

O problema dos cartéis de Cooperativas de Especialidades Médicas

Gesner Oliveira¹

Marcela Altale

Ricardo Pastore

Roland Veras Saldanha Junior

1. Apresentação ao problema dos cartéis cooperativos

Este trabalho se debruça sobre a problemática associada à resiliência e tendência de ampliação de condutas de cartel por cooperativas de especialidades médicas no Brasil, entendendo que a repressão destes graves ilícitos concorrenciais tende a ser pouco eficiente e eficaz sem o enfrentamento de sua causa estrutural: as facilidades existentes no uso impróprio de véus cooperativistas para a dominação e exercício abusivo de poder de mercado.

A robusta sedimentação jurisprudencial, que sustentou a condenação de cartéis de cooperativas de especialidade nas últimas duas décadas, é incongruente com a persistência e ampliação deste tipo de prática nos últimos anos. Se são mais claros os prejuízos de curto prazo decorrentes destas condutas ilícitas para as Operadoras de Saúde Suplementar afetadas em cada caso concreto, o dimensionamento de sua lesividade concorrencial, à livre iniciativa e aos consumidores, depende de perspectiva mais ampla. De fato, por distorcer sinais de preços e elevar os custos de planos de privados de saúde, as ações regionais de guerrilha anticompetitiva ameaçam o desenvolvimento da indústria de saúde como um todo, incluído o SUS, em conta a ser paga pelos beneficiários finais através de contribuições mais elevadas e diminuição da disponibilidade ou qualidade da oferta destes serviços.

Sabe-se que, por dificuldades na aferição da qualidade e esforço necessários e efetivamente envolvidos na provisão de serviços médicos na atenção de cada paciente, a negociação de honorários médicos por operadores ou prestadores intermediários é bastante desafiadora. Num cenário de escassez nacional de oferta de médicos e considerada a essencialidade destes profissionais de variadas especialidades para o funcionamento da indústria, sinais obtidos pela livre operação dos mercados são o melhor caminho conhecido para a solução dos complexos problemas alocativos envolvidos.

Parece imperativo constatar e eliminar a brecha estrutural que propicia extrema facilidade na constituição de cartéis regionais capazes de imposição

enviesada e coercitiva de honorários médicos, descolados do que seria observado pela livre interação das forças de oferta e demanda nos mercados. Os cartéis de especialistas médicos podem ser estruturados em tempo de colibri para uso desvirtuado do arcabouço institucional que estimula e regulamenta o cooperativismo no Brasil, fazendo emergir a paradoxal figura do cartel com registro em cartório.

Sendo a liberdade constitucional de associação no Brasil garantida apenas para fins lícitos, resguardam-se os princípios da livre associação e os ideais cooperativistas ao se combater a constituição de entidades cuja principal - senão única - finalidade esteja na obtenção de poder de mercado para o exercício abusivo. A busca de posição dominante não fundada em crescimento orgânico ou eficiências, a obstaculização da prestação de serviços dos cooperados fora de seu controle centralizado, a imposição concertada de tabelas de preços, a promoção de boicotes ou descredenciamentos em massa e a discriminação estratégica na negociação com demandantes não são apenas condutas tipificadas como ilícitos concorrenciais no antitruste nacional: são a finalidade social dos cartéis por cooperativas de especialistas médicos.

Não se afirma, aqui, que toda a cooperativa de especialidades médicas seja constituída para exercício de ilícitos concorrenciais; muito ao contrário. A questão se concentra nas facilidades estruturais em se constituir e operar cartéis sob o disfarce cooperativo. Se houvesse clareza a este respeito, a detecção deste anômalo tipo de cartel seria trivial, bastando para tanto investigar se as condutas ilícitas estão sendo implementadas ou são justificativas preponderantes para a existência de uma cooperativa específica.

Mesmo para especialistas em defesa da concorrência é incontornável a perplexidade trazida pela possibilidade de que alguns médicos organizados em sociedades sem finalidade lucrativa e regida por decisões democráticas, como são as cooperativas, possam estar ameaçando a ordem econômica e o bom funcionamento de um mercado regionalmente delimitado, ao se associarem para pleitear melhores condições de remuneração frente a grandes ou médias OPS, hospitalais ou laboratórios, não raro com atuação geográfica nacional.

