



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ESTUDOS E PARECERES - CGEP
SEP 515 CONJUNTO D, LOTE 4 ED. CARLOS TAURISANO, 4º ANDAR CEP: 70770-504 - BRASÍLIA/DF

PARECER n. 00033/2024/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU

NUP: 08700.000335/2019-61

INTERESSADOS: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

ASSUNTOS: PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

EMENTA. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. INFLUÊNCIA DE ADOÇÃO DE CONDUTA UNIFORME E CARTELIZAÇÃO. SUPOSTAS AMEAÇAS COM VISTAS À OBTENÇÃO DE AJUSTE DE VALORES DE HONORÁRIOS MÉDICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. EXERCÍCIO DE PODER COMPENSATÓRIO. SUGESTÃO DE ARQUIVAMENTO.

I – Processo administrativo sancionador instaurado para apurar denúncia de suposta formação de cartel e influência de adoção de conduta comercial uniforme, em virtude de movimento com vistas à obtenção de ajuste de honorários médicos.

II – Regularidade procedimental. A representada foi regularmente notificada. Observância dos princípios de ampla defesa e contraditório.

III – As provas reunidas nos autos indicam que a representada exerceu regularmente suas atribuições ao negociar valores razoáveis de honorários médicos, não tentou uniformizar e estabelecer padrões e preços dos serviços entre concorrentes, bem como não praticou conduta de boicote e ameaças de descredenciamento de profissionais para forçar negociação do reajuste.

IV – Inexistência de indícios de que houve ação concertada entre os sócios-cooperados, ao se utilizar de eventual poder de mercado advindo da reunião dos médicos anestesiológicos em única entidade cooperativa.

V – Segundo pressupostos estabelecidos em precedentes administrativos, afigura-se o exercício do poder compensatório, excluindo a ilicitude da prática, porquanto se permitiu, mediante medidas razoáveis, contrapor-se à negativa de negociar e à capacidade de o representante determinar unilateralmente as condições do contrato. Sugestão de arquivamento.

VERSÃO ÚNICA DE ACESSO PÚBLICO

1. RELATÓRIO

1. Em **10/11/2022**, houve instauração do presente processo administrativo, em conformidade com a Nota Técnica nº 53/2022 (SEI 1139229), aprovada pelo Despacho SG nº 18/2022 (SEI 1139230), com a finalidade de apurar possível cometimento de infração à ordem econômica por parte da Cooperativa dos Médicos Anestesiológicos da Bahia – Coopanest/BA, caracterizada como influência à adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, de enquadramento no art. 36, *caput*, inciso I, c/c § 3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011.

2. Inicialmente, houve representação do Governo do Estado da Bahia (SEI 0569345) em face da Cooperativa dos Médicos Anestesiológicos da Bahia – Coopanest/BA, por intermédio da Procuradoria-Geral daquele Estado, em virtude da qual a SG oficiou (SEI 0569383) para informar que já havia o procedimento preparatório nº 08700.004864/2017-71[1], que visava à investigação daquelas mesmas supostas infrações à ordem econômica, e que a documentação encaminhada seria juntada nos autos do referido procedimento.

3. Por meio da petição SEI 0571073, a Procuradoria-Geral do Estado da Bahia solicitou que, antes da juntada nos autos nº 08700.004864/2017-71, se examinasse o pedido de medida preventiva requerido para determinar o imediato restabelecimento do atendimento aos beneficiários do Planserv, nas condições anteriormente praticadas. A representação solicitava a instauração de inquérito administrativo e a adoção, pela Superintendência-Geral, de medidas com vistas à cessação dos supostos ilícitos concorrenciais cometidos pela Coopanest-BA.

4. O Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais (Planserv) compreende um conjunto de serviços de saúde relacionados à promoção, prevenção, assistência curativa e reabilitação, prestados diretamente pelo Estado, ou por meio de instituições referenciadas, para atendimento de servidores públicos do Estado da Bahia, dependentes e agregados, nos termos da Lei Estadual nº 9.528/2005.

5. Na representação, alegou-se que a Coopanest-BA pretendia aumentar arbitrariamente seus lucros, impondo o reajuste de 40% (quarenta por cento) dos valores da tabela de honorários médicos editada por essa cooperativa, e que interromperia o atendimento, situação que, em função da posição monopolista, deixaria os usuários sem os serviços de sedação e anestesia e inviabilizaria a realização de qualquer procedimento cirúrgico. Asseverou-se também que a representada teria 65,87% dos médicos com habilitação junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia.

6. Nesse sentido, a representação do Governo do Estado da Bahia tinha por objetivo assegurar o atendimento dos usuários do Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais (Planserv), em consideração às limitações supostamente impostas por movimento deflagrado pela Coopanest-BA com vistas à obtenção de reajuste dos valores da tabela de honorários médicos editada por esta cooperativa a ser aplicada à prestação de serviços de anesthesiologia aos beneficiários daquele plano de saúde.

7. Em prosseguimento ao pedido de reconsideração apresentado pela Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, foi instaurado procedimento preparatório de inquérito administrativo, em 25.01.2019, conforme Despacho SG constante dos presentes autos e identificado pelo documento SEI 0573178.

8. Em 31/01/2019, encaminhou-se o Ofício nº 501 (SEI 0575102) à representada, para que pudesse se manifestar sobre os fatos narrados na representação. A representada Coopanest-BA apresentou os seguintes argumentos:

- o a relação entre as partes existia desde o pedido de credenciamento, em 27/01/2010, e seguia os ritos estabelecidos pelo representante no Instrumento Convocatório nº 07/08;
- o entre 2016 e 2018, a Coopanest-BA tentou negociar com o representante a revisão dos valores, encaminhando comunicações com propostas e solicitação de agendamento de reuniões, sem obter retorno;
- o o representante não se mostrou disposto a negociar com a Coopanest-BA, apesar dos valores cobrados estarem sem reajuste desde 2015 e muito defasados em relação à média do mercado;
- o diante dos acontecimentos, o único caminho para a representada, após as inúmeras negativas do PlanServ em negociar, foi a comunicação do encerramento da prestação dos serviços, fazendo uso da previsão constante na cláusula 14.5 da Parte C – Disposições Gerais, do Instrumento Convocatório nº 07/08, que estipulava que o prestador de serviços poderia solicitar o encerramento do contrato administrativo, desde que formalizasse a intenção com 90 (noventa) dias de antecedência; e
- o contestou os dados apresentados pela representante acerca do percentual de cooperados em relação ao número de anestesistas no Estado. Enquanto o Planserv afirmou que a Coopanest/BA teria 65,87% do total de especialistas, esta forneceu dados de uma participação de cerca de 50%.

9. A partir das informações até então reunidas, a SG instaurou inquérito administrativo, conforme Nota Técnica nº 25/2019 (SEI 0613203), de 13/05/2019, aprovada pelo Despacho SG nº 17/2019 (SEI 0613211), tendo sido solicitadas manifestações tanto por parte do representante quanto pela representada, cujas respostas foram acostadas aos autos sob os identificadores nº SEI 0652633 e 0634724.

10. Quanto ao pleito de adoção de medida preventiva apresentado pelo representante, para determinar o imediato restabelecimento do atendimento aos beneficiários do Planserv nas condições anteriormente praticadas, verificou-se que a suspensão da prestação dos serviços de anestesiologia, ocorrida em 7 de janeiro de 2019, foi cessada em 16 de março do mesmo ano. Assim, houve a perda do objeto do requerimento, de vez que o atendimento havia sido reestabelecido.

11. Posteriormente, ainda foram encaminhados novos ofícios às partes em 02/12/2019, que foram devidamente respondidos pelas petições SEI 0698341 e SEI 0699777. No caso da Coopanest-BA, houve a inclusão de documentos solicitados e de informações para qualificar a relação econômica de prestação de serviços médicos de anestesiologia estabelecida com o Planserv. O representante, a seu turno, encaminhou os documentos solicitados e detalhou o procedimento de credenciamento de prestador de serviço pelo Planserv.

12. Já no âmbito deste processo administrativo instaurado por meio do Despacho SG nº 18/2022 (SEI 1139230), a Coopanest-BA foi devidamente notificada (SEI 1149257) para apresentação de defesa, especificação das provas e indicação de até 3 (três) testemunhas.

13. Cumpre ressaltar que o despacho que determinou a instauração deste processo administrativo - Despacho SG nº 18/2022 (SEI 1139230), nos termos da Nota Técnica nº 53/2022 (SEI 1139229) - , também havia determinado instauração de inquérito administrativo em desfavor da Cooperativa Grupo Particular de Anestesiologia – GPA. No entanto, não se observa nos autos informação de que tenha sido instaurado o inquérito.

14. Em decorrência da informação trazida pela representante de que os beneficiários do Planserv são concomitantemente atendidos por hospitais e clínicas e por outra cooperativa, Grupo Particular de Anestesia – GPA, a SG identificou que 96,96% dos associados da GPA seriam também associados à Coopanest/BA e que ambas, em conjunto, respondiam por 95% dos honorários pagos pelo Planserv; que a GPA já foi condenada juntamente com a Coopanest/BA nos autos do processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, pela prática de influência à conduta comercial uniforme; e que a GPA, conforme informação extraída do seu próprio *website*, aparentava continuar atuando com o propósito de promover negociações em nome dos profissionais anestesiologistas a ela cooperados.

15. Em sua defesa (SEI 1160719), a Coopanest-BA reapresentou os argumentos anteriormente expostos e solicitou o reconhecimento da inexistência de infração concorrencial e o consequente arquivamento do processo, bem como requereu a produção de prova testemunhal por meio da oitiva de duas pessoas indicadas. A representada não apresentou em sua defesa questões preliminares e prejudiciais de mérito.

16. Por meio da Nota Técnica nº 2/2023 (SEI 1178989) houve o saneamento do processo, acolhida pelo Despacho SG nº 101/2022 (SEI 1179212), que deferiu o pedido de produção de prova testemunhal. Sucedeu que a representada não enviou confirmação de participação nas oitivas, conforme prazo determinado no Despacho SG nº 1107/2023 (SEI 1275401), e, assim, decidiu-se pelo cancelamento das oitivas agendadas, sem prejuízo de que fossem juntados documentos até o final da instrução processual (SEI 1289489).

