, na linguagem sugerida na **Parte II** do presente voto-vista, na comprovação *prima facie* do poder de mercado conjunto detido pelos participantes da COOPANEST. Somado ao caráter não ancilar da restrição horizontal representada pela adoção da prática de negociação de preços em nome dos cooperados, isso poderia ser, de fato, considerado como suficiente para a prova de que a conduta em questão teria por objeto a produção do efeito descrito no art. 20 da Lei 8884/94, e que a obtenção desse efeito não seria impossível – supondo-se, evidentemente, que as premissas do argumento são verdadeiras.

30. No seu voto-vogal, a Exma. Presidente do CADE contestou a validade dessa suposição. Sem questionar, a meu ver, a lógica do argumento do Conselheiro Cueva, o voto-vogal volta-se *tanto* contra a proposição de que o funcionamento da COOPANEST permitiria que se caracterizassem seus esforços de negociação em nome dos médicos cooperados enquanto restrições horizontais puras, *como também*, contra a proposição de que a obtenção do efeito alegadamente visado com essa prática seria possível.

31. Em relação à natureza da restrição horizontal, a Sra. Presidente apresentou, basicamente, dois argumentos. O *primeiro* deles detecta na constituição e no funcionamento da COOPANEST uma racionalidade consistente na redução de custos de transação, redução essa que ocorreria de duas formas: (i) pela redução do número de contratos de prestação de serviços de anestesiologia com planos de saúde (associação vs. médicos isoladamente considerados), e (ii) pela constituição de um setor especializado na análise de glosas ou não pagamento de faturas (“na medida em que um setor especializado acumula informação sobre o comportamento e os critérios de interpretação dos contratos das diversas entidades conveniadas”). O *segundo* argumento identifica dispositivos nos estatutos da COOPANEST que indicariam a presença de efetivo compartilhamento de riscos financeiros. A conclusão seria que, nos termos dos critérios propostos pelo Conselheiro Cueva, a existência da COOPANEST justificaria, como uma restrição horizontal a ela ancilar, a prática da negociação conjunta de preços por parte dos médicos dela participantes. Vejamos cada um destes argumentos separadamente.

32. O argumento relativo à economia de custos de transação, apesar de internamente consistente, não deveria contar no caso concreto. A razão é que esse argumento vale para *qualquer* caso em que um determinado conjunto de concorrentes se une para negociar coletivamente os preços dos seus produtos. De fato, sejam p e q dois inteiros positivos, $p, q \neq 1$, denotando, respectivamente, o número de vendedores e compradores de um produto x . Supondo-se que todos os vendedores de



x negociam com todos os compradores, o número total de negociações é pq , que será *sempre e necessariamente* maior que p e q , vale dizer, o número total de negociações existentes caso *ou* os vendedores, *ou* os compradores, negociem coletivamente seus respectivos contratos. Em suma, a primeira parte do argumento não deveria contar, pois, se contasse, serviria para legitimar toda e qualquer hipótese de negociação conjunta de preços por parte de agentes concorrentes. O mesmo vale para a segunda parte do argumento: todo grupo de concorrentes que se organiza sob a forma de uma agência de negociação de preços e análise e cobrança de créditos é “eficiente” no sentido do argumento.

33. Quanto a este ponto, vale ainda mencionar que diversas autoridades antitruste estrangeiras sugerem o “modelo do mensageiro” como solução alternativa e lícita para o problema dos custos envolvidos na negociação entre médicos e planos de saúde²⁴, o qual se caracteriza pela existência de um intermediário independente cuja função é transmitir informação do plano ao médico e vice versa, individualmente, sem funcionar enquanto agente que negocia coletivamente em nome dos médicos. Uma ilustração de desenho para o modelo do mensageiro encontra-se no “*Consultation on Guidance in respect of Collective Negotiations relating to the Setting of Medical Fees*”, da autoridade irlandesa.²⁵

