

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 08012.005779/2002-01**

Representante: Aliança Metropolitana – RJ Cooperativa de Trabalho Médico.

Advogados: Reginaldo Ferreira Lima, Antonio Salvador B. R. Moniz de Aragão e Cristiane Costa Rebelo Botelho.

Representada: Unimed São Gonçalo – Niterói, Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares.

Advogados: Ana Carolina Drumond Torres Martins e Cláudio Araújo Pinto.

Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Data de publicação do Acórdão: 24.02.2005.

EMENTA

Processo Administrativo. Cláusula de não associação à outra cooperativa com mesmo objeto social. Não caracterização de infração à ordem econômica. Arquivamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, em entender que a Representada não praticou infração à ordem econômica, determinando o arquivamento do presente Processo Administrativo. Vencidos os Conselheiros Ricardo Villas Boas Cueva e Luís Fernando Rigato Vasconcellos, que consideraram a Representada como incurso nas condutas elencadas no art. 20, incisos I e IV, c.c art. 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci. Ausente justificadamente o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

Brasília – DF, 19 de janeiro de 2005, data do julgamento da 338ª Sessão Ordinária de Julgamento.

LUIZ CARLOS DELORME PRADO

Conselheiro

ELIZABETH. M. M. Q. FARINA

Presidente do Conselho

RETIFICAÇÃO

No Acórdão relativo ao Processo Administrativo nº 08012. 005779/2002-01 em que figuram como Representante Aliança Metropolitana – RJ Cooperativa de Trabalho Médico e Representada Unimed São Gonçalo – Niterói, Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares, publicado no Diário Oficial da União nº 37, Seção I, páginas 35, em 24 de fevereiro de 2005, onde se lê: “Processo Administrativo nº 08012.005779/2001-01”, leia-se: “Processo Administrativo nº 08012.005779/2002-01”.

ELIZABETH. M. M. Q. FARINA

Presidente do Conselho

Data de publicação da retificação no D.O.U.: 18.04.2005.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Conforme exposto no relatório, trata-se de processo administrativo no qual a Aliança Metropolitana – RJ Cooperativa de Trabalho Médico (“Aliança”) ofereceu representação em desfavor da Unimed São Gonçalo – Niterói, Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares (“UNIMED”), sob a acusação de infração da ordem econômica em virtude da proibição, por parte da UNIMED, de que seus associados se filiem a outras sociedades cooperativas similares.

Nesse sentido, o processo foi instaurado perante a Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ para apurar os ilícitos tipificados no artigo 20, I e IV e artigo 21, incisos IV e V, todos da Lei nº 8.884/94.

I – DO MERCADO RELEVANTE

No caso em questão, o mercado relevante é o de prestação de serviços médicos por meio de planos e/ou seguros de saúde, englobando tanto os serviços prestados por sociedades cooperativas como aqueles prestados por sociedades empresariais. Isso porque tanto as sociedades cooperativas como as sociedades empresariais concorrem no objeto de sua

atividade econômica, qual seja, a prestação de serviços médicos.

Já o mercado geográfico, em consonância com a definição da SDE e da Procuradoria do CADE, refere-se às cidades de São Gonçalo, Niterói, Maricá, Itaboraí, Rio Bonito e Tanguá, no Estado do Rio de Janeiro, região onde atua a cooperativa, ora Representada, ou em outras palavras, onde as relações comerciais e a conduta analisada estão presentes e geram efeitos. Tal delimitação geográfica é de extrema relevância, uma vez que a cláusula restritiva imposta pelo Estatuto da Representada (conforme se verá adiante) somente produz efeitos no âmbito das citadas localidades.

II – DA CONDUTA OBJETO DA REPRESENTAÇÃO

A infração imputada à Representada consiste na proibição imposta a seus associados de que se filiem a outras sociedades cooperativas similares, consoante se extrai da leitura do artigo 8º do estatuto da cooperativa:

“Art. 8º - **A eliminação de associados** é de competência do Conselho de Administração, depois de parecer do COTEP, incidindo sobre a pessoa que:

a) *deixe de cumprir as obrigações prevista em Lei, neste Estatuto e nas disposições internas da Cooperativa;*

b) *venha a praticar qualquer ato considerado conflitante com os fins sociais e com o objeto da Cooperativa;*

c) associe-se a outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed;

d) *cometer atos que o Regimento Interno considere falta grave.” (fls. 64 – negritamos)*

Segundo a representação, a proibição imposta pela Representada aos seus cooperados estaria prejudicando a prestação de serviços pela Representante, que, igualmente, é uma cooperativa de trabalho médico, impedindo-a, pois, de exercer livremente suas atividades. Nos dizeres da Representante, “*é impossível à Aliança Metropolitana – RJ, diante dos óbices que a denunciada insiste em lhe impor, de exercer plenamente os seus direitos e realizar suas atividades operacionais...*” (fls. 12).

De fato, extrai-se dos autos, de forma cristalina, que a Representada efetivamente atuou de forma a exigir que seus cooperados não prestem seus serviços à Representante (vide declarações de médicos que foram excluídos dos quadros da Representada – fls. 1.002/1.008). Esse fato sequer foi contestado pela Representada, que se limitou a afirmar que apenas cumpriu o disposto em seu estatuto.

Ainda em sua defesa, a Representada aduz que no estatuto não há cláusula de exclusividade, mas, sim, cláusula que proíbe seus profissionais de se associem a outras cooperativas de trabalho médico. Prova disso seria a planilha juntada aos autos (fls. 983/995), onde se observa que os médicos cooperados também são associados a outras operadoras de planos de saúde prestados por sociedades empresariais (e não cooperativas).

Note-se que a Representada não se preocupou, em nenhum momento, em sustentar eventual licitude de sua prática. Pelo contrário, defendeu que a cláusula proibitiva de associação realmente existe, mas que somente seria oponível a outras cooperativas, e não a outras formas de sociedade.

Entretanto, referida alegação não exclui a ilicitude da prática perpetrada pela Representada, conforme se extrai da leitura dos dispositivos da Lei nº 8.884/94, que regem a matéria:

“Art. 20 – **Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados:

I - *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*

(...)

IV - *exercer de forma abusiva posição dominante.*

Art. 21 – **As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;**

(...)

IV - *limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;*

V - *criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento **de empresa** concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços*

(...)” (negritamos)

Da leitura dos citados dispositivos, conclui-se que qualquer ato que impeça ou limite o acesso de novas empresas em determinado mercado (não importando que impeça um ou mais concorrentes), bem como a prática de quaisquer atos que criem dificuldade à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente (note-se que a lei utiliza o vocábulo “empresa” no singular), desde que combinados com os tipos ilícitos previstos em um ou mais dos incisos do art. 20 da mencionada lei, constituem infração à ordem econômica e, com tal, devem ser punidos.

Nessa ótica, uma leitura fiel da legislação antitruste não socorre à Representada, razão pela qual, com o devido respeito, não há como prosperar a tese encampada no parecer da SDE, segundo a qual o caso em análise versaria sobre “*uma exclusiva desavença da representada com os médicos dissidentes, que formaram a (sociedade) representante*”. (fl. 1.049)

Definitivamente, não há como deixar de se analisar a questão de fundo posta no presente processo sob o singelo argumento de que se trata de uma “lide particular”. Ta alegação, aliás, é corriqueira em processos como o presente, quando empresas acusadas de infração da ordem econômica buscam afastar a competência deste CADE no julgamento da matéria. De fato, há uma linha muito tênue que separa interesses meramente individuais daqueles interesses metaindividuais que podem ser alcançados pela legislação antitruste. Só que a ofensa direta a interesses individuais, não raro (como demonstra o presente caso), decorrem de condutas que se traduzem em verdadeira infração à ordem econômica, ainda que os interesses

imediatamente lesados sejam de particulares.