Sem pretender dissonância com a razoabilidade em postergar a decisão de ilicitude concorrencial ao momento em que um suficiente cotejo das ineficiências e eficiências eventualmente envolvidas, caso a caso, permita entender pela existência de efeitos líquidos negativos das condutas investigadas - como preconiza o princípio do antitruste norte americano da “*rule of reason*” - para situações envolvendo cooperativas de especialidades médicas que se organizam para a prática de cartel, vedações absolutas - ou “*de per se*” - parecem se colocar como opção superior.

Numa analogia possível, o tratamento dos sintomas anticompetitivos trazidos pela ação de cartéis cooperativos, que podem ter natureza epidêmica, não depende de exames exaustivos, diagnose demorada ou da busca de terapias não convencionais. Da identificação de finalidades preponderantemente ilícitas, motivando as condutas de uma cooperativa de especialistas médicos e constatada a ruptura dos limites aceitáveis de domínio de mercado, a diagnose técnica e a cura condenatória podem ser realizadas com ínfima probabilidade de erro.

Considerando a urgência na provisão de orientação segura sobre os limites de lícitude para a ação cooperativa entre profissionais médicos concorrentes e como bem amparada a medida que reduz a frequência ou longevidade de processos onerosos à Administração e particulares, um protocolo mais pragmático a seu combate teria efeitos profiláticos e curativos da maior razoabilidade.

A Seção 2 é dedicada à apresentação e análise econômica de certos elementos da legislação que regulamenta as cooperativas no Brasil, que são importantes à compreensão da fissura estrutural utilizada para a constituição e funcionamento dos cartéis de especialistas médicos.

A natureza atípica deste tipo de cartel e a lógica de seu funcionamento são foco da Seção 3, ficando para a Seção 4, conclusiva, a sustentação mais detida da conveniência e razoabilidade da avaliação menos circunstancial ou preciosista deste tipo particular de ilícito, de per se, anticompetitivo.

A Bibliografia será apresentada de forma sintética, remetendo-se ao estudo GO Associados (2014) para desdobramento das referências.

2. A lógica econômica das Sociedades Cooperativas

2.1. Noções preliminares

A legislação do Cooperativismo no Brasil (Lei nº 5.764/71, Lei nº 12.690/12 e Código Civil) estabelece diretrizes e condicionamentos importantes para a compreensão das funções sociais e econômicas das cooperativas no país. É importante reiterar, preliminarmente, que o fenômeno dos cartéis cooperativos que conduz a presente análise é disfunção específica e pontual que decorre de condutas concorrencialmente ilícitas de certos agentes econômicos, em nada desmerecendo os elogáveis ideais cooperativistas ou as normas legais que os acolhem e instrumentalizam no país.

É clara a Lei nº 5.764/71, ao dispor que a finalidade exclusiva de uma sociedade cooperativa é a prestação de serviços a seus cooperados - sempre

incluída a preocupação em facilitar o aperfeiçoamento educacional e capacitação de seus membros -, o que permite compreender, com bastante facilidade, os principais tipos de cooperativas: de consumidores, de produtores e de trabalho. Das cooperativas de consumo, os cooperados recebem os serviços de acesso facilitado a bens, serviços ou recursos financeiros obtidos por meios cooperativos, beneficiando-se do diferencial entre os preços que pagariam individualmente e os custos normalmente menores percebidos pelo caminho cooperativo. Nas cooperativas de produtores, além dos benefícios oferecidos por cooperativas de consumo, são comuns os serviços de acesso ou locação de equipamentos de produção, estocagem e comercialização. Por fim, em cooperativas de trabalho, organizam-se recursos comuns para propiciar a prestação conjunta de serviços a terceiros, sendo os benefícios de acesso a este *pool* organizado de recursos os serviços recebidos pelos cooperados.

No Brasil, as cooperativas são necessariamente organizações sem finalidade de lucro e marcadas por regras de controle estritamente democráticas. Por seu desenho institucional, que depende de no mínimo 20 cooperados para constituição, existe razoável liberdade para a aquisição de quotas do capital cooperativo que podem gerar benefícios na restituição em caso de saída ou dissolução da sociedade. No que se refere às regras decisórias, tomadas sempre por maioria, cada cooperado tem direito a apenas um voto, independentemente da quantidade de quotas sob sua titularidade.