17. Após petição da representada (SEI 1289815), o Despacho SG nº 1315/2023 (SEI 1295328) decidiu pelo novo agendamento das oitivas, para o dia 18 de outubro de 2023, e determinou que fossem indicados os representantes legais da representada que acompanhariam os procedimentos virtuais, bem como encaminhadas as confirmações do comparecimento das testemunhas, até o dia 16 de outubro. Os áudios e termos de oitiva das testemunhas encontram-se autuados nos autos de acesso restrito nº 08700.007330/2023-45.

18. O Despacho SG nº 14/2023 (SEI 1299749) decidiu pelo encerramento da fase instrutória e pela notificação da representada para apresentar novas alegações, a fim de que, posteriormente, a SG proferisse suas conclusões definitivas acerca dos fatos investigados. A representada apresentou novas alegações, conforme petição SEI 1301961.

19. Em despacho de nº 3/2023 (SEI 1305475), que acolheu a Nota Técnica nº 17/2023 (SEI 1305466), a Superintendência-Geral encaminhou os autos ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica com a sugestão de arquivamento do processo administrativo, por entender não configurada infração à ordem econômica.

20. Após a distribuição do feito ao **Conselheiro Carlos Jacques Vieira Gomes**, o presente processo administrativo foi remetido a esta Procuradoria Federal Especializada para o exame e emissão de parecer jurídico. O Relator solicitou *“que, se possível, os pareceres abordem **expressamente** o seguinte quesito: se a suposta conduta investigada, qual seja, adoção de influência à conduta uniforme, teria gerado efeitos anticompetitivos no mercado, conforme análise concorrencial empreendida por este Conselho para este tipo de conduta, considerando a sua jurisprudência e as especificidades do mercado envolvido.”*

21. É o relatório. Passa-se à análise.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. Regularidade procedimental

22. O Capítulo IV, do Título VI, da Lei nº 12.529/2011, dispõe sobre o rito do procedimento administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, visando, sobretudo, garantir a ampla defesa e o contraditório aos acusados. A Superintendência-Geral do CADE atendeu a todos os dispositivos legais concernentes à instauração e tramitação do processo, bem como ao direito de defesa, de produção probatória e de manifestação acerca das provas carreadas aos autos, em tudo observando as formalidades essenciais à garantia dos direitos da representada.

2.2. Mérito

23. O presente processo administrativo foi instaurado com vistas a apurar conduta objeto da representação do Governo do Estado da Bahia, que apresentou denúncia de suposta formação de cartel pelos associados da Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – Coopanest/BA, em virtude das limitações e ameaças supostamente impostas por movimento articulado com vistas à obtenção de ajuste de 40% na tabela de honorários médicos, tomada como referência para pagamento pelos serviços médicos de anestesiologia prestados à rede de atendimento da Planserv - Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais, mantido pelo Governo do Estado da Bahia.

24. A SG procedeu à avaliação da conduta sob a perspectiva de que a representada atuaria com forte domínio de mercado, capaz de arbitrar preços escorchantes e de promover a suspensão coletiva da prestação de serviços, e de possível influência à adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, quando a representada age em nome dos médicos ao negociar condições e preços.

25. Em sua Nota Técnica nº 17/2023 (SEI 1305466), a SG expôs considerações sobre a natureza das cooperativas e a possibilidade de impactos anticoncorrenciais decorrentes dos atos daquelas, bem como a atuação do CADE frente às cooperativas, relatando o que seria a primeira decisão em face de cooperativas médicas (processo nº **08012.007460/97-74**), em que, na condição de representadas, estavam cooperativas de médicos anestesiologistas de Sergipe e da Bahia, tratando-se, uma dessas, da mesma representada deste processo.

26. A conduta envolvia a adoção de lista de procedimentos médicos para os serviços prestados pelos cooperados, revelando que as cooperativas detinham o monopólio da oferta de médicos nos mercados relevantes e, com base em julgados anteriores que trataram de listas de preços por entidades distintas das cooperativas, considerou anticompetitiva a conduta e decidiu pela aplicação de sanções. O voto do Relator ex-Conselheiro Thompson de Andrade assentou que:

Neste caso, o qual o mercado relevante é o da prestação de serviços anestesiológicos por meio de plano e seguro de saúde nos estados da Bahia e Sergipe, pode-se dizer que existem indícios de que o controle de mercado por parte das Representadas é total, corroborando a hipótese de existência de cartelização por parte das mesmas.

27. Ressalta-se, ainda, que no julgamento do processo administrativo nº **08000.021738/1996-92** houve interessante inovação, quando o ex-Conselheiro Fernando de Oliveira Marques assentiu que as listas de preços deixariam de representar um viés anticoncorrencial na ação das cooperativas médicas desde que observado:

1. que os concorrentes associados não detenham capacidade suficiente para impor aos consumidores a tabela de preços, eliminando ou reduzindo significativamente suas alternativas no mercado; 2. no caso de comprovada a capacidade dos concorrentes de imporem a tabela, seria preciso determinar que ela não teria por objeto unificar preços, fixando máximos ou mínimos, e que esse efeito não poderia de maneira alguma ocorrer, ainda que não fosse pretendido: (...)

28. Em decisão posterior, verificou-se uma evolução jurisprudencial no sentido de não se considerar como influência de conduta comercial uniforme a utilização de tabelas de preços adotadas por cooperativas médicas. Tratava-se do processo nº **08012.003664/2001-92**, em que a Coopanest-CE era representada. O voto do ex-Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado apoiou esse entendimento, que compôs os votos que formaram maioria e levaram ao arquivamento do processo, de acordo com a seguinte compreensão:

O mercado de prestação de serviços médicos é um mercado extremamente pulverizado e os médicos não possuem individualmente qualquer poder de negociação junto aos planos de saúde. Na atual configuração do mercado de prestação de serviços médicos, os planos de saúde são os principais, senão únicos, compradores destes serviços, já que fazem a intermediação entre médicos e clientes. Dessa forma, detêm um alto poder de negociação com os médicos e atuam no sentido de aviltar a remuneração desses profissionais. Sendo assim, entendendo ser legítima a constituição de cooperativas como a COOPANEST-CE para que possam melhor negociar a remuneração dos serviços médicos.

29. A análise do mercado relevante evidenciou que o produto transacionado compreende a prestação de serviços médicos de anestesiologia. Sob o aspecto geográfico, considerou-se como mercado relevante o Estado da Bahia.

30. Quanto ao poder de mercado, o representante mencionou 520 médicos associados à Coopanest-BA, enquanto a representada anexou uma listagem com quantitativo similar. Assim, concluiu-se que a parcela de participação de mercado estava na ordem de 50%, a demonstrar um significativo poder de mercado, com capacidade para cometimento de eventuais abusos.

2.2.1. Análise da conduta

31. Apoiando-se nas evidências reunidas nos autos de suposto exercício de poder de mercado da representada e, ainda, que poderiam revelar que a proposta de reajuste de 40% (quarenta) seria indevida, sobretudo quando acompanhada de suspensão coletiva da prestação de serviços, passa-se ao exame da conduta e dos elementos que podem caracterizar eventual infração contra a

ordem econômica.

32. Verifica-se que, entre 2016 e 2018, a Coopanest-BA tentou negociar com o representante a revisão dos valores, encaminhando comunicações com propostas e solicitação de agendamento de reuniões. A representada justificou a necessidade do reajuste proposto no fato de que os valores cobrados se encontravam sem revisão desde 2015 e defasados em relação à média do mercado.

33. A partir de 08/01/2019, a Coopanest-BA deixou de dar atendimentos eletivos, mantendo o atendimento de urgência e emergência. Em janeiro de 2019, ocorreram reuniões mediadas pelo Ministério Público do Estado da Bahia, sem que qualquer acordo tenha sido obtido. No entanto, em 15/03/2019, as partes alcançaram o entendimento mútuo e a prestação de todos os serviços por intermédio da cooperativa retornou à normalidade.

34. Como se verifica em diversos precedentes julgados pelo CADE, a ação da representada poderia demonstrar uma ação que pretendesse coordenar a prestação de serviços dos seus cooperados com o objetivo final de aumentar os honorários médicos, estabelecer padrões mínimos, praticar condutas de descredenciamento em massa e uniformizar os preços dos serviços dos médicos. No entanto, não se observa que tenha havido ameaças de boicotes, coerção ou imposição de valores fora dos padrões de mercado.

35. Quanto à proposta de preços, as evidências expostas abaixo demonstram: a) porte dos procedimentos (coluna 1); b) valores cobrados do Planserv a partir de 2016 (coluna 2); menores (coluna 3) e maiores (coluna 4) valores cobrados dos demais clientes, por porte de procedimento; a CBHPM de 2018 (coluna 5); e a proposta de reajuste de 40% (quarenta) sobre de 2016 (coluna 6). Outrossim, observa-se que a correção sugerida manteria todos os valores para o Planserv abaixo dos menores valores praticados pela Coopanest-BA e daqueles encontrados na CBHPM.

Figura 1

Portes:	Honorários vigentes desde janeiro de 2016:	MENOR honorário contratualizado com a COOPANEST-BA:	MAIOR honorário contratualizado com a COOPANEST-BA:	CBHPM 2018	Proposta enviada em junho/2018:
1	109,67	174,62	574,30	202,37	154,00
2	160,52	254,76	738,36	310,38	225,00
3	236,26	374,67	1.140,38	471,79	331,00
4	349,3	554,37	1.690,04	725,73	490,00
5	540,33	857,56	2.711,28	1.043,81	757,00
6	753,99	1.196,66	3.519,42	1.412,69	1.056,00
7	1072,75	1.702,59	6.340,09	1.876,68	1.502,00
8	1415,27	2.246,21	7.383,65	2.367,80	1.982,00
Percentuais de diferenças entre os honorários vigentes do Planserv desde jan/2016 frente aos demais comparativos:		59%	404%	89%	40%

36. A representada afirmou que, quanto à condição de impor unilateralmente os preços, o aumento proposto de 40% (quarenta) pretendia ser o passo inicial para a negociação, mas que o objetivo não teria sido alcançado diante da postura do interlocutor do Governo do Estado da Bahia, chegando ao ponto de o representante afirmar publicamente que não contrataria cooperativas, conforme consta da ata de reunião do dia 30/01/2019, juntada nos autos pela Coopanest/BA (abaixo reproduzida), e que por isso não iria apresentar qualquer proposta. Quando superada essa indisposição, a representada ressaltou que aceitou uma proposta que não era linear e nem de 40% (quarenta), tendo o atendimento de todos os serviços voltado à normalidade em março de 2019.