E mais: neste processo, é inafastável o fato de que a prática proibitiva imposta pela Representada aos seus associados acaba por impedir o acesso de novos concorrentes ao mercado, bem como cria dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de novo competidor.

Assim, o fato de a cláusula em exame ter sido utilizada somente contra a Representante, conforme depoimento dos próprios médicos descredenciados, não significa que a conduta não é apta a gerar efeitos anticoncorrenciais, uma vez que a Representante configura-se como uma nova concorrente da Representada e que a conduta tem potencial para prejudicar tanto a própria Representante como futuras cooperativas que venham a se instalar no mercado geográfico analisado.

A Representada alega, ainda, que a conduta apresentada diz respeito apenas a conflito de natureza privada, cabendo somente ao Poder Judiciário resolver a questão, imputando à Representante a prática de infração da ordem econômica, na medida em que usou, sem autorização, a marca Unimed com o propósito de confundir os consumidores.

A utilização da marca Unimed pela Aliança é sim, questão privada e, conforme noticiado pela própria Representada, está sendo examinada pelo poder Judiciário.

É oportuno enfatizar que a conduta em questão, não bastasse a ofensa aos preceitos da lei antitruste, contraria diretamente, ainda, a Lei nº 9.656/98, que dispõe acerca dos Planos e Seguros de Assistência Privada à Saúde.

Segundo o disposto no artigo 18, inciso III, da mencionada lei, é garantido ao profissional de saúde ou prestador de serviço “a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”. (grifamos)

Ressalte-se que essa Lei também abrange as cooperativas, pois conforme § 2º do art. 1º, *verbis* :

“§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração”. (grifo nosso)

Vale lembrar que o Poder Judiciário, como demonstrado no parecer da Procuradoria do CADE, tem decidido pela necessidade de interpretação harmônica do cooperativismo com os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, *in verbis* :

“PROCESSUAL CIVIL. MULTA IMPOSTA PELO CADE. NECESSIDADE DE SEGURANÇA DO JUÍZO PARA SE SUSPENDER A EXECUÇÃO. COOPERATIVA MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE.

1. Segundo previsto no art. 65, da Lei nº 8.884/94, “o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

2. **Mesmo que se possa entender que a Lei nº 5.764/71 admite a imposição de cláusula de exclusividade aos profissionais das cooperativas médicas, como esta lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei nº 8.884/94, não restam dúvidas de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, dentre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).**

3. **É relevante a tese de que a cláusula de exclusividade afronta o art. 18, inciso III, da Lei nº 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.**

4. **Dá-se provimento ao agravo de instrumento.”** (Sexta Turma do Egrégio TRF 1ª Região, Agravo de Instrumento 2002.01.00.030647-0/DF – grifamos)

Portanto, entendo que a imposição de cláusulas de exclusividade, mesmo que direcionada a um grupo restrito de médicos, demonstra prática inserida nos incisos I e IV do art. 20 c/c incisos IV e V do art. 21 da Lei nº 8.884.

IV – DOS EFEITOS SOBRE O MERCADO RELEVANTE

Conforme consta nos autos, a Representada congrega 1.200 médicos cooperados dos 5.638 médicos credenciados que prestam serviços na área de atuação da representada, conferindo-lhe cerca de 21% de participação de mercado, do que se presume um significativo poder de mercado a lhe propiciar condições de exercício abusivo de posição dominante a ser reprimido por este Conselho.

Conforme entendimento consagrado no CADE, o efeito mais provável da imposição de cláusula de exclusividade por quem detém posição dominante é a criação de um círculo vicioso, uma vez que tal conduta proporciona à operadora uma oferta abrangente de profissionais, reduzindo, assim, o número de profissionais disponíveis a serem contratados pelas operadoras concorrentes. Logo, quando a operadora atinge posição dominante no mercado, a quantidade ofertada de profissionais e a abrangência de especialidades influenciam significativamente nas escolhas dos consumidores, já que esses demandam grande variedade de especialidades de tratamento e opções de profissionais em cada área de especialidade. Da mesma forma, quanto maior a fatia de mercado dessa operadora, maior influência ela exercerá na opção dos médicos ao se associarem, pois o acesso à grande clientela dessa operadora compensa a perda de cliente de uma operadora menor. Percebe-se que esse círculo vicioso constitui verdadeira barreira à entrada e permanência de novos concorrentes.

Também do ponto de vista dos consumidores, as barreiras à entrada e a ausência de concorrentes no mercado limitam o leque de escolha de planos de saúde. Evidencia-se, desse modo, uma possível perda de bem-estar por parte dos

consumidores.

Quanto às possíveis eficiências derivadas da conduta que poderiam compensar os efeitos negativos acima expostos, estas têm sido comumente relacionadas, na literatura econômica, com a proteção da marca, o que evitaria atitudes oportunistas por parte dos profissionais. Em outras palavras, o contrato de exclusividade evitaria que o profissional usasse o *status* de ser cooperado da UNIMED para atender clientes de outras operadoras, o que geraria uma apropriação, por empresa concorrente, dos investimentos na marca realizados pela Representada.

Nesse caso, a Representada alega em sua defesa que a reputação do plano foi explorada pela Representante e que assim a conduta estaria baseada em desavenças particulares, cuja resolução está em trâmite perante o poder judiciário (fls. 157 e seguintes). Entretanto, conforme ressaltado pela própria Representada, a questão referente ao uso da marca "UNIMED" já está submetida ao crivo do Judiciário, de modo que não há como este Conselho se imiscuir na matéria.

Assim, considero que os efeitos líquidos da exclusividade de filiação são negativos para a concorrência, pois a cláusula de exclusividade gera distorções para o mercado de planos de saúde e impõe a barreiras à entrada e à permanência da Representante, concorrente no mercado relevante sob análise, o que, no final, acaba por prejudicar também os consumidores de planos de saúde.

V – CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando a consolidada jurisprudência desta Autarquia em julgamentos semelhantes relativos ao setor econômico análogo, e em conformidade da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal, voto pela condenação da Representada como incurso nos art. 20, incisos I e IV c/c o art. 21, incisos VI e V da Lei nº 8.884/94, nos seguintes termos:

a) Com fundamento no art. 23, inc. III da Lei nº 8.884/94 e, ainda, tendo em vista os critérios para aplicação da pena previsto no art. 27 da citada Lei, quais sejam, a gravidade da infração e sua consumação, o grau de lesão à concorrência no mercado analisado, aos consumidores e a terceiros, e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, determino a aplicação de multa no valor de R\$ 10.640,00 (dez mil, seiscentos e quarenta reais), correspondente a 10.000 UFIRs.

b) Determino que a Representada altere seu Estatuto Social, Regimento Interno, Propostas de Admissão e Fichas de Cadastro, no sentido de excluir quaisquer imposições ou cláusulas que contenham dispositivos referentes à exclusividade na prestação de serviços ou vedação à dupla militância de seus cooperados, o que deverá ser comprovado perante este CADE no prazo de 30 (trinta) dias após a publicação do acórdão da presente decisão;

c) Determino que a Representada realize às suas expensas, e sem prejuízo da multa cominada no item "a" supra, a publicação, em meia página, no jornal de maior circulação no mercado relevante de São Gonçalo, Niterói, Maricá, Itaboraí, Rio Bonito e Tanguá, no Estado do Rio de Janeiro, do extrato do presente voto, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, em conformidade com o art. 24, inc. I, da Lei nº 8.884/94;

d) Determino que a Representada comunique aos seus associados, através de meio idôneo de comunicação, o teor da presente decisão, o que deverá ser comprovado perante este CADE no prazo de 60 (sessenta) dias após a publicação do acórdão da presente decisão;

Advirto a infratora que a continuidade da conduta infrativa, após a decisão do CADE, ou mesmo o descumprimento da presente decisão, acarretará multa diária no valor de R\$ 5.320,00 (cinco mil trezentos e vinte reais), correspondente a 5.000 UFIRs, com fundamento no artigo 25 da Lei nº 8.884/94.