2.2. Firmas com finalidades não-lucrativas

Apesar de serem variados os tipos conhecidos de organizações sem finalidade de lucro - ONGs, Sindicatos, Partidos Políticos, Igrejas, Associações e Conselhos de Classe, Cooperativas, Filantropias, Fundações e Clubes -, o papel econômico deste tipo de firma costuma ser de menor expressão em sociedades capitalistas, o que explica a escassez de trabalhos técnicos a seu respeito. A finalidade não lucrativa é, a propósito, compatível com a geração de excedentes líquidos positivos (lucros), sendo mais apropriado diferenciar estas firmas de outras pela vedação estatutária ou legal, que nelas existe, à distribuição dos resultados líquidos para os indivíduos que as controlam: sócios, administradores, diretores, por exemplo.

Como o impedimento de distribuição gera desinteresse de investidores externos em alavancar as operações de firmas sem fito de lucro, a justificativa econômica para este tipo de sociedade, para além de servir para a (i) organização jurídica de grupos políticos, religiosos ou de lazer, ou estaria no (ii) interesse de doadores, filantropos e do governo em direcionar recursos para atividades em que os incentivos de redução de custos fossem mais suaves do que em empresas que visam lucros, ou no (iii) aproveitamento de

vantagens tributárias, já que são comuns as imunidades e isenções fiscais a este tipo associativo (Glaeser & Shleifer, 2001).

Para as cooperativas no Brasil, a existência da vedação de distribuição dos resultados líquidos serve basicamente como condição e contrapartida à obtenção de benefícios tributários nas atividades de prestação de serviços a seus associados, um importante estímulo à prática cooperativista por desoneração.

2.3. Firmas com controle democrático

As regras definidoras do destino ou a distribuição dos excedentes econômicos do negócio não se confundem com as que definem os direitos de controle sobre a firma. Recorre-se às contribuições de Grossman & Hart (1986) e Hart & Moore (1990) para definir os direitos de controle sobre um ativo ou conjunto de ativos como as prerrogativas “de decidir como estes ativos serão usados, excepcionados os usos particulares que tenham sido especificados em um contrato inicial”. Evidentemente, este conceito de poder de controle só se aplica a recursos não humanos, como o capital físico, os intangíveis ou o capital financeiro, que podem ser usados e transferidos, no todo ou em parte, a terceiros.

A obrigatoriedade das regras de controle democrático nas cooperativas brasileiras, dispersando a capacidade de decidir o uso a ser dado para os recursos cooperativos, aparece como engenhoso mecanismo para impedir que os recursos não humanos sob sua propriedade possam ser controlados por pequenas coalizões de cooperados. O capital não humano, nestes termos, tem seu uso condicionado ao interesse e favor da maioria dos cooperados, a coalizão majoritária.

Consolidando a obrigação de controle democrático à restrição de finalidade não lucrativa das firmas cooperativas no Brasil, encontra-se arranjo organizacional bastante peculiar, visto que as vantagens da integração se resumem aos benefícios da fruição dos serviços que os cooperados possam perceber por serem membros da Cooperativa. A relação entre um cooperado e a cooperativa tem a natureza de integração vertical, como ocorre quando um produtor se funde ou associa a um fornecedor ou distribuidor.

2.4. Constituição e ingresso em cooperativas

A quantidade e qualidade dos serviços prestados por cooperativas estão sujeitas a significativas economias de escala e escopo, vale dizer, tendem a se ampliar com o aumento da quantidade de cooperados e da variedade de

serviços a eles oferecido. Nestes termos, é compreensível a exigência legal de um número mínimo de 20 membros para a estruturação de uma Cooperativa no Brasil, inexistindo limite superior à quantidade de integrados.

O ingresso numa cooperativa é “livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade”, permitidas restrições à admissão apenas de “pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão” (Lei 5.764/71, art. 29º e § 1º). Para evitar a necessidade de revisões estatutárias a cada alteração no quadro de membros, o capital social das Cooperativas no Brasil é variável, limitando-se por lei o valor das quotas-partes individuais ao do maior salário-mínimo vigente no país (Lei 5.764/71, art. 24).

Para além da necessidade de arregimentar o número mínimo de membros e arcar com emolumentos cartoriais de menor monta, a estruturação de uma cooperativa é um processo rápido e facilitado por organizações que suportam o cooperativismo, inclusive auxiliando o treinamento de gestores e no planejamento estratégico.