Figura 2

Ata da reunião MP de 30/01/2019

Data 08/01/2019	Horário 16h	Local SALA DE SESSÕES / MP-CAB	
Assunto TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE A COOPERATIVA DOS MÉDICOS ANESTESIOLOGISTAS DA BAHIA - COOPANEST-BA (CNPJ 13.792.965/0001-06) E O SISTEMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - PLANSERV.			
Participantes			
NOMES	CARGO/FUNÇÃO	ÓRGÃO	ASSINATURA
1. Márcio José Cordeiro Fabel	Promotor de Justiça	GESAU/MPBA	
2. Rogério Luis Gomes de Queiroz	Promotor de Justiça	CESAU/MPBA	
3. Bárbara Camardelli Loi	Procuradora do Estado	PGE-BA	
4. Cristiane de Araújo Góes Magalhães	Procuradora do Estado	PGE-BA	
5. Adriano Argones	Advogado da COOPANEST OAB-BA 18.443	COOPANEST	
6. Aurino Lacerda Gusmão	Médico CREMEB 7.182	COOPANEST	
7. José Abelardo Garcia de Meneses	Médico CREMEB 6.616	COOPANEST	
8. Bruno Gardêlio Pedreira de Cerqueira	Médico CREMEB 15.257	COOPANEST	
9. Cristiane Márcia Veloso de Carvalho Lopes	Gestora Pública	PLANSERV	
10. Andressa Castelo Branco Schettini	Coordenadora de Relacionamento com Beneficiários	PLANSERV	
11. Rodrigo Pimentel de Souza Lima	Chefe de Gabinete	SAEB	
12. Izabella Athayde	Médica/Diretora	SINDIMED-BA	
PONTOS DE PAUTA	DELIBERAÇÕES	PRAZO	RESPONSABILIDADE
1. PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO QUANTO À DEMANDA DA COOPANEST-BA DE REAJUSTE DO VALOR DA TABELA REMUNERATÓRIA.	Não foi possível conciliar a demanda em razão da não apresentação de proposta de reajuste de tabela remuneratória por parte do Estado da Bahia.	-X-X-X-	-X-X-X-

SÍNTESE DE REUNIÃO

Procedimento IDEA nº 003.9.170693/2018
6ª Promotoria de Justiça de Cidadania de Salvador

1. PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO QUANTO À DEMANDA DA COOPANEST-BA DE REAJUSTE DO VALOR DA TABELA REMUNERATÓRIA.	A PGE informou que não haverá mais contratação de cooperativas para a prestação de serviços ao PLANSERV, optando pela contratação direta dos hospitais e demais unidades de atendimento, que deverão negociar com os anestesiológicos os respectivos honorários, razão pela qual não foi trazida nenhuma proposta conciliatória. A COOPANEST, de imediato, rechaçou a proposta, consignando que não tem interesse em retornar ao modelo de contratação através dos hospitais e unidades de saúde, que já se mostrou inadequado para os interesses dos anestesiológicos.	-X-X-X-	-X-X-X-
2. URGÊNCIA E EMERGÊNCIA	A COOPANEST continuará a atender os pacientes em situação de urgência e emergência, comprometendo-se o PLANSERV a continuar a remunerar os procedimentos decorrentes desta situação diretamente à cooperativa.		

37. Diversas correspondências juntadas nos autos explicitam as tentativas por parte da representada, compreendendo o período de 2016 a 2018. Na comunicação de 29/02/2016 (figura 3), buscou-se o agendamento de reunião para tratar da revisão dos valores, enquanto na de 10/12/2017 (figura 4), houve a menção a um reajuste nominal de 20%. Esse percentual teria por justificativa a defasagem de 26% em relação à CBHPM de 2016, além de o Planserv não contemplar a majoração de 30% (trinta) decorrente das situações que envolvessem urgência, emergência e o segundo anestesista, tampouco da duplicação dos valores quando o paciente é acomodado em apartamento. Em 2018, reiterou-se a premência de reunião para a discussão das propostas apresentadas e finalização de um acordo. A carta de 27/07/2018 (figura 5) foi a mais enfática quando, após detalhar o histórico de comunicados, informou que, se não houvesse resposta, em 90 (noventa) dias (25/10/2018) os serviços seriam encerrados, como previsto na cláusula 14.5 da Parte C – Disposições Gerais, do Instrumento Convocatório nº 07/08.

Figura 3

COOPANEST-BA - Of. 014-16

Salvador, 29 de Fevereiro de 2016.

Ilma. Sra. CRISTINA CARDOSO
MD. Coordenadora Geral do PLANSEV

Senhora Coordenadora,

Cumprimento-a cordialmente para solicitar agendamento de reunião a fim de tratarmos sobre o reajuste previsto para junho/2016.

No aguardo do vosso pronunciamento

Cordialmente,



Dr. Carlos Eduardo Aragão de Araújo
Presidente da COOPANEST-BA
CREMEB: 03811

PLANSEV
Av. Antonio Carlos Magalhães S/Nº
4º Andar - Iguatema - Salvador - BA.
CEP: 41100-000
Recebido em 29/02/16
Kauê

Figura 4

COOPANEST-BA - OFÍCIO SECOM N.º 11 - 17

Salvador-Ba, 10 de Outubro de 2017.

AO PLANSERV
At. Sr.ª Cristina Cardoso
Sra. Coordenadora Geral do Planserv

Prezada Coordenadora,

Cumprimento-a cordialmente para informar que, de acordo com o estabelecido em reunião ocorrida no dia 04 de outubro de 2017, formalizamos a solicitação de reajuste dos honorários médicos anestesiológicos.

Conforme acordado entre as partes e reiterado em ofício PLANSERV - nº 411/2015, aplicamos o escalonamento do reajuste, sendo o primeiro em 01/07/2015 e o último em 01/01/2016, ocasião em que foi adotada a CBHPM 7ª Edição (2012) plena.

A COOPANEST-BA manteve o bom senso e a razoabilidade frente a situação econômico-financeira do PLANSERV nos últimos dois anos (2016 e 2017). No entanto, somam-se 22 (vinte e dois) meses em que os honorários se encontram sem reajustes.

Vale lembrar que:

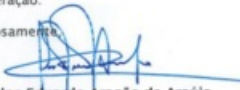
- i) Os valores praticados entre as partes estão desatualizados em 26% frente a CBHPM 2016;
- ii) O PLANSERV não contempla o adicional de 30% nos honorários anestesiológicos para procedimentos de urgência e emergência;
- iii) O PLANSERV não contempla o adicional de 30% nos honorários anestesiológicos para procedimentos em que são utilizados o 2º anestesista; e
- iv) O PLANSERV não contempla o pagamento em dobro para beneficiários que possuem acomodação em apartamento.

Todas estas variáveis são parâmetros divergentes aos praticados com o mercado, seja para Seguradoras ou convênios de autogestão.

Ante o exposto, propomos o reajuste nominal de 20% (vinte por cento).

Aguardamos o vosso pronunciamento e renovamos os nossos votos de estima e consideração.

Atenciosamente,


Dr. Carlos Eduardo Aragão de Araújo
Presidente da COOPANEST-BA
CREMEB: 03811

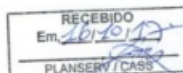


Figura 5



931



COOPANEST - BA Of. DIR N.º 008-18.

Salvador-BA, 27 de Julho de 2018.

AO PLANSEV

At. Ilma. Sr.ª CRISTINA CARDOSO

MD. Coordenadora Geral do PLANSEV

Senhora Coordenadora,

Conforme é do vosso conhecimento, a COOPANEST-BA vem prestando serviços médicos de anestesiologia aos beneficiários do PLANSEV por força do contrato decorrente do Credenciamento.

Em 01/07/2015 foi firmado o acordo que formalizou o aditivo de valores dos serviços, estabelecendo reajuste escalonado, sendo parte entre 01/07/2015 e 31/12/2015 e outra parte a partir de 01/01/2016.

Desde então (01/07/2015) já se passaram mais três anos sem que fosse realizado qualquer reajuste nos valores acordados, a despeito das solicitações encaminhadas pela COOPANEST-BA. Apenas a título de ilustração, importante registrar que foi encaminhada proposta de reajuste no dia 23/03/2016 (Ofício 024/2016), realizada reunião no PLANSEV no dia 04/10/2017, reunião com a SEFAZ, Dr. Edelvino Góes e Sr. João Aslan no dia 04/04/2018 e, posteriormente, cancelada pela SEFAZ, a reunião prevista para o dia 26/06/18.

Ante o exposto, tendo em vista as exaustivas tentativas de negociação sem sucesso, no último dia 29/06/2018 encaminhamos nova proposta de reajuste dos honorários médicos de anestesiologia, mas, mais uma vez não obtivemos qualquer retorno por parte do PLANSEV.

Ademais, conforme já registrado em oportunidades anteriores, desde a implantação do QUALIREDE temos nos deparado com graves problemas operacionais que além de um absurdo aumento do volume de trabalho, vem causando prejuízo à COOPANEST-BA.

Assim, visando dar seguimento às negociações iniciadas, e com o intuito de manter a continuidade na prestação dos serviços, sem prejuízos aos beneficiários do PLANSEV, solicitamos o pronto retorno à última proposta de reajuste apresentada e às queixas acerca dos problemas operacionais da QUALIREDE no prazo máximo de 10 dias, sob pena de darmos por encerradas as negociações, com a consequente

Avenida Anita Garibaldi, 1815 - Centro Médico e Empresarial, Bloco B, Sobreloja 20 - Federação - Salvador-BA - CEP. 40.210-750
Tel.: (71) 3237-9950 - Fax: (71) 3237-9999 - E-mail: coopanestba@coopanestba.com.br / Site: www.coopanestba.com.br
CNPJ (MF) 13.782.965/0001-08



rescisão do contrato e suspensão dos atendimentos aos beneficiários do PLANSEV a partir do 90º (nonagésimo) dia a contar do recebimento desta notificação.

Por fim, reiteramos nosso interesse em negociar novos honorários, a fim de evitar qualquer prejuízo aos pacientes.