É o voto.

Brasília, 15 de setembro de 2004.

Ricardo Villas Bôas Cueva
Conselheiro-Relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO LUÍS FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS

Na Sessão Ordinária nº 330, do dia 15 de setembro de 2004, o ilustre Conselheiro-Relator Ricardo Cueva concluiu pela condenação da Representada como incurso nos art. 20, incisos I e IV c/c o art. 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94, determinando a aplicação de multa no valor de R\$ 10.640,00 (dez mil, seiscentos e quarenta reais), correspondente a 10.000 UFIRs, dentre outras cominações.

Neste voto-vista tratarei de dois aspectos do caso em tela: 1) alegação da Representada de que o presente caso teria peculiaridades distintas dos corriqueiros casos de condenação das UNIMEDs, por imposição de cláusula de exclusividade aos seus cooperados; e 2) dosimetria da multa imposta. É o que passo a analisar a seguir.

1 – DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como já observado pelo i. Conselheiro-Relator, trata-se de processo administrativo no qual a Aliança Metropolitana – RJ Cooperativa de Trabalho Médico (doravante Aliança Metropolitana) ofereceu representação em desfavor da Unimed São

Gonçalo – Niterói, Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares (doravante Unimed São Gonçalo), sob a acusação de infração da ordem econômica em virtude da proibição, por parte da Representada, de que seus associados se filiem a outras sociedades cooperativas similares.

A Secretaria de Direito Econômico instaurou Processo Administrativo para apurar as condutas tipificadas no **artigo 20, I e IV e artigo 21, incisos IV e V**, todos da Lei nº 8.884/94.

2 – DO MERCADO RELEVANTE

Embora a Representada tenha sustentado que não há subsídios suficientes nos autos para a definição do mercado relevante geográfico, não constituiu qualquer prova cabal nos autos que subsidie suas alegações, de modo a afastar as conclusões de todos os pareceres, bem como do voto do Conselheiro-Relator.

Deste modo, tal alegação não deve prosperar, tendo em vista que a SDE demonstrou **expressamente**, em seu parecer, os critérios que a levaram a concluir pela posição dominante no **mercado relevante de prestação de serviços médicos por meio de planos e/ou seguros de saúde, na área de atuação da representada, circunscrita às cidades de São Gonçalo, Niterói, Marica, Itaboraí, Rio Bonito e Tanguá, no Estado do Rio de Janeiro:**

*“Da análise dos documentos acostados pela representada e pelo CRM/RJ (fls. **871/966, 969 e 983/995**) é importante salientar que:*

– A UNIMED São Gonçalo-Niterói possui cerca de 1.300 médicos cooperados;

– O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro possui 5.638 médicos credenciados que prestam serviços na área de atuação da representada.

Destarte, a Unimed São Gonçalo-Niterói **congrega 21%** dos médicos credenciados no CRM/RJ que prestam serviços na sua área de atuação. Em princípio, referido percentual atende à **presunção juris tantum, fixada no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.884/94, de que a representada deteria uma posição dominante no mercado considerado.** ” (1) (grifou-se e sublinhou-se).

Nota:
(1) Fl. 1.049 dos autos.

Tanto a Procuradoria-Geral do CADE, o Ministério Público Federal e o Conselheiro-Relator acompanharam o percentual definido pela d. SDE, que acompanho integralmente. Destarte, definida a posição dominante da Unimed São Gonçalo no mercado relevante supradefinido, passa-se a analisar as condutas praticadas.

3 – DA CONDUTA PRATICADA

A Representada sustenta que, ao contrário do que possa parecer, o presente caso versa sobre matéria nova e diversa dos corriqueiros casos de condenação das UNIMEDs por imposição de cláusula de exclusividade aos seus cooperados.

Entretanto, consoante se demonstrará, trata-se da mesma matéria na qual este e. Conselho já pacificou seu entendimento.

4 – DA NATUREZA DO DIREITO COOPERATIVO

O artigo 5º, do Estatuto Social da Unimed São Gonçalo/Niterói – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares Ltda., trata do ingresso do médico que será cooperado, *in verbis* :

“ **Art. 5º – Poderá ingressar** na UNIMED DE SÃO GONÇALO /NITERÓI, toda a pessoa física que, tendo livre disposição de sua pessoa e bens, exerça a profissão de médico dentro da área de ação da Sociedade, esteja devidamente habilitado pela inscrição nos órgãos sociais da sociedade, e não realize qualquer atividade que possa prejudicar a Cooperativa ou que venha a colidir com as suas finalidades.

(...)

IV – Não poderão ingressar no quadro da Cooperativa os médicos que ocupem cargos de direção ou exerçam atividades comerciais em organizações caracterizadas como entidades de medicina de grupo ou empresas que atuam na área do seguro-saúde; os já cooperados antes da vigência deste artigo tornam-se inelegíveis para cargos sociais.

(...)

Art. 8º – A eliminação de associados é de competência do Conselho de Administração, depois de parecer do COTEP(2), incidindo sobre a pessoa que:

Nota:
(2) COTEP - Conselho de Ética e Defesa Profissional.

- a) deixe de cumprir as obrigações prevista em Lei, neste Estatuto e nas disposições internas da Cooperativa;
- b) venha a praticar qualquer ato considerado conflitante com os fins sociais e com o objeto da Cooperativa;
- c) associe-se a outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed;**
- d) cometer atos que o Regimento Interno considere falta grave.” (3) (grifou-se e sublinhou-se).

Nota:
(3) Fls. 479 e 482 dos autos.

Pode-se verificar que o *caput*, do artigo 5º, do referido Estatuto, está em consonância com o artigo 29, da Lei de Cooperativas, Lei nº 5.764/71:

“Art. 29. **O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade**, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.

(...)

§ 4º Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade.” (grifou-se e sublinhou-se).

Este artigo preceitua o que estabelece o **princípio da adesão livre**, mais especificamente o da **porta-aberta**, ou seja, da liberdade associativa. Tal princípio tem sido fartamente explorado na literatura jurídica, destacando-se:

“O certo é que a cooperativa se caracteriza pela adesão e pela demissão livres, obedecidas as normas que regem o denominado ‘princípio da porta aberta’, de acordo com o qual não se admite restrições à entrada na sociedade de quem preencha as condições e requisitos estatutários ao contrário do que acontece em outros tipos de sociedades.”

WALD, Arnaldo. Da Natureza e do Regime Jurídico das Cooperativas e do Sócio Demitido ou que se retira da Sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 711, jan./95, pág. 63.

“A **adesão livre desdobra-se em** dois aspectos; a voluntariedade, pelo qual não se admite que ninguém seja coagido a ingressar numa sociedade cooperativa, e o da porta-aberta, **através do qual não pode ser vedado o ingresso na sociedade àquelas que preencham as condições estatutárias.**” (grifou-se e sublinhou-se).

BULGARELLI, Waldirio, 1930. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 398 p. pág. 13.

“**Podem se associar a uma cooperativa todos aqueles que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade**, desde que estejam de acordo com os seus propósitos e preencham as condições estabelecidas no estatuto da cooperativa.

(...)