*“In its simplest form [the messenger model, LFS] involves doctors engaging a third party called the messenger. This messenger obtains from each participating doctor – individually – information regarding the level of fees the doctor will accept from the private health insurer. The messenger will convey to the private health insurer the information obtained individually from the doctors about the prices or price-related terms that the doctors are willing to accept. The private health insurer will issue its contract presetting the fees for medical procedures that consultants agree on an individual basis with individual health insurers (“Schedule of Benefits”) and communicate this to the messenger. The messenger will pass the Schedule to the doctors or sometimes be permitted to contract on behalf of individual doctors. Doctors individually decide whether to participate or not in the Schedule of Benefits. If uptake is low, the private health insurer may decide to republish its Schedule at a higher level. **The messenger does not negotiate fees for the providers nor do the doctors collectively develop a fee schedule for the private health insurers.** The messenger does not refuse to pass on offers from private health insurers nor does the messenger reject offers out of hand from the private health insurer. The messenger does not tell the private health insurer what to offer or express an opinion about particular offers. However, the messenger may show the private health insurer factual information about the providers who have agreed to contract at different price levels. **The messenger is not permitted to tell doctors how to set their fees or whether they should or should not accept a private health insurer’s offer. There is no sharing of fee information or contracting decisions by the messenger among the various doctors. The messenger does not tell doctor A about doctor B’s fee levels. All of the communications between the messenger and the doctors remain confidential.**”, pg. 23 (negritos meus)*

²⁴ Este modelo tem sido discutido intensamente, com maior ou menor ceticismo, por diversas autoridades antitruste. Para os Estados Unidos, ver o relatório conjunto da FTC e do DoJ citado à Nota de Rodapé 6, em especial, Capítulo 2, III, B., b).

²⁵ Disponível, por link, em www.ica.ie.



34. No item 37. de seu voto-vogal, a Sra. Presidente apresenta o argumento que, em sua opinião, bastaria para caracterizar a presença de efetivo compartilhamento de riscos financeiros no âmbito da COOPANEST:

“Os estatutos da COOPANEST-BA prevêm a manutenção de um fundo de reserva e outro destinado a promover a assistência técnica, educacional e social entre os cooperados. Evidencia-se assim, que os cooperados têm um patrimônio comum, constituído pelos fundos e ativos alocados [na] prestação de serviços, como a contratação, a cobrança pelos serviços prestados e o repasse dos valores aos cooperados.”

35. As questões que se colocam diante desse argumento são as seguintes: (i) se isso é *suficiente*, i.e., pode contar como compartilhamento de riscos financeiros para os fins da aplicação do teste sugerido pelas autoridades norte-americanas; e (ii) se o que dizem os estatutos da COOPANEST *de fato* ocorre (e ainda, em caso positivo, se o funcionamento apropriado do referido mecanismo demandaria, como condição “razoavelmente necessária”, a negociação conjunta de preços pelos médicos).

36. O *Statement 8* autoriza a negociação conjunta de preços por parte de associações de médicos em duas hipóteses, basicamente. A primeira é quando tal negociação é necessária para viabilizar uma “integração clínica” entre médicos que é geradora de eficiências, algo que, a toda evidência, não se observa no caso da COOPANEST. A segunda ocorre se a negociação em conjunto está a serviço de um “compartilhamento de riscos financeiros *substanciais*” (“*substantial financial risk sharing*”) – i.e., daquilo que ali denomina-se “integração econômica” – pelos associados. Vale transcrever a passagem pertinente do comunicado conjunto da FTC e do DoJ para a clarificação do que isso significa:

*“To qualify for either antitrust safety zone, the participants in a physician network joint venture must share **substantial financial risk in providing all the services that are jointly priced through the network**. The safety zones are limited to networks involving substantial financial risk sharing **not because such risk sharing is a desired end in itself, but because it normally is a clear and reliable indicator that a physician network involves sufficient integration by its physician participants to achieve significant efficiencies**. Risk sharing provides incentives for the physicians to cooperate in controlling costs and improving quality by managing the provision of services by network physicians.”*

Com a devida vênia, parece-me que o sentido objetivo do dispositivo retirado dos estatutos da COOPANEST e transcrito acima está muito longe de corresponder a um conjunto de práticas coletivas que satisfaçam o teste em questão. Da resposta da COOPANEST ao Ofício 2561/2005 encaminhado pelo Conselheiro Cueva no âmbito da instrução complementar (particularmente, a questão 3), evidencia-se que a tal “promoção de assistência técnica, educacional e social entre os cooperados” se resume ao patrocínio de Jornadas e Congressos de Anestesiologia e à impressão de material de divulgação. Além disso, pode-se claramente inferir da mencionada resposta que o grau de integração entre os cooperados na prestação dos serviços negociados por intermédio da



cooperativa é virtualmente nulo: a participação desta última limita-se à negociação de preços e à cobrança em nome dos cooperados:

“(...) a COOPANEST-BA não é possuidora de bens imóveis, nem de estabelecimento especializado para utilização dos cooperados, uma vez que os anestesiológicos por força de sua própria especialidade são prestadores de serviços a terceiros integrando as equipes cirúrgicas quando para elas são solicitados, portanto trabalhando nos diversos hospitais e clínicas. Contudo, na sede da COOPANEST-BA trabalham 20 funcionários, empregados da COOPANEST-BA, que não são médicos e que executam os serviços de faturamento para os cooperados dos seus atos cooperativos praticados.” (fls. 1872).

37. Ainda que se considerasse que o texto retirado dos estatutos da COOPANEST serviria como indicador de um “compartilhamento de riscos financeiros substanciais” no exato sentido exigido para se presumir que a prática da negociação coletiva de preços é ancilar e não pura, a *prova* de que o referido “compartilhamento de riscos substanciais” de fato se dá no caso concreto requer dados empíricos. Esses, porém, não se acham nos autos. Ao contrário, da resposta apresentada pela Representada ao Ofício 2561/2005, percebe-se que tal compartilhamento não existe. Na resposta à questão acerca do montante das sobras líquidas, fica claro que o aludido “patrimônio comum, constituído pelos fundos e ativos alocados na prestação de serviços”, não funciona como suposto pelo voto-vogal:

“Os montantes das sobras líquidas tem pequenos valores, já que a COOPANEST-BA trabalha mediante contribuições dos cooperados bastante enxutas, e estas sobras vêm sendo incorporadas para atualização do seu parque de informática, conforme as Atas das Assembléias Gerais Ordinárias.” (fls. 1870) (negritos meus)

38. Os elementos de prova constantes dos autos indicam que a COOPANEST é uma *associação entre concorrentes cujo principal propósito é servir de agência de negociação coletiva de preços e de cobrança em nome dos seus associados*. Nesse sentido, deve-se considerar as suas práticas de negociação enquanto *restrições horizontais puras*, vale dizer, condutas que “têm por objeto” – nesse caso concreto – “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

39. Tratando-se de infração dessa espécie, *i.e.*, que se caracteriza pelo *objeto*, restaria por último verificar se estamos diante de uma “infração possível” *em sentido fraco*, vale dizer, no sentido da “exclusão da impossibilidade” da produção de algum dos efeitos elencados no inciso I do art. 20 como decorrência das mencionadas práticas. Como antecipado nos itens 25-26. *supra*, isso se faz mediante uma análise *prima facie* do poder de mercado detido conjuntamente pelos participantes da prática restritiva. Nos votos-vista dos Conselheiros Cueva e Rigato, tal análise se esgota com a constatação de que a COOPANEST agrega um percentual expressivo dos anestesiológicos do Estado da Bahia (independentemente do registro a que se recorra para coleta das informações²⁶).

²⁶ Segundo o CRM-BA, seriam 68,5%, e segundo a Sociedade de Anestesia da Bahia, 56% do total.



O voto-vogal, por sua vez, contesta essa medida, podendo-se supor que vai mais além e conclui, à luz de certos fatos relatados nos autos, que a Representada não teria “capacidade material para infringir a ordem econômica”.²⁷

40. A meu ver, a posição adotada pela Sra. Presidente em seu voto-vogal não deveria prevalecer. A razão é que essa posição faz corresponder à Administração um ônus de prova que, dado o *tipo* da infração investigada, *não é exigido pela lei*. De fato, ante uma conduta que “tem por objeto” a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20 da Lei 8884/94, é não só perfeitamente admissível, mas inclusive, recomendável por motivo de economia processual que a autoridade se dê por satisfeita com um exame *prima facie* (ou como dizem os americanos, “um olhar ligeiro”) sobre a questão do poder de mercado, *exclusivamente* para fins de *exclusão da impossibilidade* da obtenção do efeito visado pelos agentes envolvidos. Nesse sentido, e diferentemente do que se supõe no voto-vogal, *esse* ônus de prova, qual seja, o de mostrar que *não é impossível* a obtenção pela COOPANEST do efeito ilícito como decorrência da sua conduta, foi integralmente satisfeito na fase de instrução.