Aproveito o ensejo para renovar os votos de estima e consideração.

Certo do pronto atendimento da presente solicitação.

Cordialmente,

Dr. Carlos Eduardo Aragão Araújo
Presidente da COOPANEST-BA
CREMEB: 03811

38. Em 27/09/2018, a Coopanest-BA solicitou ao Ministério Público do Estado da Bahia que avaliasse a oportunidade de atuar como mediador, ante a recalcitrância do representante nas negociações. O Ministério Público atendeu ao pedido e instalou uma mesa de negociação, permitindo um espaço para os debates e para o esclarecimento mútuo. A propósito disso, houve o adiamento da suspensão dos serviços anunciada para 25/10/2018, conforme assembleia extraordinária dos cooperados, que decidiram que os serviços continuariam a ser prestados até 06/01/2019, na expectativa de que o entendimento fosse alcançado.

39. Na ata de reunião de 08/01/2019, realizada no Ministério Público do Estado da Bahia, o representante silenciou quando da oportunidade de apresentação de uma proposta de reajuste de tabela remuneratória por parte do Estado da Bahia. Como consequência, passado o prazo estipulado, os médicos cooperados não mais disponibilizaram atendimentos eletivos, permanecendo o atendimento das emergências e urgências, bem como alguns profissionais optaram por realizar o atendimento eletivo por meio de outros canais que não pela Coopanest-BA, conforme informação prestada pelas testemunhas Hugo Eckener e Eron Garcia de Santana, nas oitivas do dia 18/10/2023.

40. Ao final, foi consensuado um acordo que redundou em um contrato com reajuste não linear e revisão de portes de procedimentos, de maneira que, em março de 2019, foi restabelecida a normalidade da relação entre as partes e dos serviços

prestados, como se observa na correspondência do Governo do Estado da Bahia:

Figura 6



41. Diante do que se percebe dos fatos trazidos aos autos e que se referem à conduta imputada à Coopanest-BA, não resta demonstrado que o pretendido reajuste de tabela de preços buscasse uniformizar a fixação de valores dos honorários médicos em relação aos serviços contratados com outras pessoas físicas ou jurídicas, que caracterizaria adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, prática condenada pela legislação concorrencial. Tampouco se apresentam evidências de que a representada tenha formado um bloco único de negociação para impor preços ou reajustes de preço, em conluio com outros, situação que afiguraria prática de cartel.

42. No presente caso, havia uma relação contratual entre a Coopanest-BA e o Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais para atendimento de servidores públicos do Estado da Bahia. Assim, diante da legitimidade das cooperativas na representação dos interesses de seus associados, inclusive na condução de negociações de honorários médicos junto a planos de saúde e demais contratantes dos serviços dos cooperados, observa-se que a negociação conduzida, sobretudo, pela atuação da representada não compreendeu uma atitude concertada de agentes para obtenção de vantagens uniformes e em detrimento da posição negocial da parte contrária.

43. Em relação aos médicos associados, também não há indícios de que tenha havido a prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, sobretudo porque os anestesiologistas cooperados da Coopanest-BA não concorrem entre si, mas sim colaboram conjuntamente na atividade cooperativa, reconhecida como lícita pela legislação e não violadora dos valores que orientam a livre-concorrência.

44. Nem há que se falar que a representada estaria se utilizando de abuso de posição dominante ao se recusar a continuar com a prestação dos serviços contratados pelas mesmas condições de preços inicialmente contratados. Nesse sentido, não se observa nos autos qualquer indício de que a representada detinha o monopólio da oferta de médicos no mercado relevante – embora detivesse significativo poder de mercado –, tanto que o próprio Governo do Estado da Bahia afirmou que não mais contrataria com cooperativas, mas sim diretamente de hospitais e demais unidades de atendimento, a demonstrar que a representada não possuía a capacidade de fechar o mercado para o fim de impedir o Poder Executivo Estadual de contratar outros serviços de saúde.

45. Depreende-se, portanto, que ambas as partes lançaram mão de expedientes de barganha nas negociações, dentro do que se pode esperar, legitimamente, para a discussão de propostas e, até mesmo, de exercício de pressão em padrões normais para o alcance dos objetivos dos negociadores.

46. Por parte da Coopanest-BA, embora tenha anunciado a suspensão da prestação dos serviços, mas mantendo o atendimento de urgência e emergência quando o atendimento eletivo foi suspenso por curto período, não houve suspensão coletiva dos serviços com o objetivo de impor preços acima dos praticados no mercado – os valores contratados com o Planserv eram e continuariam, em consideração ao reajuste proposto, inferiores aos menores valores praticados pela representada junto aos demais

clientes, bem como inferiores aos valores da tabela da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) –, permitindo, ainda, que seus associados pudessem realizar o atendimento eletivo por outros meios que não pela cooperativa, conforme informação prestada pelas testemunhas Hugo Eckener e Eron Garcia de Santana, nas oitivas do dia 18/10/2023, por conta, até mesmo, da inexistência de cláusula de exclusividade em seu estatuto.

47. Quanto à proposta de suspensão dos serviços de atendimento, verifica-se que houve o seu adiamento para 25/10/2018, como deliberado em assembleia extraordinária dos cooperados, que decidiram que os serviços continuariam a ser prestados até 06/01/2019, na expectativa de que o entendimento fosse alcançado. Após a reunião intermediada pelo Ministério Público do Estado da Bahia, em 08/01/2019, sem que se tivesse chegado a um consenso nas negociações, decidiu-se pela suspensão dos serviços eletivos, mantendo-se o atendimento das emergências e urgências, retornando à normalidade, em março de 2019, quando se chegou a um acordo de reajuste não linear e revisão de portes de procedimentos.

48. Portanto, não se verifica a realização de boicotes por parte da representada de serviços de anestesiologia ao Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais, e sequer houve coação sobre os médicos anestesiológicos, individualmente ou em sociedade ou empresa, para limitar o atendimento aos usuários daquele serviço, tanto que se manteve o atendimento de urgência e emergência aos usuários da Planserv, permitindo-se aos associados da Coopanest-BA prestarem o atendimento eletivo por outros meios que não pela cooperativa.

49. Diante disso, não se verificam quaisquer práticas anticoncorrenciais, como a imposição de preços e condições irrealistas de mercado por meio do abuso de posição dominante, tampouco por boicote dos médicos em relação à Planserv. Ao contrário, observa-se que a Coopanest-BA atuou em nome de seus cooperados na tentativa de reajustar os preços contratuais, com a justificativa de ausência de reajustes desde 2016.

50. Enfim, as evidências reunidas nos autos indicam que a representada não atuou, de maneira reprovável, no sentido de coordenar a prestação de serviços dos seus cooperados com o objetivo final de aumentar os honorários médicos, estabelecer padrões mínimos, praticar as condutas de descrcredenciamento das unidades e profissionais que atendessem à Planserv e uniformizar os preços dos serviços dos médicos.

2.2.2. Exame da conduta sob a perspectiva da jurisprudência administrativa

51. De início, vale ressaltar que cooperativas, por previsão legal (Lei nº 5.764/1971), são definidas como sociedades de pessoas, pelas quais pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, sem fins lucrativos e de proveito comum. As cooperativas médicas implementam a atividade econômica de prestação de serviços relacionados à saúde, ficando responsáveis pela celebração dos contratos entre os médicos e o Estado, operadoras de planos de saúde e outros, recebendo e repassando aos médicos o valor acordado pelos serviços prestados.

52. Segundo precedentes administrativos, admitiu-se a análise das condutas executadas por cooperativas médicas sob duas perspectivas: na primeira, o exame da atuação das cooperativas em que se permite avaliar a existência de cartel ou a prática de influência de conduta comercial uniforme; e na segunda, a aplicabilidade ou não da tese do poder compensatório, diante da assimetria de poder de barganha entre entidades médicas e planos de saúde ou outros contratantes dos serviços médicos.

53. A autoridade antitruste brasileira vem considerando que associações e cooperativas podem ser vistas como meios de aumento do poder de barganha e instrumentos de implementação do poder compensatório. O cenário em que o poder compensatório é considerado legítimo é aquele cujo exercício decorre da contraposição ao poder econômico detido por uma das partes da negociação, para conferir maior poder de barganha ao contratante mais fraco e assim reduzir a assimetria negocial.

54. No presente caso, permite-se a análise do desequilíbrio de poder negocial entre os médicos reunidos em cooperativa e o representante, sem perder de vista que as cooperativas têm legitimidade e capacidade para firmar, em nome próprio, contratos de prestação dos serviços a serem executados pelos cooperados, embora não se lhes aplique isenção antitruste.

55. Por ora, ocupa-se do fato de que não há indicações de ter havido uma ação concertada entre os cooperados para coordenar o mercado, utilizando-se de um eventual poder de mercado advindo da reunião dos médicos anestesiológicos em única entidade cooperativa, de modo a não se afigurar a cartelização ou a influência de conduta uniforme entre os prestadores.

56. No entanto, sendo possível que se questione a existência das cooperativas como forma de integração de médicos para ofertar serviços, pela qual se afastariam rivalidade ou incentivos para a competição entre cooperativas e médicos individualmente considerados, utilizando-se do cooperativismo apenas para legalizar um acordo de fixação de preços e condutas, é possível de se indagar acerca da conduta de uma cooperativa que detenha significativo poder de mercado, ao não permitir alternativas para quem necessite dos serviços, tendo em vista a existência de um considerável número de médicos associados.

57. Inicialmente, a matéria foi debatida no processo administrativo nº **08012.007042/2001-33** (Coopanest-BA e GPA), com decisão adotada em julgamento por maioria que condenou as entidades representadas por infração à ordem econômica, devido às evidências que indicaram que a cooperativa representava uma mera associação entre concorrentes (cartel entre profissionais), cujo principal objetivo seria realizar negociações coletivas e uniformizar preços e condições em nome dos associados.

58. Em razão do processo nº **08012.008060/2004-85** (Coopanest-PE), houve julgamento unânime pela condenação da representada devido à presença dos seguintes elementos: (a) exigência de exclusividade por parte da cooperativa, que proibia os cooperados de estabelecer contratos com planos de saúde individualmente; (b) existência de evidências de que a cooperativa coagia os cooperados a adotarem os valores por ela definidos; (c) ausência de outras cooperativas no mercado relevante e a ausência de venda individual de serviços médicos; (d) grande uniformidade de preços por contratante (planos de saúde); e (e) incapacidade dos planos de selecionarem anestesistas, sendo todos automaticamente cadastrados, impedindo concorrência por qualidade.