Diferentemente, do que ocorre em outras espécies de sociedades, na cooperativa, desde que o interessado preencha as condições e requisitos estatutários, **por força do denominado “princípio da porta aberta”, não se admitem restrições ao seu ingresso na sociedade.**

A admissão só poderá ser recusada em duas hipóteses: a) quando, pela impossibilidade técnica de prestação de serviços, o número de associados deve ser limitado (art. 4º, I); b) em razão da atividade ou profissão do candidato ou quando este for agente de comércio ou empresário que opere no mesmo campo econômico da sociedade (art. 29, §§ 1º e 4º).”

ALVES, Francisco de Assis. e MILANI, Imaculada Abenante. **Sociedades cooperativas: regime jurídico e procedimentos legais para sua constituição e funcionamento.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 224 p. pág. 68/69.

Observamos, portanto que não pode haver óbice ao ingresso de qualquer pessoa na Cooperativa. **Quando há vedação, a lei expressamente prevê**, como no caso previsto no § 4º, do artigo 29, da Lei nº 5.764/71 (se o candidato for agente de comércio ou empresário que opere no mesmo campo econômico da sociedade). Esta é justamente a hipótese que a Representada defende ser aplicável ao caso dos autos, uma vez que nela se fundamenta para a aplicação do artigo 8º, “c”, de seu Estatuto.

Não obstante, tal assertiva não deve prosperar.

Inicialmente cumpre ressaltar que o artigo 9º, do Código de Ética Médica(4), Resolução CFM nº 1.246/88, de 08.01.88 (D.O.U 26.01.88), proíbe o exercício da medicina como comércio em qualquer circunstância ou de qualquer forma. Ademais, o artigo 92, do referido Código de Ética(5), proíbe a exploração do trabalho médico na qualidade de proprietário, sócio ou dirigente de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos, bem como auferir lucro sobre o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe.

Nota:

(4) “Art. 9º - A Medicina não pode, em qualquer circunstância, ou de qualquer forma, ser exercida como comércio.”

(5) É vedado ao médico:

(...)

Art. 92 - Explorar o trabalho médico como proprietário, sócio ou dirigente de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos, bem como auferir lucro sobre o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe.

Ora, fica claro que o médico não poderá exercer, na qualidade de agente de comércio ou empresário, a exploração comercial do serviço médico. Desta forma, verifica-se que **este dispositivo que rege as Cooperativas não se aplica ao caso de Cooperativas Médicas, já que incompatível com sua própria natureza.**

A única hipótese que se poderia admitir a aplicação do § 4º, do art. 29, da Lei de Cooperativas, seria na hipótese do médico enquadrar-se na qualidade de proprietário, sócio ou dirigente de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos. Mas neste caso, tendo em vista que, pelo próprio Código de Ética, ele não estaria em condições de poder realizar o exercício da medicina, ele não estaria apto a ingressar na Cooperativa.

Até porque, se o escopo da Cooperativa, como preceitua o artigo 2º do Estatuto da Representada, é o de congregar profissionais médicos que se proponham a associar bens e serviços para o exercício da atividade econômica e, ainda segundo o artigo 5º, caput, tendo livre disposição de sua pessoa e bens exerça a profissão de médico, não haveria a possibilidade dele associar-se à Cooperativa, já que a ele veda o exercício da medicina.

Observa-se, portanto, que a alínea “c”, do artigo 8º, do Estatuto da Representada, viola flagrantemente o princípio da porta aberta, princípio este próprio do Direito Cooperativo.

Verificada a patente ilegalidade do dispositivo, frente aos princípios do Direito Cooperativo, à Lei de Cooperativas c/c o Código de Ética dos Médicos, passo à sua análise sob a ótica antitruste.

5 – DA ILEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS FRENTE À LEI Nº 8.884/94, EM RAZÃO DA IDENTIDADE DA CONDUTA ANALISADA COM A JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO CADE

A Lei nº 8.884/94, em seu Título sobre as Infrações da Ordem Econômica, estabelece que:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Neste diapasão, verifica-se que, independentemente da forma como a associação de pessoas, no caso Cooperativa, venha a se configurar, caso verificado enquadramento no § 3º, do artigo 20, da Lei Antitruste, caberá à Autoridade Antitruste Brasileira apurar a ocorrência de infração à ordem econômica.

Mais do que isso, independe se o médico encontra-se como cooperado ou credenciado à empresa que ofereça o serviço de planos de saúde, a condição necessária é que se verifique se há posição dominante e se há a imposição de restrição ao exercício da atividade.

É o que ocorre no caso em tela, já que verificado e comprovado nos autos a participação de 21% do mercado relevante supradefinido, percentual este superior ao previsto na citada lei para a presunção de posição dominante.

É imperioso elucidar que o presente caso possui identidade com o debate travado nas diversas condenações impostas às Unimed. Como a própria Representada afirma, os elementos sempre presentes nas condenações impostas pelo CADE, de forma cumulativa, é a existência de uma cláusula restritiva e que haja posição dominante.

Ora, a existência de posição dominante já foi demonstrada e comprovada nos autos. Igualmente a existência de cláusula restritiva se verifica sob dois aspectos. Primeiramente, por violação aos princípios do Direito Cooperativo, à Lei de Cooperativas c/c o Código de Ética dos Médicos. Em segundo lugar, como se demonstrará a seguir, por ela afrontar a Lei nº 8.884/94, os princípios do Direito da Concorrência e, concomitantemente, a Constituição Federal.

Este e. Conselho já decidiu diversas vezes(6) que a imposição de exclusividade de filiação dos profissionais médicos enseja vários elementos de rigidez ao funcionamento do **mercado de serviço médico por meio de planos de saúde**, sendo imprescindível ressaltar os três principais elementos .

Nota:

(6) Ademais, nesse mesmo voto, o ilustre Conselheiro, a título de exemplo, listou inúmeros outros casos em que as Unimed foram condenadas pela prática de imposição de cláusula de exclusividade a seus cooperados, quais sejam:

“PA nº 08000.00118665/94-84; PA nº 08000.023281/97-41; PA nº 08000.018480/97-28; PA nº 08000.021182/96-15; PA nº 08012.007631/97-65; PA nº 08012.006248/98-25, Representada: Unimed de Joinville – Cooperativa de Trabalho Médico (julgado em 01.09.99); PA nº 08012.0102271/98-51, representada: Unimed Santa Maria (julgado em 15.12.99); PA nº 08012.0102272/98-13, representada Unimed de Varginha (julgado em 06.10.99); PA nº 0144/92, representada Unimed Goiânia (julgado em 07.07.99); PA nº 0147/94, representada Unimed Vitória (julgado 18.02.98); PA nº 08012.001204/98-72, Representada Unimed de Montes Claros, (julgado 08.09.99); PA nº 08000.001888/96-52, Representada Unimed Cooperativa de Trabalhos Médicos – Pato Branco – PR (julgado em 18.08.99); PA nº 08000.011866/94-84, representada Unimed de São João da Boa Vista (julgado em 04.02.98); PA nº 08000.014608/95-86, representada Unimed – Cooperativa de Trabalho Médico de Ponta Grossa – PR (julgado em 03.02.99); PA nº 08000.018480/97-28, representada Unimed de João Pessoa (julgado em 07.07.99); PA nº 08000.019008/95-96, representada Unimed – Toledo – Cooperativa de Trabalho Médico (julgado em 10.02.99); PA nº 08000.021182/96-15, representada Unimed de Mossoró (julgado em 08.02.98); PA nº 08000.023281/97-41, representada Unimed de Araguari - MG (julgado em 18.08.99); PA nº 08000.026711/95-32, representada Unimed Catanduva (julgado em 13.10.99)”.

Em primeiro lugar, porque se impõe, artificialmente, uma indivisibilidade do tempo disponível do profissional médico. Neste diapasão, a exclusividade permite estratégias veladas de açambarcamento de mão-de-obra especializada, na medida em que coíbe o emprego das horas de trabalho disponíveis desses profissionais por outras empresas. Esta possibilidade estratagica pode se tornar interessante para uma firma estabelecida, enquanto fator de aumento dos **custos de entrada de concorrentes no mesmo mercado** .