41. Efetivamente, (i) recorrer à medida “percentual de médicos da mesma especialidade em uma determinada localidade que participam – mesmo em regime de “multimilitância” ou ausência de exclusividade – da associação investigada” é *prática corrente nas demais jurisdições*. Os órgãos norte-americanos, por exemplo, fazem isso sistematicamente, inclusive nos seus comunicados²⁸; (ii) as *fontes de informação disponíveis* indicam que, no caso da COOPANEST, esse percentual é, no mínimo, de 56% para o Estado da Bahia; (iii) não existe razão para supor, *a priori*, que essa medida conduza *necessariamente* a uma superestimativa *no tocante à realização da finalidade a que se propõe o seu uso*. Ainda que se admita que *esse percentual* esteja superestimado, não me parece implausível supor, por exemplo, que em um mercado relevante *perfeitamente* delimitado, onde se leve em consideração sua dimensão *local*, as diferenças de qualidade, reputação e acesso aos grandes hospitais, existentes entre médicos²⁹, etc., o poder de mercado detido conjuntamente pelos participantes da COOPANEST seja *ainda maior* que o indicado pelo percentual constante dos registros disponíveis; e (iv) por mais superestimada que esteja, custa crer que a participação

²⁷ Trata-se de suposição e não de certeza, uma vez que a conclusão a respeito da “falta de capacidade material para infringir a ordem econômica” refere-se à conduta concertada entre COOPANEST e GPA analisada na letra (b) *infra*. A justificativa para a suposição está em que, se a COOPANEST, *juntamente* com a GPA, não detêm a mencionada capacidade material, então, aparentemente, não deveríamos esperar que a COOPANEST, agindo de maneira isolada, a detivesse.

²⁸ Para um resumo dos – mais de vinte – casos investigados nos últimos anos pela FTC, onde se nota o uso extenso e pacífico dessa medida como prova de poder de mercado coletivo detido por médicos em uma dada localidade, ver *Overview of FTC Antitrust Actions in Health Care Services and Products*, 2005, Seção II, C. O texto está disponível em www.ftc.gov/oc/0510hcupdate.pdf.

²⁹ Ver a respeito o item 48. *infra*. É interessante observar que, na maioria dos casos de barganha coletiva da parte de médicos – sistematicamente – reprimidos pela FTC, está-se diante de médicos atuantes em pequenas localidades, em boa parte dos casos, em um *único hospital*. Para vários exemplos relativamente recentes, ver o documento citado na Nota de Rodapé 27. Isso se reflete na indicação contida no *Statement 8* de que o percentual de médicos associados a uma dada *joint venture*, para fins de sua inclusão ou exclusão nas “zonas de segurança” ali delimitadas, refira-se aos médicos “with hospital staff privileges”.



de mercado detida em conjunto pelos participantes da COOPANEST seja inferior aos 20% que a lei brasileira *determina* seja tratado como *suficiente* para a presunção da existência de poder de mercado.

42. Por essas razões, acompanho o voto do Conselheiro Cueva no que se refere à **condenação** da COOPANEST por prática de infração da ordem econômica, precisamente, do art. 20, I c/c art. 21, II, da Lei 8884/94, inclusive quanto ao reconhecimento da reincidência, ao valor da multa e às demais obrigações cominadas.

43. No que se refere à GPA, entendo que os argumentos apresentados pelo Conselheiro Cueva e pela Sra. Presidente são suficientes para fundamentar uma decisão do Conselho no sentido da sua **não condenação** pela prática investigada nesta **Parte II**, qual seja, a negociação coletiva, em nome de seus cooperados e com as entidades filiadas ao CIEFAS, de preços relativos à prestação de serviços de anestesiologia.