59. No processo nº **08012.003706/2000-98**, analisaram-se atos de cooperativas médicas no Espírito Santo que coordenaram a suspensão da prestação de serviços prestados ao Governo Estadual, associada às cláusulas de exclusividade no estatuto, tendo sido caracterizado abuso de posição dominante, visto que as cooperativas possuíam a capacidade de fechar o mercado, impedindo a contratação de médicos para a prestação de serviços de saúde. Uma das principais provas constantes dos autos refere-se a uma declaração de uma das representadas de que médicos cooperados que atendessem com exclusividade pela cooperativa receberiam honorários diferenciados em relação aos profissionais que prestassem serviços por intermédio de outra organização, ou individualmente.

60. O voto condutor da decisão exarada em 09.12.2015, no processo supramencionado, da lavra do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior (SEI 0144339), trouxe a análise dos efeitos econômicos negativos no mercado, como transcrito abaixo:

180. Houve prejuízos efetivos com a conduta: (i) a uniformização de preços imposta pelas cooperativas ao Estado falseia a concorrência; (ii) a coerção, direta ou indireta, aos cooperados reforça a impossibilidade de oferecer serviços por outros meios senão pela contratação indireta por cooperativa; (iii) a punição (ou ameaça de punição) coíbe os profissionais cooperados a procurarem uma forma alternativa de prestação e/ou tomada de

decisão sobre as condições de fornecimento de seus serviços, (iv) não há autorização legal para que entidades de classe médicas atuem como agentes fiscalizadores, controladores e/ou fixadores de preços de serviços e procedimentos de profissionais do setor; (v) os boicotes e retaliações, em massa, aos concursos públicos organizados pelas entidades de classe constituem abuso da liberdade de associação. Nesse sentido, o estado do Espírito Santo ficava sem opção de contratar outros profissionais diante dessa atuação coordenada e da grande quantidade de especialistas vinculados à COOTES e à COOPERCIGES. Por isso e em atenção ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o estado acabava cedendo às condições impostas pelas cooperativas para que houvesse especialistas nos hospitais públicos do Espírito Santo, ainda que a custos muito superiores ao que o estado teria se as cooperativas não tivessem infringido a livre concorrência.

61. Em julgamento mais recente, em virtude do processo nº **08012.003893/2009-64** (MPE/RS x Carene, Can, AR e Sane), houve condenação das cooperativas representadas, cujo voto condutor da decisão assinalou que as cooperativas podem incorrer em infrações concorrenciais quando: (a) há imposição de exclusividade na forma de unimilitância – para médicos não prestarem serviços para cooperativas/entidades concorrentes; (b) há ameaças de descrédito dos membros que atuarem fora das normas da cooperativa mesmo quando agem individualmente; (c) há imposições de descontinuidade da prestação de serviços do médico enquanto particular, entre outros; e (d) firmam acordos para fixação de preços, divisão de mercados e restrição de oferta com concorrentes (sejam outras cooperativas ou outros agentes de mercado).

62. O voto-vista da ex-Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira (SEI 0799196) expõe como a ação das cooperativas também se submetem à análise antitruste e os meios pelos quais podem extrapolar suas finalidades institucionais e impingir lesões ao ambiente concorrencial, como transcrito abaixo:

25. Por essa razão, a jurisprudência deste Conselho tem reiteradamente condenado entidades de classe que se valem do espaço associativo, constitucionalmente permitido, para deturpar suas competências e uniformizar a conduta comercial de agentes que atuam individualmente, em evidente abuso de direito. Conforme já explicado, essa situação é completamente dispar em relação à constituição, ao objeto e à atuação das cooperativas segundo a lei.

26. No entanto, de modo similar, é igualmente possível que as cooperativas cometam infrações concorrenciais na medida em que extrapolarem o âmbito legal de sua atuação, isto é, agindo de forma abusiva. A atuação abusiva pode se dar por meio da imposição de exclusividade na forma de unimilitância, de ameaças de descrédito dos membros que atuarem fora das normas da cooperativa mesmo quando agem individualmente, de imposições de descontinuidade da prestação de serviços do médico enquanto particular, entre outros meios.

27. Da mesma forma, as cooperativas estarão submetidas à legislação antitruste quando, por exemplo, firmarem acordos para fixação de preços, divisão de mercados e restrição de oferta com concorrentes (sejam outras cooperativas ou outros agentes de mercado) ou cometerem outros tipos previstos na legislação concorrencial.

28. As cooperativas, portanto, não passam ao largo do escopo de escrutínio antitruste, mas é preciso que a autoridade se atenha às particularidades legalmente conferidas a esse tipo societário e não faça uma aplicação irrestrita e indistinta às cooperativas, sob pena de condenar algo que é permitido em lei.

63. Conforme exposto, não há como concluir pela configuração de infração à ordem econômica por haver uma cooperativa influenciado a conduta de seus cooperados – já que esse é o seu propósito –, ou que cooperados integrados a uma cooperativa tenham realizado acordo entre concorrentes, pois não se espera que eles ajam como concorrentes no âmbito de uma cooperativa. A respeito especificamente do assunto, Ana Frazão [2] preleciona:

“Esta questão, apesar da sua importância, nem sempre é devidamente compreendida pelas análises econômicas, que muitas vezes consideram os cooperados como agentes econômicos independentes reunidos, de forma que a própria associação poderia ser vista, conforme o caso, como um verdadeiro cartel de fixação de preços. Ocorre que tal conclusão é equivocada, por não levar em consideração a premissa de que a coordenação entre cooperados não apenas é autorizada pela Constituição Federal e pela lei, como se dá de forma estrutural, decorrendo do fato de serem sócios.

Vale lembrar que a mesma coordenação ocorre entre sócios de todos os tipos de sociedades, simples ou empresárias. Veja-se, como exemplo, a sociedade de advogados, em que não se discute a possibilidade de que a sociedade uniformize os preços dos serviços de todos os seus sócios, sem que se cogite da prática de cartel por esse motivo. Dessa maneira, estando presente nas cooperativas uma relação estrutural de caráter societário, nada justifica que a elas seja dado tratamento mais restritivo do ponto de vista concorrencial”.

64. Por conseguinte, em cotejo com o que há de entendimento sedimentado em precedentes administrativos, permite-se concluir que a conduta praticada pela Coopanest-BA, investigada no presente processo, apresenta elementos indicadores de que a representada não excedeu os objetivos do cooperativismo, como o de determinar preços e condições para o exercício da atividade de seus cooperados.

65. Nesse sentido, não se demonstrou que a representada tenha exigido exclusividade dos cooperados, para proibir que fizessem contratos e não prestassem atendimento por intermédio de outras cooperativas, de associações ou planos de saúde ou individualmente. Não houve coação para os cooperados não prestarem serviços ao Planserv, em atendimento eletivo, enquanto esse manteve-se suspenso pela cooperativa, e para adotarem valores de honorários diversos dos previstos na tabela para a qual se pretendia o reajuste. Não houve ameaças de descrédito dos cooperados por não atuarem apenas por intermédio da cooperativa; não houve descontinuidade da prestação de serviços dos anestesiológicos cooperados, na forma individual ou por meio de outras entidades; não houve acordos de fixação de preços e divisão de mercado entre a cooperativa e outros agentes de mercado.

66. Embora não se tenha identificado nos autos informações sobre a existência de outras cooperativas, de entidades médicas e planos de saúde no respectivo mercado relevante, observa-se que as evidências demonstram que os valores cobrados do Planserv eram menores de outros clientes e, pelo reajuste proposto, os valores permaneceriam menores dos praticados pela Coopanest-BA em outros contratos e daqueles previstos na CBHPM. Assim sendo, não se apurou que se buscava uniformização de preços e coordenação de mercado entre concorrentes prestadores dos serviços médicos de anestesiologia.

67. Ainda em consideração à ausência de informações acerca de outros agentes de mercado prestadores dos serviços em comento e da prestação individual dos serviços médicos, verifica-se, no entanto, que a participação de mercado da Coopanest-BA era em torno de 50%, percentual significativo para inspirar preocupações quanto a eventual cometimento de abuso de posição

dominante.

68. A despeito de a representada deter grande poder de mercado, não se nota que tenha exercido de maneira abusiva essa sua expressiva participação, pois as evidências reunidas nos autos demonstram que a representada, em momento algum, se conduziu para prejudicar a prestação dos serviços médicos de seus cooperados, tendo interrompido apenas o atendimento eletivo, mas para o qual permitiu que os prestadores atendessem por outros meios.

69. Esse fato também é corroborado pelo ato do Governo do Estado da Bahia que, durante as negociações, afirmou que não contrataria a cooperativa, mas sim diretamente hospitais e demais unidades de atendimento, demonstrando que a representada não possuía a capacidade de fechar o mercado para o fim de impedir o Poder Executivo Estadual de contratar outros serviços de saúde para o atendimento médico de anestesiologia e impor a correção dos valores dos honorários médicos. Ademais, a representada informou que o Governo Estadual possuía contratos com outros serviços de anestesiologia, além de grupo de anestesistas que não eram cooperados, afirmação que não foi confrontada pela outra parte.

2.2.3. Análise do caso sob a perspectiva da tese do poder compensatório

70. A atuação das cooperativas que oferecem contratação de serviços por meio dos seus associados permite uma compreensão quase que direta e imediata acerca do aumento da capacidade de barganha decorrente da busca pelas melhores condições de contratação, elemento que é associado aos instrumentos de implementação do poder compensatório, cujo exercício advém da contraposição a expressivo poder econômico detido por uma das partes de uma negociação e, assim, reduzir a assimetria negocial.

71. O direito antitruste vem considerando o poder compensatório na avaliação das condutas coordenadas que visam fazer frente ao poder de um contratante, de maneira a permitir contraposição à capacidade de um dos negociadores de determinar unilateralmente as condições de um contrato.

72. Segundo Galbraith[3], o poder compensatório consiste na coordenação de conduta entre concorrentes visando à adoção de práticas comerciais uniformes com o objetivo de ampliar o poder de barganha e obter melhores condições negociais, reduzindo o desequilíbrio de poder em relação ao outro elo da cadeia produtiva.