A decisão de ingresso em uma cooperativa típica é também pouco tormentosa, envolvendo a necessidade de apresentação de documentos simples, anuência e a integralização mínima de quotas, normalmente admissível o parcelamento e sem necessidade de revisão do Estatuto. Sem finalidade de lucros e interessadas no aumento da base de cooperados, as cooperativas costumam exigir de seus membros contribuições associativas módicas e proporcionais aos benefícios percebidos pela fruição dos serviços cooperativos disponibilizados.

Evidente que, por serem organizações regidas democraticamente, a participação em assembleias e o acompanhamento próximo das deliberações majoritárias podem se transformar em ônus consideráveis quando se trata de sociedades muito ativas. No caso de cooperativas regionais de especialistas médicos, esta problemática não costuma ser relevante, tanto pelo número limitado de membros como pela simplicidade dos serviços ofertados cooperativamente.

As cooperativas de especialidades médicas (lícitas), por serem cooperativas de produção e não de trabalho, têm o potencial de prestar serviços relevantes a seus membros na facilitação de aquisição de equipamentos, acesso a periódicos e bases médicas, organização contábil ou administrativo, suporte de secretariado ou na realização e participação em congressos, por exemplo. Importante frisar que, não sendo organizações voltadas à prestação de serviços a terceiros não cooperados, as cooperativas de especialidades médicas raramente investem em equipamentos médicos ou instalações próprias,

ressalvada a possibilidade de oferta de serviços de locação de tais recursos a associados que, individualmente, atendam a terceiros.

De fato, por padrão e no intuito de reduzir a magnitude das contribuições feitas por seus cooperados, as cooperativas de especialidades médicas normalmente operam em instalações parcimoniosas, em pequenas salas comerciais locadas e com mínima equipe de funcionários.

3. Cartéis por Cooperativas de Especialidades Médicas

Um cartel clássico consiste de um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro ou excedente do negócio (Lande & Marvel, 2000), sendo considerado, na maior parte das jurisdições, como um dos mais graves ilícitos concorrenciais pelos efeitos perniciosos que traz ao distorcer sinais de mercado e depender de artificial restrição na quantidade ou qualidade comercializada para atingir suas finalidades.

Envolvendo ofertantes (ou demandantes) que deixam de decidir de forma independente para coordenar suas ações como se fossem um único *player*, pela constituição de cartéis busca-se mimetizar as escolhas de um monopólio (ou monopsônio). Evidentemente, são pré-condições para que o exercício abusivo de poder de mercado a baixa substitutibilidade dos produtos/serviços por ele ofertados (demandados) e a existência de barreiras que dificultem o ingresso de *players* não alinhados, que retirariam viabilidade aos abusos por concertação horizontal.

Sendo alternativas de coordenação entre concorrentes mais simples, rápidas e flexíveis do que as fusões, aquisições ou contratos associativos, a proliferação de cartéis encontra motor na rentabilidade esperada por decorrência da elevação de preços, restrição da oferta (demanda) ou limitação da qualidade no mercado em que atua. No controle de condutas, por autoridades antitruste, e na instabilidade estratégica inerente a pactos que, por ilícitos, não podem ter sua execução forçada por lei, encontram-se os principais fatores que limitam a criação e sobrevida dos cartéis.

O combate a cartéis clássicos é caro e operacionalmente difícil, já que depende da detecção e obtenção de provas robustas da existência de coordenação ilícita de ações que, na prática, são compromissos firmados oralmente ou ajustados informalmente. Dependendo de suporte de serviços de inteligência, ação policial ou de confissões obtidas através de incentivos à delação premiada, a repressão à prática de cartel precisa ainda respeitar aos princípios do devido processo legal e do contraditório, pelo que costuma ser comum e importante a previsão de sanções elevadas que reduzam as vantagens esperadas pelos envolvidos no cometimento deste tipo de ilícito.

3.1 Cartéis de Especialistas Médicos no Brasil: breve casuística

Em recente levantamento realizado pela Consultoria GO Associados (2014), constatou-se que entre 1994 e 2011 foram abertos ou julgados 21 Procedimentos Administrativos (PA) junto ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) envolvendo cooperativas de especialidades médicas investigadas por prática de cartel. Nesta amostra restrita, por envolver apenas casos que superaram a fase preliminar de inquérito e se converteram em PA, oito (08) resultaram em condenação e três (03) em arquivamento motivado por não caracterização do ilícito, restando os 10 outros pendentes de julgamento.