(b) O Comportamento Concertado Envolvendo a COOPANEST e a GPA

44. Argumentos similares valem para se concluir que *infringe a legislação antitruste brasileira* a ação concertada, por COOPANEST e GPA, visando à suspensão do atendimento a beneficiários dos planos de assistência à saúde oferecidos pelas entidades filiadas ao CIEFAS na hipótese da não concessão, por este, de reajustes nos preços dos serviços médicos de anestesiologia prestados por tais cooperativas por meio dos seus cooperados. A existência das cartas encaminhadas, “em modelo padrão”, para entidades filiadas ao CIEFAS no sentido da suspensão “do atendimento de 240.000 usuários” dos correspondentes planos de saúde, aliado ao fato de que se trata do mesmo conjunto de médicos participantes em ambas as associações, é prova contundente de que houve a combinação. Essa prova é contundente também para o convencimento de que *o único propósito* da referida combinação está no *exercício conjunto de estratégia para elevar os preços* relativos à prestação dos serviços de anestesiologia a serem cobrados pelas Representadas das mencionadas entidades.

45. Novamente, está-se diante de uma conduta que *tem por objeto* a obtenção de um efeito que a lei brasileira trata como ilícito, qual seja, a restrição à concorrência como parte de uma estratégia concertada para aumentar preços em detrimento dos consumidores, no caso, os beneficiários dos planos de saúde comercializados pelas entidades filiadas ao Representante. Não há como ignorar as provas de que consumidores foram *de fato* lesados pela prática adotada coordenadamente pela COOPANEST e a GPA:

“Os reflexos desta ação coordenada entre COOPANEST-BA e a GPA puderam ser observados pela paralisação da prestação de serviços de anestesiologia por algumas compradoras destes serviços (hospitais e clínicas credenciados aos planos de saúde) e também pela cobrança deste serviço prestado diretamente do consumidor. Este último pode ser comprovado pelas ações dos consumidores junto aos Juizados Especiais Civil de Defesa do Consumidor pleiteando, dos planos de



saúde, o ressarcimento do valor total pago pelo serviço de anestesiologia (fls. 953 a 966).” (voto do Conselheiro Rigato)

O efeito danoso é assim descrito pelo Jornal “A Tarde”, de Salvador, de 03 de setembro de 2001:

“A situação tem causado impacto no usuário, uma vez que os acordos para os diversos procedimentos nesta área estão sendo realizados diretamente com o médico, que cobra o preço reivindicado [pela cooperativa] às operadoras. Os planos de autogestão, entretanto, só reembolsam o valor da tabela, sem reajuste. O jornalista Luciano Aguiar passou por situação semelhante. Teve que se submeter a uma cirurgia de urgência (...), cujo procedimento referente à anestesia custou-lhe R\$690, segundo a tabela da Coopanest, mas a Cassi só lhe reembolsará R\$414.” (fls. 304) (negritos meus)

Esse tipo de dano ao consumidor está expressamente contemplado no relatório da FTC e do DoJ (pg. 103).³⁰

*“The Agencies have consistently opposed the creation of antitrust exemptions for physician collective bargaining. In congressional testimony, the Agencies have identified various ways in which physician collective bargaining likely will harm consumers and other participants in the health care system. These harms include: (i) consumers and employers facing higher prices for health insurance coverage; (ii) **consumers facing higher out-of-pocket expenses as copayments and other unreimbursed expenses increase**; (iii) consumers receiving reduced benefits as costs increase; (iv) senior citizens participating in Medicare HMOs receiving reduced benefits; (v) the federal government paying more for health coverage for its employees; (vi) state and local governments incurring higher costs to provide health benefits to their employees; (vii) state Medicaid programs incurring higher costs to provide health benefits, forcing them to increase taxes, cut benefits, or reduce the number of beneficiaries; and (viii) the number of uninsured increasing due to more costly health insurance. The balance of this section focuses on the impact of physician collective bargaining on cost and quality.”* (negritos meus)

46. Esses aumentos nos preços documentados nos autos são pontuais e afetam um conjunto bem delimitado de consumidores finais. Não obstante, são suficientes para refutar a proposição de que a ação concertada adotada pela COOPANEST e a GPA não “seria materialmente capaz” de gerar efeitos de natureza anticompetitiva: os efeitos estão aí, *produzidos como decorrência do boicote decidido conjuntamente pelas Representadas*. Não se trata somente, portanto, de um prejuízo que resulta de uma rescisão contratual, pura e simplesmente. Os efeitos observados provavelmente não teriam ocorrido se os médicos associados não tivessem agido *de uma forma concertada*. Não teria havido problema antitruste se um ou mais médicos, insatisfeitos com os valores recebidos do plano de saúde, decidissem, *individualmente, i.e., sem coordenação*, pela rescisão contratual, mesmo que isso implicasse em prejuízo a algum usuário do plano. O problema reside no caráter *concertado* da decisão, cuja *racionalidade* pressupõe a expectativa, por parte dos envolvidos, de