73. Entretanto, para que o exercício do poder compensatório seja legítimo e permitir a exclusão de eventual ilicitude, é necessário observar alguns pressupostos, que, segundo Furquim e Almeida[4], são (a) forte assimetria de negociação *ex ante* e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; (b) coordenação horizontal que resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; e (c) impossibilidade de que o poder compensatório inverta a relação de assimetria, que é o pressuposto para a sua tolerância.

74. Quanto ao último desses pressupostos, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica tem entendido que algumas ações consumadas por profissionais médicos por meio de suas entidades de classe podem inverter a assimetria e acabar produzindo efeitos concorrenciais negativos.

75. O caso exemplificativo acerca do assunto é o do processo nº **08012.006552/2005-17** (CRM/MT e outros), em que se apurou conduta que residuiu em pressão a operadoras de planos de saúde para reajustar os valores pagos com base na CBHPM, com ameaças de descredenciamento em massa. O julgamento foi pela condenação pois os representados influenciavam e exigiam adesão às suas decisões por parte de todos os agentes que atuavam no mercado relevante, centralizavam as negociações e aplicavam sanções em caso de descumprimento. O Relator ex-Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro enfatizou o caráter infracional dos boicotes contra operadoras e das sanções aplicadas aos médicos, como assinala o excerto de seu voto transcrito abaixo:

115. Em síntese, há clareza na caracterização de infrações ao artigo 20, inciso I c/c art. 21, incisos II, V e X, todos da Lei nº 8.884/94, da convocação de boicotes contra operadoras e de sanções para os médicos que não adotassem os valores negociais para os procedimentos médicos para os planos de saúde em Mato Grosso nos contratos individuais entre operadoras, deliberações e procedimentos e valores estes determinados pela CEHN em nome de suas entidades constituintes - CRM-MT, AMMT, Sindmed-MT -, impondo ou buscando impor conduta uniforme, criando dificuldades para adquirente de serviço, enfim, regulando os valores de procedimentos no mercado de contratação de serviços médicos.

76. Na ocasião, a ex-Conselheira Ana Frazão analisou a aplicabilidade da tese do poder compensatório nas relações entre médicos e operadoras de planos de saúde, reconhecendo a assimetria na relação entre médicos e OPS, que se acentua em desfavor daqueles profissionais quando negociam individualmente com operadoras que negociam de forma centralizada por intermédio da Unidas (União Nacional das Entidades de Autogestão). A ex-Conselheira apresentou uma lista de elementos que apontam para o exercício regular do poder compensatório:

345. Sendo assim, entendo que, na presença de um conjunto de elementos, descritos abaixo, é possível concluir pelo exercício lícito do poder compensatório: (i) profissão liberal regulamentada, com padrões técnicos e éticos acima do mercado; (ii) setor em que a qualidade dos serviços assume um papel preponderante, de forma que a própria proteção da saúde como direito fundamental não pode estar dissociada das condições em que os médicos exercem os seus serviços; (iii) manifesta assimetria entre as partes, reconhecida amplamente pelo SBDC, mesmo nos pronunciamentos nos quais se entendeu que tal circunstância não seria suficiente para justificar o exercício do poder compensatório; (iv) inexistência de indícios de que o exercício do poder compensatório levaria a resultados ineficientes do ponto de vista econômico; (v) existência de estudos que apontam a possibilidade de que o exercício do poder compensatório no setor de saúde suplementar possa levar a aumentos de bem-estar; (vi) iniciativa de negociação coletiva e de mobilização a cargo de conselho profissional, que tem por competência legal zelar pelo exercício adequado da profissão; (vii) exercício de poder compensatório a partir de proposta de reajuste razoável, seja por pretender recompor unicamente as perdas inflacionárias, seja por jamais ter os seus critérios sido adequadamente impugnados, em seu mérito, pelas OPSs; (viii) exercício de poder compensatório tendo como objeto tão somente o valor dos honorários médicos - e não outras verbas remuneratórias dos serviços de saúde cuja precificação depende inclusive de fatores empresariais; (ix) exercício de poder compensatório em prol daqueles que, como os médicos/pessoas naturais, não possuem nenhum poder de barganha diante das OPSs, independentemente do tamanho destas;

77. No caso em comento, Ana Frazão entendeu que não estavam presentes os requisitos (viii) e (ix), afastando a aplicação do poder compensatório como excludente de ilicitude, cujas razões são demonstradas abaixo, tendo sido constatada a

tentativa de implantação da CBHPM para procedimentos desempenhados por clínicas e hospitais e não cobertos por operadoras de planos de saúde:

347. Isso porque, embora tenha ficado demonstrada a razoabilidade dos valores exigidos pela CBHPM, o que, em princípio, tornaria a conduta lícita, ao se analisar com atenção a referida lista, observa-se que o conteúdo da tabela extrapola a reivindicação por honorários médicos não aviltantes, alcançando procedimentos médicos inseridos no mercado de SADT - Serviço de Apoio, Diagnóstico e Terapia, conduta, que, como se verá adiante, desborda dos limites do adequado, necessário e proporcional no exercício do poder compensatório.

78. Quanto à paralisação da prestação dos serviços ser determinante para a configuração da infração à ordem econômica, importa observar que a ex-Conselheira Ana Frazão elucidou a matéria de maneira apropriada ao afirmar que boicotes e paralisações nem sempre devem ser consideradas alternativas legítimas no âmbito do exercício do poder compensatório.

79. A favor da aplicação da tese do poder compensatório, asseverou a necessidade da presença de razoabilidade da adoção da alternativa de paralisação ou boicote, a ser observado no contexto da negociação analisada, bem como da razoabilidade das medidas para assegurar a sua eficácia. Nesse sentido, a ex-Conselheira ponderou que a paralisação poderia ser legítima diante da recusa à justa negociação por parte dos planos de saúde, mas que, para tanto, *“as entidades médicas não poderiam ter se valido nenhum instrumento de coação, intimidação ou qualquer outra forma de admoestação dos médicos, limitando-se a convencer a categoria médica da importância da adesão voluntária ao movimento para que ele fosse bem sucedido.”* Ao fim, reconheceu que os movimentos de paralisação em massa promovidos pelas representadas não estavam amparados pelo exercício lícito do poder compensatório.

80. O Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior assentou em seu voto que o poder compensatório, observados os preceitos legais, pode ser pró-competitivo, desde que não imponha de forma unilateral e mediante coerção uma tabela de preços. O Conselheiro condenou as representadas e não considerou o poder compensatório como excludente de infração ao estabelecer a dosimetria da pena.

81. Cumpre destacar, ainda, o julgamento do processo nº **08012.001591/2004-47** (SDE x CRM/DF e outros), em que a Relatora ex-Conselheira Ana Frazão adotou o princípio do poder compensatório ao considerar a posição de inferioridade e assimetria do médico individual e, excepcionalmente, de pequenas sociedades de médicos. Consoante o voto da relatora, o princípio não beneficia hospitais, clínicas e laboratórios, entes empresariais que atuam, muitas vezes, em estruturas de mercado oligopolizadas, de forma que a autorização para a utilização de tabelas e/ou negociações coletivas poderia inverter a assimetria, levando ao desequilíbrio em desfavor das operadoras de planos saúde.

82. Na conclusão de seu voto, a relatora enfatizou que *“a negociação coletiva pelas entidades médicas representadas, no que se refere exclusivamente aos honorários relativos a serviços prestados pelos médicos, está acobertada pela excludente de ilicitude, relativa ao exercício do poder compensatório, de forma que, nessa parte, entendo que não houve prática de infração à ordem econômica.”* De outro lado, opinou pela condenação das representadas por influência à adoção de comportamento uniforme não só pelos médicos, como também por clínicas e outros prestadores de serviços de apoio, e por coagirem médicos a aderirem ao movimento, sob ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares.

83. Embora a relatora tenha verificado a razoabilidade nas negociações que buscava a implementação de reajuste anual, em conformidade com a Resolução ANS nº 71/2004, que, dentre outras coisas, exigia que dos contratos celebrados entre médicos e operadoras de saúde constassem os critérios e a periodicidade de reajustes, entendeu que os movimentos em massa de paralisação e boicotes, embora não sejam, em princípio, abusivos, diante da possibilidade de atuação coletiva e concertada dos médicos para pressionar as operadoras de planos de saúde a reajustar os valores pagos, não estavam amparados pelo exercício do poder compensatório. Diversamente, verificou a utilização de instrumentos de coerção dos médicos para a adesão ao movimento de implementação da tabela, extrapolando dos limites proporcionais do poder compensatório.

84. Cumpre ainda ressaltar a observação que a ex-Conselheira registrou em seu voto quanto ao entendimento manifestado pelo CADE em muitos processos administrativos relativos à matéria, no sentido de *“que o rompimento de contratos e a cessação da prestação de serviços apenas podem ser considerados lícitos quando expressem a vontade individual do profissional, de forma que quando a decisão parte de uma atitude concertada pelas entidades representativas dos médicos, a violação à ordem econômica é inafastável.”* A respeito disso, afirmou que:

421. A conclusão, contudo, não se coaduna com a assimetria de poder amplamente demonstrada no voto. A cessação da prestação de serviços pelos médicos individualmente imputaria todo o ônus ao médico, acentuando o desequilíbrio nesse mercado. A própria SG, aliás, reconhece que o “descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer das cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer especialista, salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico”.