Da análise desta casuística, chama a atenção, em primeiro, a longevidade dos procedimentos. Entre os PA pendentes, a última abertura ocorreu no ano de 2011, com uma ocorrência em 2010 e duas em 2009, tendo os restantes sido iniciados entre 2002 e 2007. Para os casos julgados, a duração média dos PA foi de aproximadamente quatro anos. A segunda constatação importante se refere ao nítido assentamento e convergência jurisprudencial a respeito da ilicitude dos cartéis cooperativos. Observou-se que sempre que a cooperativa de especialistas amealhava parcela dominante da oferta de serviços médicos especializados em certa região, a coordenação centralizada e uniforme na negociação de honorários e condições de pagamento redundou na caracterização e condenação das cooperativas. Por padrão, o exercício abusivo de poder de mercado por estas cooperativas ocorre através da imposição coercitiva de termos de pagamento ou tabelas de honorários junto a OPS e prestadoras, sendo usuais a ameaça ou prática de boicotes ou descredenciamentos em massa. Para evitar ações de médicos dispostos a prestar serviços sob condições desalinhadas com as definidas no cartel, impedimentos estatutários e forte pressão moral ou corporativista sobre profissionais não membros são recorrentes.

3.2. Mercados de serviços médicos

A ausência de substitutos próximos para serviços médicos e a assimetria informacional na relação médico-paciente fazem ser comum, em manuais básicos de Microeconomia, o exemplo da precificação destes serviços para ilustrar a teoria da discriminação de preços de 1º Grau, pela qual um agente com poder de monopólio, se desejar, consegue extrair de cada demandante o preço máximo que ele estaria disposto a pagar para não ficar sem o produto ou serviço.

Existindo uma quantidade expressiva de médicos independentes em atuação, qualquer exercício de poder de mercado fica adstrita a diferenciais de localização, especialidade, reputação ou qualidade dos serviços, já que

pacientes não costumam perceber os serviços de diferentes médicos como substitutos perfeitos, mas estão dispostos a considerar alternativas em função dos custos envolvidos.

A imagem estilizada – e, em boa medida, abjeta, ao desconsiderar a medicina realizada *pro bono* e considerações éticas - de um médico monopolista que objetivaria apenas a máxima extração de renda dos seus pacientes, presume liberdade do profissional ofertante em fixar livremente preços, num cenário de restrita aplicação fora do segmento de atendimentos particulares, não intermediados.

De fato, os importantes desenvolvimentos trazidos pela saúde administrada por entes públicos e operadoras privadas retiraram a facilidade do apreçamento monopolístico por parte de médicos, fazendo surgir intermediários incumbidos pelo pagamento dos serviços prestados aos usuários dos sistemas públicos e beneficiários de planos de saúde privados.

No segmento da saúde suplementar brasileira, estes intermediários são operadoras de saúde (OPS) que se responsabilizam pela organização esquemas de compartilhamento de riscos entre beneficiários interessados, comercializando de planos de saúde com cobertura para as despesas com serviços médicos, internações, exames laboratoriais e serviços auxiliares, conforme contratos sob próxima regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Dependendo de complexos cálculos atuariais para estimar os custos esperados das sinistralidades, em setembro de 2014, cerca de 1437 OPS, 102 delas com mais de 100 mil beneficiários ativos, competiam entre si para conseguir credenciar profissionais médicos para atender seus clientes. É conhecida a escassez de médicos no Brasil que, em 2012, chegou à insuficiente marca de dois (02) destes profissionais para cada 10.000 habitantes em média, ano após ano aparecendo a remuneração média recebida por médicos no topo das tabelas de remuneração por ocupações com nível superior (Maciente et al., 2013). Neste contexto, a própria concorrência entre OPS, em nível nacional e regional, encontra balizas que garantem aos custos com serviços médicos fatia elevada dos gastos a serem supridos com as mensalidades dos planos de saúde que comercializam.