obtenção do objetivo visado, a saber: o aumento dos preços associados aos respectivos serviços. O ponto decisivo é que, sem a coordenação, provavelmente nenhum médico teria rescindido seu contrato com o plano, pois a existência de um outro médico capaz de substituí-lo na prestação do serviço teria frustrado o resultado desejado. Assim como os demais consumidores, o Sr. Luciano Aguiar foi lesado porque, *no hospital em que escolheu realizar a sua cirurgia* (se é que teve uma escolha), possivelmente todos ou quase todos os anestesistas participantes em equipes médicas autorizadas a ali realizar cirurgias já tinham decidido, conjuntamente, suspender o atendimento aos beneficiários do seu plano de assistência à saúde, de acordo com os termos e as condições anteriormente vigentes.³¹

47. Deve-se ter presente, além disso, que não há, na legislação brasileira, qualquer restrição em relação à “sustentabilidade” do efeito anticompetitivo como condição para o reconhecimento do caráter ilícito da conduta que o gerou³². A suposição de que o prejuízo ao consumidor deveria ser sustentável para ser juridicamente relevante, não encontra, a meu ver, suporte legal. E ainda que encontrasse: (i) o art. 20 diz expressamente que a obtenção dos efeitos a que se referem os seus incisos é irrelevante para caracterização da infração; (ii) em se tratando de conduta que tenha por objeto a obtenção de efeito dessa natureza, basta a constatação *prima facie* da presença de poder de mercado – o que foi feito validamente no caso concreto pela SDE, que se valeu de medida pacificamente utilizada nas jurisdições mais renomadas; e (iii) diante das provas constantes dos autos, parece-me completamente inverossímil a hipótese de que uma produção sustentável de prejuízos aos beneficiários dos planos, resultante da estratégia das Representadas que consiste na combinação entre *negociação coletiva de preços e ameaças coletivas de rescisões contratuais*, possa descartar-se como impossível.³³

48. Em relatório preparado pela CASSI no âmbito da ação judicial contra ela movida pelo Sr. João Ramalho Soares Filho (fls. 353), que visava ao reembolso de valor pago aos anestesistas em cirurgia realizada no Hospital Santo Amaro, menciona-se os “*grandes hospitais*”, certamente da

³¹ Talvez a idéia possa ser colocada da seguinte maneira: *dado* o efeito lesivo resultante da conduta concertada, *deve haver um* mercado relevante no qual os participantes da conduta detenham poder de mercado e o exercício de poder de mercado por parte dos mesmos seja possível; do contrário, tratar-se-ia de um comportamento irracional. É nesse sentido que os norte-americanos, a começar pela Suprema Corte, entendem que “proof of detrimental effects (...) can obviate the need for inquiry into market power, which is but a surrogate for detrimental effects.” (*FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 1986).

³² Imagine-se o seguinte caso extremo: um órgão público tem que licitar diariamente a aquisição de um determinado produto. Por alguma circunstância, no dia *d*, das 100 empresas capazes de participar da licitação, apenas 3 enviam as suas propostas. No dia *d+1*, descobre-se que essas três participantes agiram em conluio no sentido de uma elevação artificial dos preços de venda do produto em questão para o órgão licitante. Alguém diria que a conduta não infringe o art. 20 da Lei 8884/94 uma vez que os seus efeitos lesivos limitaram-se às compras realizadas num único dia e não seriam sustentáveis no dia seguinte?