85. A decisão final foi pelo integral afastamento da tese de poder compensatório como redutor da gravidade da infração para fins de dosimetria da pena, nos termos do voto-vogal do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior:

Houve prejuízos efetivos com a conduta: (i) a uniformização de preços imposta pelas entidades de classe falseia a concorrência; (ii) a coerção, direta ou indireta, aos médicos reforça a impossibilidade de oferecer outros preços que não os enumerados pela tabela; (iii) a punição (ou ameaça de punição) coíbe os profissionais de procurarem uma forma alternativa de precificação e/ou tomada de decisão sobre as condições de fornecimento de seus serviços, (iv) não há autorização legal para que entidades de classe médicas atuem como agentes fiscalizadores, controladores e/ou fixadores de preços de serviços e procedimentos de profissionais do setor, (v) os boicotes e retaliações, em massa, a operadoras de planos de saúde organizados pelas entidades de classe constituem abuso da liberdade de associação. (Voto-vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no PA nº 08012.001591/2004-47)

86. O ex-Conselheiro João Paulo Resende respondeu os argumentos da ex-Conselheira Ana Frazão e do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, argumentando que seria preciso que cinco condições estivessem presentes para que a ação combinada de profissionais/concorrentes pudesse produzir ganhos líquidos de bem-estar social e a tese de poder compensatório pudesse prevalecer (SEI 0090565). Além das três condições anteriormente propostas por Márcio de Oliveira Júnior, quais sejam, (a) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva; (b) ausência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) poder de barganha bilateral, ou seja, a manutenção da possibilidade de efetiva negociação entre as partes, Resende propôs (d) simetria entre as estruturas resultantes da

conduta e (e) efeitos sociais líquidos positivos.

87. Uma questão que merece ser ainda avaliada pela autoridade concorrencial, quando da análise acerca da licitude do exercício do poder compensatório, é o aumento de preços para o consumidor final decorrente do poder de mercado dos médicos reunidos em cooperativas ou associações. Essa preocupação já vinha sendo manifestada em sede de julgamento das condutas concertadas por entidades médicas, como se observa no processo nº **08012.007042/2001-33** (Coopanest-BA e GPA), exposta no voto do ex-Conselheiro Luís Fernando Schuartz, que reconheceu a assimetria entre médicos e operadores de planos de saúde, mas considerou que não seria suficiente para afastar a ilicitude da conduta, já que ação concertada ensejaria ampliar custos para os consumidores:

“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.”

88. Em regra, as entidades representativas vinham sendo punidas mesmo quando não havia coação contra associados para adotar os valores definidos na tabela, por considerar suficiente para a caracterização da infração à ordem econômica a existência de condições favoráveis à prática anticoncorrencial e de um relevante poder de influência das entidades médicas, com o consequente repasse do aumento dos preços aos consumidores.

89. A matéria foi exposta no processo nº **08012.006552/2005-17** (UNIDAS/MT e outros), por intermédio do voto da ex-Conselheira Ana Frazão, em que se refutou a conclusão de que os impactos do poder compensatório no mercado de saúde suplementar são sempre negativos para o consumidor final, na medida em que acarretariam necessariamente aumento de preços. Confira-se abaixo excerto do referido voto:

155. Nesse sentido, Furquim e Almeida concluíram, em recente estudo, que, na verdade, “não há base teórica ou empírica para fundamentar essa presunção”, tendo a análise empírica realizada por eles demonstrado justamente o contrário, ou seja, que “existem impactos positivos associados à criação do poder compensatório cristalizada na ação coordenada dos médicos”. Assim, o CADE pode ter sido utilizado na solução de conflitos privados entre OPs e médicos, condenando práticas que, em última análise, poderiam levar à redução de preços aos consumidores finais.

156. No referido estudo, os autores analisaram o impacto da existência das cooperativas médicas e da criação do poder compensatório sobre os preços dos planos de saúde cobrados do consumidor final. Os exercícios permitiram testar duas hipóteses: (i) se a existência de associações de médicos implica ou não o aumento do preço do plano de saúde para o beneficiário; (ii) se a criação de poder compensatório leva à redução de preço ao consumidor final. Na análise, foram consideradas todas as cooperativas médicas que, em maio de 2007, detinham mais de 20% de mercado. As informações foram extraídas do Cadastro Nacional de Entidades de Saúde. Também fizeram parte da amostra as cooperativas médicas condenadas entre 2003 e 2006 pela CADE por coordenação na negociação de preços.

157. A análise empírica trouxe evidências que contradizem a presunção tradicionalmente utilizada pelas autoridades antitrustes, de que os arranjos cooperativos entre médicos poderiam levar ao aumento dos planos de saúde, em prejuízo do consumidor. Na verdade, os resultados obtidos levam à conclusão oposta, ou seja, de que a ação coordenada dos médicos pode ser responsável por reduzir os preços repassados aos consumidores:

90. Assim, segundo Furquim e Almeida [5], “a autoridade antitruste deve ser cautelosa no reconhecimento da diferença entre o poder compensatório e o poder de mercado original, combatendo o último, mas preservando o primeiro, sob pena de gerar incongruências entre a teoria econômica e a jurisprudência”. Os autores concluem que não há base para fundamentar a presunção de que condutas impetradas por cooperativas médicas sempre geram prejuízos ao bem-estar dos consumidores. Confira-se:

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

91. A ex-Conselheira Ana Frazão alertou que, sem a existência de um estudo mais aprofundado sobre o tema, o aumento dos custos do consumidor final tem sido utilizado como o principal argumento para afastar a tese do poder compensatório, de modo que pode se acentuar o desequilíbrio no mercado de saúde complementar, fortalecendo o poder de monopólio das operadoras de saúde e causando sérias distorções.

92. No processo nº **08012.004276/2004-71** (CFM e outros), em que se apurou prática de infração anticoncorrencial em razão da imposição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM, embora a relatoria [6] tenha sustentado que o poder compensatório só poderia ser utilizado em casos de (a) criação de estrutura que atenuar a assimetria existente na negociação, ou (b) nas situações em que não existam essas estruturas, sejam estipulados critérios mínimos, como, por exemplo, a tabela de preços, por intermédio do voto do ex-Conselheiro Marcio de Oliveira Junior prevaleceu o entendimento de que a formação de um bloco de negociação para contrapor eventual poder de compra das operadoras deve ser vista com cautela, sobretudo se acompanhada de tabela que padronize os valores de honorários médicos:

Mas, havendo a associação para a negociação coletiva e o consequente equilíbrio do poder de barganha entre médicos e operadoras de planos de saúde, a adoção da tabela perde o sentido. A tese de que a tabela seria referencial somente seria aceitável se ela servisse de parâmetro para negociações individuais entre médicos e

93. Note-se que no julgamento do processo nº **08012.002874/2004-14**, também houve manifestação acerca do exercício do poder compensatório, tendo o Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro registrado que não percebia como os riscos concorrenciais gerados, considerando a baixa participação de mercado, poderiam ser maiores do que os ganhos de eficiência resultantes especialmente da redução de custos de transação e do aumento do poder de barganha fundado na tese do poder compensatório. No entanto, ao final, entendeu pela condenação das representadas, voto que orientou a decisão por maioria, ressaltando:

71.Dessa forma, mesmo tendo posicionamento em sentido contrário, me rendo à jurisprudência consolidada deste tribunal, em especial em face da presente composição, no sentido de considerar a conduta praticada pela Unidas infração contra a ordem econômica, independentemente da sua participação de mercado. Contudo, aproveito a oportunidade para sugerir ao conselho que aprofunde na análise de casos semelhantes em que haja barganha coletiva, especialmente nos mercados upstream e quando há como pano de fundo a tese do poder compensatório.

94. Observa-se, portanto, que a jurisprudência do CADE tem reconhecido o poder compensatório como excludente de ilicitude nos casos de negociações coletivas, embora, na maioria de seus julgados, reconheceu-se que não estavam presentes os pressupostos para o acolhimento da tese.

95. Em processo administrativo que se encontra em fase de julgamento (**08700.002124/2016-10**), em que se apura conduta supostamente anticoncorrencial executada pela Federação Brasileira das Cooperativas de Especialidades Médicas (Febracem) e cooperativas associadas, a Superintendência-Geral entendeu (SEI 1108116):

129. Assim, embora o Cade reconheça a legitimidade de cooperativas na promoção dos interesses de uma determinada categoria profissional, também entende que o exercício abusivo desse direito deve ser combatido, quando tais entidades são utilizadas como instrumento de imposição de condições negociais supracompetitivas, com uso de tabelas lineares de valores de procedimentos e se valendo de estratégias de coerção, boicote e ameaças para a imposição de suas condições às contrapartes e aos seus próprios associados.

96. A sugestão da SG foi pela condenação das representadas, porquanto *“incorreram, promoveram e coordenaram a conduta uniforme das cooperativas de especialidades médicas do estado do ES com o intuito de substituir uma lógica de negociação e contratação individual por cada cooperativa independente, por outra de negociação e contratação centralizada e coordenada, com efeitos potenciais graves sobre a concorrência nesse setor; o que caracteriza infração aos ditames da Lei nº 12.529/2011.”*

97. Em análise solicitada pelo Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima, o Departamento de Estudos Econômicos analisou se a conduta gerou ou poderia ter gerado efeitos econômicos adversos nos mercados relevantes afetados. O parecer (SEI 1320734) do DEE expôs os cenários considerados para o exame dos efeitos potenciais, pelos quais se verificou que as entidades ampliariam seu poder de barganha de forma que ele fosse maior do que a soma do poder de barganha de cada cooperativa individualmente considerada.

98. Quanto aos efeitos reais, a partir da análise dos contratos apresentados pelas diversas entidades, focando-se na evolução da remuneração média por hora e na quantidade de horas contratadas, não foram observados ganhos extraordinários das cooperativas no período analisado. O DEE ainda enfatizou que não se tinha o contrafactual, sendo impossível saber se os valores contratados seriam ainda menores se a Febracem não tivesse agregado as cooperativas e, possivelmente, participado das negociações.

99. Para concluir, cumpre examinar se há indícios de que a representada não tenha agido segundo os pressupostos estabelecidos para o exercício legítimo do poder compensatório a partir dos casos já julgados pelo CADE, embora a jurisprudência administrativa ainda não tenha se sedimentado de maneira conclusiva acerca do assunto, sobretudo no que se refere à utilização de tabelas de preços relativas a honorários médicos, situação que, em muitos casos julgados, se permitiu o afastamento da tese do poder compensatório.

100. Cumpre ressaltar que a análise aqui a ser exposta, no que se refere aos fatos relacionados às negociações entre as partes, limitar-se-á ao conteúdo probatório reunido nos autos que, embora não seja farto, não permitindo observar a estrutura do mercado envolvido e possíveis efeitos econômicos da prática investigada, demonstra a conduta imputada à representada.

101. Porém, no presente caso, observa-se que não há evidências de que o exercício do poder compensatório pelos médicos reunidos em cooperativa tenha necessariamente gerado resultados econômicos negativos, não se verificando qualquer efeito lesivo (efetivo ou potencial) ao mercado.