Em segundo lugar, é importante destacar que a filiação exclusiva representa um comprometimento contratual que adiciona custos à mudança de emprego para o profissional médico. Os **custos de transação** incorridos na desfiliação e para uma possível refiliação são fatores que desestimulam a realocação da mão-de-obra médica nos empregos onde ela é mais demandada.

Os planos de saúde são produtos de natureza análoga aos seguros(7), ou seja, protegem o usuário de uma gama de riscos à sua saúde, com custos de tratamento também incertos, a um preço fixo pré-estabelecido. Devido à incerteza quanto aos riscos à saúde e às peculiaridades do relacionamento entre médico e paciente, o comprador de um plano demanda a disponibilidade de uma grande variedade de especialidades de tratamento e de opções de profissionais em cada especialidade.

Nota:

(7) A diferença básica entre planos e seguros reside no sistema de atendimento. De acordo com o art. 1º, § 1º, inciso I da Lei nº 9.656/98, as operadoras de plano de saúde de planos privados de assistência à saúde é toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros. O art. 2º, inciso I desta Lei, dispõe que as operadoras de planos de saúde poderão manter serviços próprios, contratar ou credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano. Note-se que o reembolso ocorre somente na hipótese do paciente utilizar serviço previamente credenciado. Já segundo o art. 1º, § 1º, inciso II: as operadoras de seguros privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente. De acordo com o art. 2º, inciso II do mesmo diploma legal, as operadoras de seguro de saúde poderão reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores, livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice. O parágrafo único deste artigo dispõe que: nos seguros privados de assistência à saúde, e sem que isso implique o desvirtuamento do princípio da livre escolha dos segurados, as sociedades seguradoras podem apresentar relação de prestadores de serviços de assistência à saúde.

Verifica-se, ainda e intimamente relacionado a este segundo elemento, um terceiro aspecto, tendo em vista que em mercados geográficos de pequenas dimensões, a prática de exclusividade de filiação pode se tornar uma **barreira à entrada importante no mercado de planos**, já que poderia não haver escala suficiente para a sobrevivência econômica de dois planos, cada um obrigado a contratar o tempo integral de cada profissional especializado em tratamentos com baixa demanda estatística.

6 – DOS EFEITOS SOBRE O MERCADO RELEVANTE

No que atina ao enquadramento do caso em tela nos incisos I e IV do artigo 20 e seus efeitos deletérios ao mercado em decorrência do estabelecimento de cláusulas de exclusividade, algumas considerações devem ser feitas. Do artigo 20 da Lei Antitruste Brasileira depreende-se:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 2º **Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante**, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior É PRESUMIDA quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95) ”

Observa-se, portanto, da leitura dos dispositivos acima elencados, que constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos que possam produzir, **ainda que não sejam alcançados**, o exercício abusivo de

posição dominante.

Cumpra então analisar se há posição dominante, para que haja o enquadramento no inciso IV do art. 20. Ora, o § 2º do artigo sob análise estabelece que ocorre posição dominante quando se controla parcela substancial de mercado relevante. O § 3º, por sua vez, vem a definir que esta posição dominante é presumida quando se controla 20% do mercado relevante.

Neste diapasão, **tendo em vista que se comprovou nos autos participação de mercado no patamar de 20%, inequívoco o enquadramento do caso em tela ao § 3º, do artigo 20, da Lei de Defesa da Concorrência** .

Não obstante, a existência de posição dominante não enseja per se a condenação do Representado, devendo-se demonstrar, pela regra da razão, que houve o abuso desta posição dominante. Entendo estar nos autos, seja nos fundamentos dos pareceres acostados, no voto do Conselheiro-Relator, bem como no presente voto os elementos de convicção necessários à comprovação de que houve abuso no exercício da posição dominante pela Representada.

Ora, havendo tal comprovação (existência de posição dominante e do abuso desta condição), tem a Representada o ônus de demonstrar que existem eficiências para o mercado suficientes a afastar os efeitos deletérios de sua conduta. Isto, igualmente, não restou comprovado nos autos. Tanto a exclusividade não apresenta qualquer eficiência como ela não é exigida, no caso em tela, de nenhum outro agente econômico que não àqueles provenientes de outras cooperativas.

No caso em tela, ao se estabelecer cláusula de exclusividade, verifica-se, além de seu enquadramento no inciso IV, do artigo 20, da Lei de Defesa da Concorrência, o seu enquadramento no inciso I do referido dispositivo, já que **limitou, falseou e prejudicou a livre concorrência e a livre iniciativa, criando barreiras artificiais à entrada**.

Tal elemento está em consonância com a literatura jurídica sobre contratos de exclusividade. Calixto Salomão Filho(8), por exemplo, refere-se reiteradamente a mercados verticalmente integrados quando realiza sua análise sobre os efeitos de cláusulas de exclusividade. Segundo tal autor, a concorrência é um valor institucional a ser protegido, de modo que **a análise da exclusividade deve partir necessariamente do estudo de seus efeitos sobre a concorrência**, e não de seu potencial criador de eficiências.

Nota:

(8) SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas* . 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 334 p. [pág. 252-257].

“ O efeito mais óbvio [das cláusulas de exclusividade] é a potencial dominação do mercado . Essa pode ocorrer de duas formas diversas. Em ambas as hipóteses, o resultado, além de anticoncorrencial, e exatamente por causa disso, é contrário à eficiência econômica.

(...)

Conseqüentemente, além do aumento de participação no mercado e potencial dominação por parte do agente que é beneficiado pela cláusula de exclusividade, **cria-se ainda uma ineficiência econômica (*dead weigh loss*) oriunda do decréscimo de produção e aumento de preço decorrentes da exclusividade**.

O que foi dito, portanto, joga luz sobre a segunda e mais comum forma de dominação de mercado decorrente da exclusividade. Exatamente por ter o potencial de levar à dominação do mercado por parte de um dos agentes, **A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TENDE A SE DIFUNDIR EM UM MERCADO, DESDE QUE USADA (E AUTORIZADA) PELA PRIMEIRA VEZ**.

(...)

Assim, passa a ser estratégico para os concorrentes, uma vez iniciado o processo de verticalização, a ele aderir, com a maior agressividade possível. Pode-se afirmar, então, que em um mercado dotado de certo grau de concentração é muito comum, e até mesmo necessário, que ao primeiro processo de integração vertical se sigam outros, por parte dos principais concorrentes, até que grande parte, se não a totalidade, do mercado esteja verticalmente integrada.

Suponha-se, apenas por argumento, que em determinada cidade haja somente cooperativas. Havendo exclusividade, os cooperados somente poderão prestar serviços por sua Cooperativa. Pensar assim, seria favorecer aquele que detém posição dominante, já que este, em razão da peculiaridade da prestação de serviços médicos (tendência natural a que a opção do plano de saúde pelo consumidor seja por aquele que detenha um leque de opções maior a oferecer), tenderia a monopolizar cada vez mais o mercado, já que o associado saberia, previamente, que somente naquele plano haveria determinada especialidade.

Isto teria, igualmente, o condão de inviabilizar o surgimento de novas Cooperativas, cujo escopo fundamental é servir a coletividade, até porque não visa o lucro, o que levaria a uma formatação de mercado sem o estímulo à concorrência proveniente dessa categoria de agente econômico. Isso porque, somente a sociedade cooperativa já instalada e as sociedades empresariais concorreriam no objeto de sua atividade econômica, qual seja, a prestação de serviços médicos.