³³ Para outro exemplo limite: imagine-se que *todos* ou uma quantidade significativa de usuários dos planos de saúde comercializados por entidades filiadas ao CIEFAS tivessem necessitado de atendimento cirúrgico durante o período em que ocorreram as recusas de atendimento aos preços anteriormente negociados, e pergunte-se acerca do impacto esperado sobre o excedente do consumidor que resultaria da cobrança de preços aproximadamente 67%(!) maiores pelos anestesistas.



capital, “dominados” por profissionais da GPA e da COOPANEST. Em apresentação da mesma CASSI juntada aos autos, lê-se no conjunto de lâminas com título “A Atuação das Cooperativas e Sociedades Simples de Anestesistas no Mercado Relevante de Salvador”, várias afirmações no sentido de que os anestesistas da COOPANEST “controlariam” grandes hospitais em Salvador: a “COOPANEST mantém contrato com a grande maioria da rede hospitalar privada, *garantindo exclusividade junto as mesmas (sic) quanto à utilização, por parte de seus cooperados, dos respectivos equipamentos necessários aos procedimentos anestésicos.*” (fls. 1604). Quanto à GABA, suposta concorrente da COOPANEST mas cujos sócios são à esta última cooperados, afirma a CASSI que atuaria “com exclusividade no Hospital Jorge Valente” e que tais médicos, “a fim de que possam atuar em outros hospitais, seguem diretrizes” fixadas pela COOPANEST. (fls. 1605). Às mesmas fls. 1605, diz-se do Grupo São Rafael de Anestesia, cujos sócios seriam igualmente, em sua totalidade, ligados à COOPANEST, que “atua exclusivamente no Hospital São Rafael, ora firmando contratos diretamente com os usuários, ora ‘prestando serviços’ à COOPANEST.” Por fim, quanto à COOPAMED e à COPERSAÚDE, afirma o documento da CASSI que “cerca de 50% (...) dos anestesistas filiados a ambas cooperativas são igualmente filiados à COOPANEST, para que possam atuar em hospitais privados.”³⁴ Salvo engano meu, nenhuma dessas afirmações foi expressamente rejeitada pelas Representadas no âmbito deste processo administrativo.

49. E ao que consta, nem poderiam ser. Em pesquisa realizada junto ao cadastro do Ministério da Saúde, observou-se que, do total dos anestesistas cadastrados como profissionais dos 5 maiores hospitais gerais privados da cidade de Salvador (hospitais que respondem por quase 65% do total de leitos dos hospitais gerais privados desse município), aproximadamente 68% são profissionais membros da COOPANEST.

(c) Uma Referência à Participação das Pessoas Físicas nas Infrações Verificadas

50. A constatação de que uma dada conduta infringe o art. 20 da Lei 8884/94 por “ter por objeto” a obtenção de um dos efeitos elencados nos seus incisos, implica, necessariamente, a presença de um “elemento de intencionalidade” no conjunto das ações de que se compõe a conduta infrativa. Diferentemente do que se passa com os comportamentos que violam a lei por incorporarem uma elevada probabilidade objetiva (*i.e.*, um elevado risco) de produção desses efeitos, a conduta que tem por objeto a produção de um efeito é sempre uma conduta que é *pretendida* por alguém, vale dizer, uma conduta cuja ilicitude pressupõe que aquele que a cometeu agiu *dolosamente*. Ainda que a idéia de um propósito “objetivamente visado”, *i.e.*, de um “*objectively intended purpose*”, desloque a tarefa probatória, da inescrutável subjetividade do indivíduo concreto, para o terreno objetivamente controlável das condições que justificam as decisões de agentes racionais, o fato é que “ter algo por objeto” é um estado relativo, primariamente, a uma ou mais *pessoas físicas*. Em outras palavras, concluindo-se nesses casos pela condenação da pessoa jurídica, o próprio *tipo* da infração *faz pressupor* a participação de pessoas físicas cuja *vontade* tenha *determinado* as ações da pessoa jurídica.

³⁴ Os negritos são meus.



51. No presente caso, algumas pessoas físicas comparecem na qualidade de Representadas, mas nem nos pareceres técnicos, nem tampouco nos votos que se manifestaram pela condenação das cooperativas, cogita-se, seriamente, condenar alguma delas. *Em vista das provas constantes dos autos*, penso que a conclusão não pode ser diferente. Não obstante, creio ser importante registrar-se o pedido à SDE de que, em futuros casos semelhantes, nos quais a caracterização da infração pressuponha a existência de intencionalidade na adoção do comportamento que a produziu, a identificação das pessoas físicas efetivamente responsáveis pela tomada das decisões relevantes seja minuciosamente realizada.