102. A despeito da insuficiência de dados, as informações constantes dos autos permitem observar que a Coopanest/BA possuía o quadro de sócios-cooperados de 520 médicos, conforme esclarecimento trazido pela própria representada, o que foi confirmado pelo representante que juntou uma listagem de quantitativo similar. De acordo com levantamento realizado pelo IBGE, em 2018, o total de anestesiológicos no Estado da Bahia era de 1.043 médicos, conforme consta da Nota Técnica nº 17/2024 (SEI 1305466). Assim, verifica-se que a representada detinha considerável poder de mercado, revelado pelo *market share* identificado à época, em torno de 50%.

103. No entanto, os fatos não demonstram que a representada tenha se valido de seu poder de mercado para impor uma negociação de reajuste dos preços predeterminados contratualmente com o representante, sequer se verificando que tenha coagido os cooperados a não prestarem os serviços para o Planserv, individualmente ou por meio de outra organização. Além disso, o Estado do Governo da Bahia, como justificativa da relutância em negociar, expôs sua intenção de não mais contratar os serviços de anestesiologia diretamente das cooperativas, mas individualmente e de hospitais e outras unidades, a revelar que a representada não exercia suposta capacidade de fechar o mercado para outros concorrentes.

104. Os trâmites das negociações e das tentativas de se chegar a um consenso, bem como os valores que vinha sendo executados e os propostos com o reajuste, admitem a percepção de que a Coopanest/BA apresentou regularmente sua reivindicação sem extrapolar de suas finalidades institucionais e do que é permitido pela legislação antitruste. Nesse sentido, também se observa que, na verdade, não se trata de uniformização de valores de honorários médicos por meio da utilização de tabelas, mas sim de reajustamento de preços fixados contratualmente, para os quais a representada propôs a revisão de valores, sem que se tenha coagido os cooperados a qualquer prática que pudesse interferir no ânimo da outra parte em negociar, em conformidade com o acervo probatório reunido nos autos.

105. Esse fato ainda é ressaltado diante da espontaneidade de adesão dos cooperados ao movimento coordenado pela Coopanest/BA, como se repara na ata da assembleia extraordinária realizada em 22/10/2018, quando decidiram que seria importante a existência de um grupo de trabalho para tratar das negociações e que os serviços continuariam a ser prestados até 06/01/2019, na expectativa de que o entendimento fosse alcançado (Figura 6 da Nota Técnica nº 17/2023 - SEI 1305466).

106. De acordo com valores comparativos de honorários médicos (Figura 1), os valores contratados com o Planserv eram inferiores, e continuaram inferiores segundo a proposta de reajuste, aos menores valores que a Coopasnet/BA praticava junto a outros clientes, bem como inferiores aos valores da tabela da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM).

107. A documentação acostada aos autos demonstra que Coopanest-BA tentou negociar com o Planserv o pretendido reajuste, de 2016 a 2018. Em 29/02/2016, houve aviso inicial de que era necessário o agendamento de uma reunião para tratar da revisão dos valores, enquanto no de 10/12/2017, foi apresentada uma proposta de reajuste nominal de 20%. Esse patamar teria por justificativa a defasagem de 26% (vinte e seis) em relação à CBHPM de 2016, além do Planserv não contemplar a majoração de 30% (trinta) decorrente das situações que envolviam urgência, emergência e o segundo anestesista, tampouco a duplicação dos valores quando o paciente é acomodado em apartamento. Em 2018, reiterou-se a premência de reunião para a discussão das propostas apresentadas e finalização de um acordo. A carta de 27/07/2018 foi a mais enfática quando, após detalhar o histórico de comunicados, informou que, se não houvesse resposta em 90 (noventa) dias, os serviços seriam encerrados, com a data prevista para 25/10/2018.

108. Portanto, além de ter sido revelado que os preços que se almejavam com o reajuste proposto não estavam fora dos valores de mercado, observa-se que a representada tentou criar várias oportunidades de negociação no decorrer de um considerável período, e alertou para o fato de que a prestação dos serviços poderia ser encerrada, caso não se iniciasse uma negociação. A propósito disso, a Coopasnet/BA solicitou ao Ministério Público do Estado da Bahia que mediasse uma mesa de negociações com o Governo do Estado, cujo resultado se frustrou diante da recusa por este de chegar a um acordo, embora, ao final, as partes conciliaram-se e encetaram negociações, em fevereiro de 2019, o que ensejou a celebração de um contrato com reajuste não linear e revisão de portes de procedimentos.

109. Ademais, o aviso de que a prestação dos serviços seria suspensa, tal como fora manifestado pela representada, apresenta-se em um contexto de negociação com a parte que se recusava a negociar, que, além de haver rejeitado proposta de conciliação em reunião realizada com a mediação do MP/BA, externou a intenção de não mais contratar de cooperativas a prestação de serviços ao Planserv.

110. Os indícios de regularidade do aviso de suspensão dos serviços ainda pode ser verificado pelo prazo de antecedência, de 90 dias e sem abarcar o atendimento de urgência e emergência, e permitindo que os médicos atendessem as consultas eletivas, individualmente ou por outros meios, sem que houvesse qualquer tipo de coerção sobre os sócios-cooperados para que negassem atendimento ou boicotassem o atendimento ao Planserv.

111. Aqui se apresentam claramente mais pressupostos exigidos para que o poder compensatório se afigure legítimo, qual seja, a conduta praticada pela Coopasnet/BA reverteu o que seria uma negociação coordenada apenas por uma das partes, permitindo uma barganha bilateral, posto que, como demonstrado, não somente a representante utilizou-se de instrumentos de implementação do seu poder de barganha – com a ameaça de que não mais contrataria os serviços de cooperativas –, como a representada suspendeu parte dos serviços (atendimento eletivo) nos limites do que o próprio contrato previa para a rescisão contratual, no que se refere ao aviso prévio de 90 dias, diante da negativa de negociar após insistentes tentativas por parte da representada, sem que tenha exercido coerção para boicotes ou não atendimento à Planserv pelos médicos cooperados, de outra forma que não exclusivamente por intermédio da cooperativa.

112. Portanto, no caso em análise, também se observa que o exercício do poder compensatório não inverteu a relação de assimetria de negociação, mas apenas anulou a capacidade de um negociador de determinar unilateralmente as condições do contrato.

3. CONCLUSÃO

113. As provas reunidas nos autos indicam que a representada Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – Coopanest/BA exerceu regularmente suas finalidades institucionais ao negociar valores razoáveis de honorários médicos devidos pela prestação dos serviços de anestesiologia ao Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais – Planserv, não coordenou com o objetivo de aumentar abusivamente os honorários médicos, procurando apenas a recomposição de seus valores, não intentou uniformizar e estabelecer padrões e preços dos serviços entre os diferentes agentes econômicos concorrentes, bem como não praticou conduta de boicote e ameaças de descredenciamento de profissionais para forçar negociação do reajuste de valores pelos serviços contratados pelo representante, práticas que poderiam configurar infração à ordem econômica.

114. Outrossim, não há indícios de que houve uma ação concertada entre os sócios-cooperados, utilizando-se de um eventual poder de mercado advindo da reunião dos médicos anestesiologistas em única entidade cooperativa, não se configurando a prática de cartelização ou de influência à adoção de conduta uniforme entre os prestadores.

115. Ainda, em favor da representada prevalece a tese do poder compensatório, segundo os pressupostos estabelecidos nos precedentes administrativos acima expostos, excluindo a ilicitude da prática porquanto se empreendeu, mediante medidas razoáveis, contrapor-se à negativa de negociar e à capacidade de o representante determinar unilateralmente as condições do contrato e, assim, diminuiu-se a assimetria negocial.

116. Ante ao exposto, opina pelo **arquivamento** do processo administrativo, por entender que a conduta da representada Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – Coopanest/BA não configura infração à ordem econômica.

117. Em atenção ao despacho que determinou a instauração deste processo administrativo (Despacho SG nº 18/2022 - SEI 1139230), que também decidiu pela instauração de inquérito administrativo em desfavor da Cooperativa Grupo Particular de Anestesiologia – GPA, em virtude de os beneficiários do Planserv serem, concomitantemente, atendidos pela GPA e de 96,96% dos associados da GPA serem associados à Coopanest/BA, respondendo ambas por 95% dos honorários pagos pelo Planserv, as quais já foram condenadas nos autos do processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, pela prática de influência à conduta comercial uniforme, cumpre ressaltar que não há nos autos informação acerca do deslinde das investigações em relação à GPA.

118. Por fim, informa que os esclarecimentos acerca dos quesitos elencados pelo Conselheiro Relator **Carlos Jacques Vieira Gomes** foram expostos nos tópicos 2.2.2 e 2.2.3 deste opinativo. Entretanto, quanto à abordagem sobre os possíveis efeitos anticompetitivos que teriam sido gerados pela conduta, somente é possível afirmar que as informações contidas nos autos permitem concluir que não houve consequências deletérias ao ambiente concorrencial.

À consideração superior.

Brasília, 03 de junho de 2024.

ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO
PROCURADOR FEDERAL JUNTO AO CADE

[1] Os autos nº 08700.004864/2017-71 foram iniciados para investigar conduta concertada no mercado de prestação de serviços de anesthesiologia no Distrito Federal, que se encontram em fase de inquérito administrativo.

[2] FRAZÃO, Ana. *As cooperativas e o direito da concorrência – Parte II*. Jota, 31 jul. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/as-cooperativas-e-o-direito-da-concorrenca-2-31072019>. Acesso em 26.05.2024.

[3] GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: ed. Novo Século, 2008.

[4] FURQUIM, Paulo; ALMEIDA, Silva Fagá. *Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência*. Revista de Estudos Econômicos. V. 39, nº 4, 2009, p. 14.

[5] FURQUIM, Paulo; SILVIA, Fagá de. *Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem-estar?* p.6. In: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/e54e3d7b-6dae-482f-b5e5-2e34902dc3b9/content>. Acesso em 26.05.2024.

[6] Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão, SEI 0088357, pág. 78.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08700000335201961 e da chave de acesso 1cbab9f5



Documento assinado eletronicamente por ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1515933623 e chave de acesso 1cbab9f5 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO, com certificado A1 institucional (*.AGU.GOV.BR). Data e Hora: 07-06-2024 15:26. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