O fato de impedir que o cooperado participe de outra cooperativa é restringir o exercício de sua atividade. O efeito desse impedimento, **mesmo que não alcançado** , não é nulo, mais do que isso, a perda de bem-estar por ele gerada não é contrabalançada por nenhuma eficiência, o que já enseja as condições necessárias para a condenação da Representada.

7 – DA MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ANTICOMPETITIVAS DO ESTATUTO

O próprio Estatuto da Representada é, paradoxalmente, incoerente.

A Representada alega que as referidas cláusulas anticompetitivas se fazem necessárias, já que todos os cooperados têm

acesso às informações da Cooperativa e, além disso, os cargos de Direção são determinados por eleição, sendo que a regra é que todos os cooperados votem e possam ser votados para os cargos de Diretoria.

Mais uma vez, as alegações da Representada não encontram respaldo, seja em seu próprio Estatuto, seja na Lei de Cooperativa. Isso porque, quando há vedação à participação em deliberação ou as hipóteses de inelegibilidade, estes diplomas expressamente as prevêm.

Não se pode, portanto, cogitar a eliminação ou impossibilidade de ingresso dos associados que se enquadrem nestas hipóteses, mas, tão somente, que não participem em deliberações ou componham o quadro decisório da Cooperativa.

Esta é a disciplina dos artigos 21, inciso VI, 51 e 52 da Lei de Cooperativas e dos artigos 16, § 10, 20 e 43 de seu Estatuto. Vejamos.

O § 10, do artigo 16, do Estatuto da Representada estabelece que **os ocupantes de cargos sociais, bem como os cooperados, não poderão votar nas decisões sobre assuntos que a eles se refiram de maneira direta ou indireta, MAS PARTICIPAM DOS DEBATES**. Não se insere no rol dos impedimentos, relativamente aos ocupantes dos cargos sociais, os recursos contra qualquer decisão dos órgãos colegiados.

Este dispositivo do Estatuto disciplina o que a **Lei de Cooperativas expressamente já dispõe** em seus artigos 21, inciso VI, e 52.

“Art. 21. O estatuto da cooperativa, além de atender ao disposto no artigo 4º, deverá indicar:

(...)

VI - as formalidades de convocação das assembleias gerais e a maioria requerida para a sua instalação e validade de suas deliberações, **vedado o direito de voto aos que nelas tiverem interesse particular SEM PRIVÁ-LOS DA PARTICIPAÇÃO NOS DEBATES**.

(...)

Art. 52. **O diretor ou associado que, em qualquer operação, tenha interesse oposto ao da sociedade, não pode participar das deliberações referentes a essa operação, cumprindo-lhe acusar o seu impedimento.**” (destacou-se e sublinhou-se)

Ora, observarmos que tanto a Lei de Cooperativas, como o próprio Estatuto da Representada **veda, tão somente, que, quando houver interesse particular**, o cooperado não **vote** nas questões desta forma relacionadas. Isto **não quer dizer que ele não possa participar dos debates**, até porque ambos diplomas permitem expressamente sua participação. **Não quer dizer, MUITO MENOS, que**, tendo interesses particulares que possam conflitar com o da Cooperativa, **seja ele eliminado desta entidade**.

Não há, portanto, como proceder o argumento da Representada de que o cooperado possuiria natureza análoga a de um sócio de uma empresa. Em primeiro lugar, porque, como já observado, caso o médico fosse sócio de empresa que explora o serviço médico, não poderia exercer a medicina e, portanto, não estaria apto a participar da cooperativa, consoante determina o Código de Ética Médica. Em segundo lugar, porque, tendo em vista a natureza da Cooperativa seu ingresso é livre, diferentemente do que ocorre em uma sociedade comercial.

Igualmente não há como proceder o argumento da Representada de que, sendo como um sócio, seu acesso seria restrito, não se admitindo que médicos dirigentes de empresas concorrentes possam vir a ter acesso a informações privilegiadas do funcionamento da cooperativa.

Em primeiro lugar, porque, como já demonstrado, o acesso à Cooperativa não pode ser restrito, mas livre, ressalvadas as hipóteses legais expressamente previstas (que não se amoldam ao caso em tela), consoante dispõe o já citado artigo 29, da Lei de Cooperativas.

Em segundo lugar, porque, tendo em vista que o cooperado apresenta identidade com a figura do médico credenciado de empresa prestadora de plano de saúde, não haveria qualquer óbice à sua permanência na Cooperativa, caso estivesse associada a outra. Até porque, como suprademonstrado, quando este tiver interesse particular envolvido em reunião deliberativa da Cooperativa, não poderá nela votar.

Caso o médico seja dirigente de Cooperativa concorrente, não poderá, logicamente, votar em deliberações relativas a decisões que envolvam estratégias de competição com a concorrente.

Ressalte-se, novamente, que apesar de não poder votar, a lei não obsta sua participação na reunião e, muito menos, sua permanência como Cooperado.

Finalmente, em terceiro lugar, porque o próprio Estatuto da Representada é contraditório como se demonstrará a seguir.

O artigo 5º, inciso IV, e o artigo 8º, alínea “c” são contraditórios e, portanto, havendo conflito entre eles, adotar-se-á a disciplina que esteja em maior conformidade com o sistema legal que rege a matéria, observando-se, principalmente, o que está em maior consonância com o interesse difuso da coletividade tutelado por este e. Conselho e com a natureza do Direito Cooperativo.

Vejamos as disposições estatutárias. Estabelece o artigo 5º, inciso IV, do referido Estatuto, *in verbis* :

“IV – Não poderão ingressar no quadro da Cooperativa os médicos que ocupem cargos de direção ou exerçam atividades comerciais em organizações caracterizadas como entidades de medicina de grupo ou empresas que atuam na área do seguro-saúde; os já cooperados antes da vigência deste artigo tornam-se inelegíveis para cargos sociais.”

O Estatuto em comento em seu artigo 8º, alínea “c”, prevê:

“Art. 8º. **A eliminação de associados** é de competência do Conselho de Administração, depois de parecer do COTEP, incidindo sobre a pessoa **que** :

(...)

c) associe-se a outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed.”

A duas hipóteses previstas no artigo 5º, inciso IV devem ser analisadas sob o ponto de vista antitruste: o ingresso de novo associado e a situação do já associado.

Vejam, em primeiro lugar, a situação ingresso de novo associado. Como já exaustivamente demonstrado, não se pode admitir restrições ao ingresso de novo associado, seja do ponto de vista do Direito Cooperativo, principalmente em respeito ao seu princípio da porta-aberta, seja do ponto de vista do Direito Concorrencial, em razão dos danos que a restrição à concorrência em um mercado em que haja poder de mercado pela entidade pode acarretar à coletividade.

Frise-se, inclusive, que o que se imputa ao médico já cooperado é que este fique inelegível para cargos sociais. Tendo em vista o princípio da porta-aberta e o princípio constitucional da isonomia, tratamento igual deve ser dado ao médico dirigente que deseje ingressar na cooperativa. Ou seja, pode ingressar na Cooperativa aquele médico que já seja cooperado de Cooperativa concorrente. Não obstante, este não poderá ser eleito para cargos sociais.

Ademais, no que atine à possibilidade de votação em reuniões deliberativas, a Lei das Cooperativas e o Estatuto da Representada já cria o óbice pertinente, de forma proporcional e razoável.

Destarte, tendo em vista a patente ilegalidade da primeira hipótese, não ingresso de novo associado, prevista no inciso IV, artigo 5º, do Estatuto da Representada frente às normas e princípios do Direito Antitruste e, igualmente, do Direito Cooperativo, cabe a este e. Conselho determinar sua eliminação do Estatuto, para que sejam cessados os efeitos dele decorrentes.