IV – Conclusão

52. No relatório conjunto apresentado em 2004 sobre o tema da concorrência no setor de saúde, FTC e DoJ afirmam, no sumário do capítulo que trata das questões relativas à competição entre médicos, que ambas agências estão “*committed to vigorous price and non-price competition and not to any particular model for delivering health care.*” Conforme anteriormente ressaltado neste voto, a posição a adotar pelo CADE não deve – e não pode – ser diferente. O que está em jogo no caso em julgamento e em casos similares não é a concepção particular de cada Conselheiro ou mesmo deste Conselho a respeito do modelo ótimo para o relacionamento entre médicos e planos de saúde no Brasil, e sim, como deve posicionar-se um órgão de *defesa da concorrência* diante de condutas *cujo objetivo é aumentar preços via restrição à concorrência* entre anestesiológicos no Estado da Bahia.

53. As referências à política e à prática internacionais relacionadas a esse assunto parecem não deixar dúvidas de que as condutas investigadas neste processo administrativo seriam proibidas e punidas em todas as jurisdições com tradição em antitruste. No Brasil, um desfecho diferente não se justifica, dado que:

(i) a lei brasileira *não concede imunidade* a quaisquer associações de profissionais;

(ii) o argumento do “poder de barganha compensatório” não vale enquanto defesa diante de condutas concertadas, *inclusive* nos casos em que os envolvidos vejam-se confrontados com um poder de monopólio;³⁵

³⁵ Note-se que, no caso concreto, não há indicação de que tal poder de monopólio exista, pois essa verificação exigiria uma análise da concentração da demanda *total* por serviços de anestesia em uma localidade definida como dimensão geográfica do mercado relevante, e não apenas, da demanda pelos referidos serviços da parte de entidades filiadas ao CIEFAS.



(iii) as condutas investigadas *tiveram por objeto* a produção de efeitos definidos na lei como ilícitos;

(iv) não há como se afirmar a *impossibilidade* de que os referidos efeitos fossem alcançados como decorrência das condutas; e

(v) mais ainda, há indícios de que reduções no bem-estar dos consumidores ocorreram *como resultado* das mesmas condutas.

54. Por fim, vale a seguinte consideração de ordem geral. Uma decisão do CADE, como ocorre com qualquer órgão julgante, só será correta se adequar-se às particularidades do caso concreto. A solução correta do caso, nesse sentido, é sempre uma decisão *para o caso*. Entretanto, para ser correta, a decisão também precisa ser *generalizável*, vale dizer, reproduzível em casos similares. O princípio da isonomia, mais precisamente, exige decisões similares em casos similares, de tal maneira que uma decisão que *se torna* incorreta quando repetida em casos futuros similares, *não era* a decisão correta para o *primeiro* caso. A decisão que autoriza, deixando de condená-las, as condutas investigadas no presente caso, não resiste a esse teste necessário. A generalização dessa decisão, muito provavelmente, conduzirá a um estado de coisas em que o usuário dos serviços de saúde ver-se-á rendido às externalidades de processos de barganha (conduzidos, essencialmente, pelas *mesmas pessoas físicas*) que resultarão (i) *ou* em mensalidades mais caras para o seu plano de assistência à saúde, (ii) *ou* em custos mais elevados com tratamentos médicos em virtude de interrupções e suspensões no seu atendimento provocadas por táticas negociais que este Plenário estaria ajudando a promover.

55. Diante do exposto, voto pela **condenação** da GPA e COOPANEST, acompanhando a parte dispositiva do voto-vista do Conselheiro Cueva no tocante à aplicação das seguintes penalidades e determinações:

- a) multa à COOPANEST-BA, com fundamento no art. 23, III, e parágrafo único, da Lei n.º 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 com o 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, a situação econômica do infrator e a reincidência;
- b) multa à GPA, com fundamento no art. 23, III c/c art. 27 da lei n.º 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 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 n.º 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, de acordo com os termos especificados no item **b)** da parte dispositiva do voto-vista do Conselheiro Rigato, 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, deverá ser 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 pagamento das multas definidas nos itens **a)** e **b)**, e o cumprimento das determinações listadas nos itens **c)**, **d)**, **e)** acima, no prazo de 30 (trinta) dias, a partir da publicação do acórdão da presente decisão.

É o voto.

Brasília, 26 de abril de 2006.


LUIS FERNANDO SCHUARTZ
Conselheiro