Nas negociações periódicas com médicos para definição de honorários, as OPS encontram no impacto da elevação dos custos a serem compartilhados pelos beneficiários e na necessidade de dispor de médicos para atendê-los restrições pouco flexíveis. Há que se considerar o fato de que, na posição central em que se encontram na indústria de serviços de saúde, os médicos individualmente ainda dispõem de grande poder de mercado, já que podem se credenciar a várias OPS, restringir os atendimentos daquelas que desejar ou se descredenciar, negociar complementação diretamente com pacientes que façam questão de seus serviços, trabalhar em clínicas próprias, atender no SUS, ou usar diversas

combinações destas alternativas. A falta de médico no país é problema crônico, que hoje motiva inclusive providências públicas no sentido de permitir o ingresso e prática de profissionais formados em outros países, como ocorre com o Programa Mais Médicos. Vieira e Servo (2014) organizam dados que mostram 23,7 inscritos por vaga para cursos de graduação em medicina no ano de 2009. Apesar de estas vagas terem aumentado em cerca de 200% entre 2001 e 2012, neste último ano a relação candidato/vaga em cursos de medicina chegou à impressionante marca de 48,2.

3.3. Cartéis de Especialistas Médicos no Brasil: um problema estrutural

Na experiência brasileira, a existência e disseminação dos cartéis de especialistas médicos é intrinsecamente relacionado à negligenciada facilidade do uso de organizações cooperativas para instrumentalizar uma coordenação horizontal e estrategicamente estável entre ofertantes concorrentes.

Diferente do uso lícito das instituições cooperativas no repasse a seus membros de vantagens obtidas por conseguir comercializar produtos e serviços em escalas maiores do que aqueles que poderiam ser atingidos individualmente pelos cooperados, os cartéis cooperativos de especialistas médicos dependem da existência de um ativo não humano bastante peculiar para conseguir prestar seus “serviços”: domínio de mercado relevante.

A busca e obtenção deste ativo intangível é infração à ordem econômica prevista no Art. 36, II, da Lei de Defesa da Concorrência vigente (Lei nº. 12.259/2011) ressalvadas as situações em que a dominação do mercado tenha ocorrido por crescimento baseado na maior eficiência do agente econômico em comparação a seus competidores.

Representando um conceito híbrido econômico-jurídico, o mercado relevante pode ser bem assimilado pela imagem da arena concorrencial em que se analisa a lícitude de condutas competitivas, normalmente sendo desdobrado nas dimensões produto e geográfica. Condutas de cartel de médicos especialistas costumam trazer pouca dificuldade para a delimitação de mercado relevante, que na dimensão produto costuma ficar estabelecido como o dos serviços médicos da especialidade envolvida e na dimensão geográfica é fixado como a área de atuação do cartel, que pode ser um município, uma microrregião ou, como tem sido frequente, um estado da Federação. Na delimitação do mercado relevante interessa escopo conservador, em que o poder de mercado e seu eventual abuso fiquem bem caracterizados e expostos à avaliação de lícitude.

Pela Lei vigente de defesa da concorrência, presume-se a existência de posição dominante “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar

unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”, nos termos do Art. 36, § 2º. Relembrando que para o registro de uma cooperativa são necessários pelo menos 20 membros, para cooperativas de especialidades médicas o critério referencial dos 20% será atingido sempre que na área de atuação desta entidade houver uma centena ou menos especialistas prestando estes serviços.

Há diversas situações no Brasil em que o número de médicos de certas especialidades é bastante inferior à centena, em figura que se agravaría em referenciais de dimensão geográfica menos amplos e nos quais a simples constituição da associação de especialistas com base mínima de vinte cooperados já faria incidir o ilícito de dominação de mercado. Uma condenação absoluta destas cooperativas seria, todavia, pouco razoável. Conforme discutido na Seção 3, é perfeitamente possível constituir cooperativas de especialistas médicos sem trazer ameaças concorrenciais, bastando para tanto que sua finalidade e operação não estejam voltados ao exercício abusivo de posição dominante. Com efeito, a dimensão produto destas cooperativas lícitas não é a oferta de serviços médicos especializados, mas a prestação de serviços anciares aos cooperados em que as chances de dominação de mercado ficam bastante remotas.

Todavia, quando cooperativas dominantes se estruturam ou servem para a centralização e uniformização de honorários de médicos especialistas, o assunto passa a ser outro. Nestes casos, a obtenção de posição dominante é suficiente para causar limitações ou falseamentos na livre operação da concorrência e dos mercados, facilmente caracterizando o exercício abusivo do poder de mercado qualquer negociação mais agressiva junto aos demandantes dos serviços médicos especializados.