No que atine à segunda hipótese, a do já associado, **não há como não se verificar o descompasso entre os artigos 5º e 8º**. Isso porque, como observado, na primeira hipótese do artigo 5º, ingresso de novo associado, a vedação refere-se (apesar de ilegal sob os primas dos Direitos Cooperativo e Antitruste), tão somente, ao ingresso, sendo portanto, permitido que os médicos já cooperados permaneçam na Cooperativa, vedando-se, tão somente, que possam ser eleitos para cargos sociais.

Não obstante estar assim disciplinando o artigo 5º, o artigo 8º permite a eliminação do associado que se associe a *outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed*. Verifica-se, portanto, patente contradição, já que se por um lado permite a manutenção do associado, vedando-se apenas que não seja eleito para cargos sociais, por outro se permite que a Cooperativa elimine o médico do seu quadro de cooperados.

Neste diapasão, não se pode admitir, seja do ponto de vista do Direito Cooperativo, principalmente em respeito ao seu princípio da porta-aberta, seja do ponto de vista do Direito Concorrencial, em razão dos danos que a restrição à concorrência em um mercado em que haja poder de mercado pela entidade pode acarretar à coletividade, a hipótese prevista na aliena “c”, do artigo 8º, do Estatuto em comento.

Destarte, tendo em vista a patente ilegalidade da aliena “c”, do artigo 8º, do Estatuto da Representada frente às normas e princípios do Direito Antitruste e, igualmente, do Direito Cooperativo, cabe a este e. Conselho determinar sua eliminação do Estatuto, para que sejam cessados os efeitos dele decorrentes.

Por fim, no que atine à questão da elegibilidade ou não de médicos que ocupem cargos de direção ou exerçam atividades comerciais em organizações caracterizadas como entidades de medicina de grupo ou empresas que atuam na área do seguro-saúde, insta observar o que dispõe o artigo 51, da Lei de Cooperativas e o artigo 43, do Estatuto da Unimed São Gonçalo.

Dispõe o artigo 43 do Estatuto, *in verbis*:

“ Art. 43 – São inelegíveis para os cargos sociais , assim como não podem ser designados para outros cargos na Cooperativa , os que estiverem impedidos por lei, condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, ou contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, além de proprietários ou diretores de serviços credenciados pela Cooperativa.”

Por outro lado, estabelece a Lei nº 5.764/71, em seu artigo 51 c/c os artigos 21, inciso VI, e 52, que:

“Art. 51. São inelegíveis, além das pessoas impedidas por lei, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, ou contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade.

Parágrafo único. Não podem compor uma mesma Diretoria ou Conselho de Administração, os parentes entre si até 2º (segundo) grau, em linha reta ou colateral.”

Observa-se, portanto, que nem a Lei, nem o Estatuto, no artigo que disciplina e elenca as hipóteses de inelegibilidade (artigo 43) fazem menção ao disposto na segunda hipótese, inelegibilidade do médico já associado, prevista no inciso IV, artigo 5º do Estatuto da Representada.

Da leitura dos artigos 51, da Lei de Cooperativas, e 43, do Estatuto da Unimed São Gonçalo, pode-se concluir que se trata de dispositivos que elencam de forma taxativa e não exemplificativa, as hipóteses de inelegibilidade.

Ainda assim, mesmo que se entenda que seriam apenas hipóteses exemplificativas, tendo em vista que a segunda hipótese, inelegibilidade do médico já associado, prevista no inciso IV, artigo 5º, do Estatuto da Representada não afronta a lógica do Direito Concorrencial, não cabe a este e. Conselho determinar sua alteração.

8 – DA MAJORAÇÃO DA MULTA IMPOSTA, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA E. CONSELHO

Dirijo do Conselheiro-Relator no tocante ao estabelecimento do valor da multa, tendo em vista a vasta jurisprudência

http://127.0.0.1:49152/NXT/gateway.dll/LibCade/cade1/cadeid1_14_revista05_01_2005/cadeid1_r_0... 15/10/2009

deste Conselho, que tem condenado as Unimed's em patamar superior ao de 10.000 UFIR's fixado pelo Conselheiro-Relator(9).

Nota:

(9) Frise-se que o Conselheiro que ora subscreve já votou igualmente, na condição de Conselheiro-Relator, pela condenação em patamar superior ao por ora fixado em casos que levaram em consideração os mesmos elementos constantes no art. 27, da Lei nº 8.884/94. Os casos ora referidos foram os Processos Administrativo nº 08012.000794/2003-35, cujo Representante era Celso Luiz Lopes e a Representada a Unimed Rio Claro – Cooperativa de Trabalho Médico, e nº 08012.001447/2002-49, cujo Representante era o Ministério Público do Estado de São Paulo e a Representada a Unimed de Franca – Cooperativa de Trabalho Médico, no patamar de 60.000 UFIRs.

Destarte, aplico, com fundamento no art. 23, III da Lei nº 8.884/94, haja vista a gravidade da infração, sua efetiva consumação, o grau de lesão à livre concorrência e a situação econômica do infrator, multa no valor de 60.000 UFIR's, equivalente a R\$ 63.846,00 (sessenta e três mil oitocentos e quarenta e seis reais).

Igual fundamento utilizo para majorar a multa diária aplicada em caso de descumprimento da decisão do CADE. Divirjo, portanto, do Conselheiro-Relator também neste tocante, determinando aplicação de multa diária no valor de 6.000 UFIR's, equivalente a R\$ 6.384,00 (seis mil trezentos e oitenta e quatro reais), com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.884/94.

9 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando a consolidada jurisprudência desta Autarquia em julgamentos semelhantes relativos ao setor econômico análogo, e em conformidade com a SDE, Procuradoria do CADE e Ministério Público Federal, acompanho o Conselheiro-Relator, votando pela condenação da Representada como incurso nos art. 20, incisos I e IV c/c o art. 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94.

Discordo, entretanto, em razão dos motivos acima elencados, da dosimetria na aplicação da multa, determinando a aplicação de multa no valor de 60.000 UFIR's, equivalente a R\$ 63.846,00 (sessenta e três mil oitocentos e quarenta e seis reais).

Discordo, pelos mesmos fundamentos, em razão dos motivos acima elencados, da dosimetria na aplicação da multa diária, determinando a aplicação de multa diária no valor de 6.000 UFIR's, equivalente a R\$ 6.384,00 (seis mil trezentos e oitenta e quatro reais), com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.884/94.

Determino que a Representa exclua de seu Estatuto a primeira hipótese, não ingresso de novo associado, prevista no inciso IV, artigo 5º e a aliena "c", do artigo 8º.

Em complementação à determinação do Conselheiro-Relator de comunicação do teor da presente decisão, determino, no prazo de 60 (sessenta) dias após a publicação do acórdão da presente decisão, o que deverá ser comprovado perante este CADE, que sejam também comunicados a Federação e a Confederação às quais a Representa é filiada.

Recomendo que seja requerido às duas Confederações Unimed's (Unimed do Brasil/Central Nacional e Aliança Cooperativista Nacional) que comunique às suas Federações o teor da presente decisão, para que estas Federações comuniquem e determinem, às Unimed's singulares que a elas pertençam, a alteração de todas as cláusulas anticompetitivas apontadas no presente voto.

Determino, por fim, a remessa de cópia integral dos presentes autos ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANS, para que adotem as providências que acharem cabíveis.

Quanto ao resto acompanho integralmente o i. Conselheiro-Relator.

É como voto.

Brasília, 27 de outubro de 2004.

Luís Fernando Rigato Vasconcellos

Conselheiro do CADE

**VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO
LUIZ CARLOS DELORME PRADO(1)**

Nota:

(1) Colaboraram na elaboração deste voto a estagiária Luiza Melo do Prado e a assistente técnica Patrícia Parra Ferreira.