A imposição coercitiva de tabelas de honorários, as alterações unilaterais na descrição ou de quantidade de procedimentos remunerados, as ameaças ou práticas de descredenciamento em massa dos cooperados junto às OPS, os boicotes no atendimento de beneficiários de certos planos privados, a discriminação nos termos oferecidos a diferentes operadoras, a cooptação e retirada de médicos prestadores no SUS para as lides do cartel são potentes armas no arsenal dos cartéis de médicos especialistas.

A fissura estrutural, da qual emergem viçosos os cartéis por cooperativas de especialidades médicas, seria fechada facilmente se na normatização do cooperativismo viesse expressa a vedação (i) à prestação de serviços de centralização ou uniformização negocial e (ii) a quaisquer constrangimentos sobre a liberdade dos cooperados em prestar serviços a terceiros, sempre que a base de membros da cooperativa fosse suficiente para dominar mercado relevante.

Não se insiste na hipótese de aperfeiçoamento na regulamentação das cooperativas porque, apesar de providência suficiente para eliminar o problema dos cartéis cooperativos por via de restrição contratual, aparece estranha e desnecessária. Pareceria pouco harmônica a inclusão de previsão explícita para excetuar práticas de dominação e abuso de poder de mercado dirigida a entidades cooperativas, voltadas à agregação solidária de pessoas em desprivilegio do capital, alvo de incentivos fiscais e regidas democraticamente. Supérflua, também, já que, apesar de altamente propícia à constituição e solução de problemas de instabilidade estratégica dos cartéis, a estrutura cooperativa não pode ser usada para finalidades ilícitas.

4. Conclusões

O paradoxo da coexistência de sedimentada convergência jurisprudencial sobre a ilicitude dos cartéis de cooperativas de especialidades médicas a resiliência e espraiamento destas condutas foi o fio de condução deste trabalho.

Relatório Estatístico da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2014) estima que em 2011 os gastos para atendimento a necessidades de saúde tenham sido da ordem de USD 1.119, per capita, equivalendo a 8,9% do PIB. A natureza incerta, urgente, e o inestimável valor da demanda individual por serviços produzidos na indústria de saúde é bem percebida na relação direta entre médicos e pacientes, mas a provisão de acesso às mais modernas técnicas e tratamentos para grandes populações apenas tornou-se factível pela estruturação de meios de financiamento mutualistas, que introduziram necessária intermediação na contratação de serviços médicos.

A modernização da indústria de serviços de saúde não retirou do médico o *status* de “capitão do time” (Fuchs, 1974), já que a diagnose de pacientes, o acompanhamento, as cirurgias, a seleção de medicamentos, os pedidos de exame e as necessidades de equipamentos são ações essencialmente dependentes da iniciativa e participação deste profissional cuja oferta no Brasil ainda é bastante escassa. Considerando a desigual distribuição destes profissionais no território do país, e por especialidades, é problemático vislumbrar qualquer referencial técnico robusto que possa amparar a busca de eficiências compensatórias à conduta de cartéis regionais de especialistas médicos.

De fato, se há desequilíbrios em curso, é com mais concorrência em todos os elos da indústria que se pode, por referenciais tirados da livre operação dos mercados, esperar no curto, médio e longo prazos superação consistente. Apesar de compreensível e bem alinhado ao princípio da “*rule of reason*” no antitruste, o zelo em tentar encontrar eficiências compensatórias que

possam, cotejadas aos prejuízos típicos da ação de cartéis de cooperativas de especialidades médicas, desaguar no arquivamento sem condenação de procedimentos administrativos, tende a trazer apenas efeitos perversos.

Pela análise feita a propósito da lógica econômica da criação e mau uso das cooperativas de especialidades médicas para a prática de cartel, coloca-se como providência razoável o excepcional emprego da regra “*de per se*” para condenar pela prática de cartel cooperativas que, tendo atingido posição dominante, (i) tenham por finalidade ou prática a centralização concertada de negociações de honorários e (ii) usem quaisquer meios de constrangimento para desestimular comportamentos de seus membros ou de terceiros que estejam desalinhados aos interesses do cartel.

Se referenciados na razoabilidade administrativa e em longo histórico jurisprudencial os Conselheiros do CADE e a melhor doutrina brasileira acolhem hegemonicamente o princípio norte americano da “regra da razão”, a exceção aqui sugerida se apoia nas mesmas bases. A um, parece claro que a busca de eficiências compensatórias para condutas de cartel por cooperativas de especialidades médicas será pouco razoável sempre que míope, por adstrita a um mercado relevante regional, a dois, a percepção de que a elevada atratividade do uso de véus cooperativos para condutas de cartel é problema estrutural, que independe de circunstâncias e tende a ser foco recorrente de novos e mais ilícitos concorrentiais, retira razoabilidade à contemporização de efeitos líquidos quando a conduta fica bem caracterizada.

Em tema sensível e de abrangente repercussão, mesmo a presunção de per se do ilícito dos cartéis de cooperativas de especialistas médicos em juízo cautelar poderia trazer grandes benefícios à concorrência e à indústria de saúde no Brasil. O imediato estabelecimento de medida preventiva, pela cessação das práticas de centralização negocial e de constrangimento de médicos ao alinhamento cartelizado, conforme autorizadas pelo Art. 84 da Lei nº. 12.259/2011, é primeiro socorro potente. Em quadros envolvendo cooperativas de especialidades médicas, o protocolo clássico, por lento, oneroso e associado a riscos epidemiológicos, merece atualização. Cartel faz mal à saúde.

Notas

1 - **Gesner Oliveira** - Sócio da GO Associados e Professor de Economia da Fundação Getúlio Vargas São Paulo. Foi Presidente da Sabesp (2006-10); exerceu dois mandatos como Presidente do CADE (1996-2000); foi Secretário de Acompanhamento Econômico em 1995 no Ministério da Fazenda e Secretário Adjunto de Política Econômica (1993-94).

Marcela de Lima Altale - Advogada. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Advogada com atuação em Direito Administrativo e Societário, graduada

pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Monitora da disciplina de Direito Econômico na Universidade São Judas Tadeu.

Ricardo Ferreira Pastore - Mestre (LL.M.) em Direito Econômico Internacional (International Economic Law Business and Policy) pela Stanford/EUA. Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo (Edesp) da FGV-SP, Programa GVLaw. Non-Governmental Advisor (NGA) do Unilateral Conduct Working Group da International Competition Network (ICN). Bacharel em direito pela Faculdade Paulista de Direito da PUC-SP.

Roland Veras Saldanha Junior - Chefe do Departamento de Economia da PUC-SP, Mestre em Economia de Empresas, pela EASP/FGV, Bacharel em Direito pela PUC-SP e Administrador de Empresas pela FGV/SP.

Bibliografia

LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P., The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. *Wisconsin Law Review*, Vol. 2000, n. 941, 2000. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=1134820>]

CHRISTIANSEN, A.; KERBER, W., Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs Rule of Reason”. *Journal of Competition Law & Economics* (2006) 2 (2): 215-244.

FUCHS, V.R. *Who Shall Live?*. Basic Books, New York. 1974.

GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. Not-for-profit entrepreneurs. *Journal of Public Economics*, v. 81, n. 1, p. 99–115, 2001. Disponível em: <<http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0047272700001304>>.

GO ASSOCIADOS. A Lógica e os Efeitos das Práticas Anticoncorrenciais por Cooperativas de Especialidades Médicas: Importância do Papel Repressivo e Orientador. Mimeo. 111 p. 2014.

GROSSMAN, S. J.; HART, O. D. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, 1986.

HART, O.; MOORE, J. Property Rights and the Nature of the Firm Property Rights and the Nature of the Firm. *Journal of Political Economy*, v. 98, n. 6, p. 1119–1158, 1990.

MACIENTE, A. N.; NASCIMENTO, P. A. M. M.; ASSIS, L. R. S. Ocupações de nível superior com maiores ganhos salariais entre 2009 e 2012. Radar: inovação, produção e comércio exterior. Brasília, n. 27, ed. especial, p. 55-68, jul. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/vLfKoi>>.

MCGUIRE, T.G., “Physician agency”, in: A.J. Culyer and J.P. Newhouse, eds., *Handbook of Health Economics* (Elsevier, Amsterdam) Chapter 9. 2000.

VIEIRA, Roberta S.; SERVO, L. M. S. Escassez de médicos no Brasil: análise de alguns indicadores econômicos. Radar: inovação, produção e comércio exterior. Brasília, n. 32, p. 7-18, abr. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/140508_radar32.pdf>.