Versa o presente processo de denúncia formulada pela Aliança Metropolitana – RJ, em 21 de agosto de 2002, em face da Unimed São Gonçalo – Niterói – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares, relativa à realização de possíveis condutas enquadradas no art. 20 c/c com o art. 21 da Lei nº 8.884/94.

Acato o mercado relevante de produto (serviço) definido pela SDE, e pelo Conselheiro-relator, qual seja, o de prestação de serviços médicos por meio de planos e/ou seguro de saúde, englobando tanto os serviços prestados por sociedades cooperativas como aqueles prestados por sociedades empresariais, sendo que, do ponto de vista geográfico, o mercado relevante abrange a área de atuação da Representada, ou seja, as cidades às cidades de São Gonçalo, Niterói, Marica, Itaboraí, Rio Bonito e Tanguá, no Estado do Rio de Janeiro.

A conduta trazida à análise refere-se à proibição imposta aos associados da Representada de se filiarem a outras sociedades cooperativas similares. Segundo a Representante, tal conduta praticada estaria violando o artigo 20, incisos I e II, c/c artigo 21, incisos IV, V, VI e X, da Lei Antitruste Brasileira. A representante aduz que essa prática estaria limitando ou até mesmo impedindo o acesso de novas empresas ao mercado.

É necessário analisar, neste caso, se a prática do ato restou caracterizada como conduta anticoncorrencial. Como bem assinalou a Secretaria de Direito Econômico, SDE, em seu parecer, fls. 1.043 a 1.051, *“Cumpro inicialmente, analisar se o fato trazido ao conhecimento desta Secretaria, qual seja, a proibição por parte da Unimed de São Gonçalo – Niterói, de que seus cooperados se credenciem para a prestação de serviços médicos aos usuários do plano de saúde da Aliança Metropolitana/RJ, Cooperativa de Trabalho Médico, constitui indícios de prática anticoncorrencial com aptidão de gerar efeitos prejudiciais à livre concorrência e à livre iniciativa, nos termos da Lei nº 8.884/94”*.

No Direito Brasileiro da Concorrência não há proibição per se. Portanto, os órgãos de defesa da concorrência utilizam-se da Regra da razão nas apreciações das condutas: a mera redução da concorrência em um determinado mercado não configura necessariamente um ilícito. Para tipificá-lo, deve-se levar em conta os possíveis impactos do ato praticado para a concorrência e para o bem estar da coletividade.

Reitero, outrossim, que o **bem** imediatamente tutelado pela Lei antitruste é a **coletividade**, cito passagem do parecer da SDE, *“... Os problemas **exclusivamente privados**, destarte, não encontram amparo na Lei de Proteção à concorrência”*. Grifo nosso.

Sabe-se que um dos princípios norteadores do Direito das Cooperativas é o da **ADESÃO LIVRE**. No entanto, após a adesão a uma cooperativa, o associado se dispõe a seguir as normas e regras do Estatuto. Assim dispõe o artigo 29 da Lei nº 5.764/71, *in verbis*:

“Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no art. 4º, item I, desta Lei” (Grifo nosso).

Tal princípio tem sido objeto de diversas discussões no próprio direito da cooperativa. Aponto, para tanto, o posicionamento de Wilson Polônio, em seu livro, *“Manual das Sociedades Cooperativas”*, *in litteris*:

*“É possível inferir, do texto legal apresentado, que uma vez estabelecido em seus estatutos, o contrato de adesão deve ser **respeitado pelos cooperados**. A imposição dessa exclusividade nos estatutos da cooperativa, entretanto, **somente será admissível à medida que os objetivos da sociedade cooperativa, conforme alinhados, com ela não conflitem**” (2). (grifamos)*

Nota:

(2) POLONO, Wilson Alves. *Manual das Sociedades Cooperativas*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001, p. 71.

Acrescento ainda, continuando o raciocínio do autor supramencionado:

“... a imposição da restrição, vedando os cooperados de prestar serviços para sociedades concorrentes, terá legitimidade se tiver por objeto preservar a cooperativa, permitindo, ao mesmo tempo, a conciliação dos interesses dos associados com os da comunidade consumidora.”

Cabe, portanto, analisar somente se a cláusula de exclusividade, que proíbe o associado a se integrar em outra cooperativa, com o mesmo objeto social justifica-se perante o direito da concorrência.

No caso em epígrafe, a cláusula de exclusividade utilizada pode se justificar desde que sua existência **não interfira** na concorrência. Como bem abordou a Secretaria de Direito Econômico, *“... a representada não exige exclusividade da prestação de serviços médicos dos seus cooperados em prejuízo à concorrência. Na realidade, não estaria havendo sequer uma*

conduta concorrencialmente relevante no presente caso. Trata-se, pois, de uma **exclusiva desavença da representada com os médicos dissidentes , que formaram a representante** ”.

Ressalto, outrossim, o posicionamento do Professor Waldirio Bulgarelli, à respeito do assunto:

“... Ao médico incumbe optar, exercendo sua liberdade de associar-se ou não, em se vincular ou não à empresa, e a ela manter-se, ou ser, vinculado. E, em se vinculando, como **qualquer agrupamento humano, que se associe para determinada atividade, lucrativa ou não, sujeitar-se às normas estatutárias e regimentais** que regulam a relação interna da entidade e seus associados. Estatuto e regimento, internamente, tem força de lei” (3). (grifamos)

Nota:

(3) BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 196.

Chamo atenção mais uma vez, que cabe ao órgão de Defesa da Concorrência analisar se as condutas praticadas geram **efeitos anticoncorrencias** ou não. Para tanto, é importante definir se a participação da representada no mercado relevante em tela é **suficiente para caracterizar qualquer abuso de posição dominante**. No caso, a Unimed São Gonçalo detém 21% do mercado, sendo que seus concorrentes são empresas de grande porte, tais como, Bradesco Saúde, Amil, Sul América, entre outras.

De acordo com o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.884/94, que dispõe, *in verbis* :

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 3º - A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, **podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.** ”

Contudo, dominação de mercado, é um conceito que não pode ser aplicado sem algum grau de subjetividade – “O fulcro dessas incertezas encontram-se exatamente na impossibilidade prática de se definir com precisão os efeitos no campo econômico” (4).

Nota:

(4) SALOMÃO FILHO, Salomão. *Direito Concorrencial as condutas* , editora Malheiros, 2003, p. 120.

O próprio legislador deixou a critério do CADE alterar o percentual para setores específicos da economia. Não obstante, essa análise deve ser feita de maneira criteriosa assinalando não só os efeitos no mercado relevante, mas, também, os motivos que levaram à prática da conduta.

Cito, para tanto, entendimento do Professor Calixto Salomão, que dispõe:

“A participação no mercado por si só, não é indício definitivo de dominação dos mercados. Sua avaliação depende fundamentalmente da estrutura específica de cada mercado”(5).

Nota:

(5) *Idem* , p. 119.

E ainda,

“Ora é conhecida a dificuldade da teoria econômica para definir tais critérios. Além da incerteza na definição do grau de participação necessário para configurar o ilícito, há ainda as incertezas estruturais com relação ao mercado, como a estrutura de custos e as barreiras à entrada” (6).

Nota:

(6) *idem*, p. 199.

No caso em questão, o mercado relevante de prestação de serviços médicos por meio de planos e/ou seguros de saúde, englobando tanto os serviços prestados por sociedades cooperativas como aqueles prestados por sociedades empresariais, é bastante pulverizado.

Neste caso específico, os motivos que levaram a Unimed São Gonçalo à eliminação de determinados associados de seu quadro, para ter qualquer efeito concorrencial, são de natureza particular. Corroborando esta posição, recorro mais uma vez ao parecer da SDE, que dispõe: “... proibindo que seus cooperados prestem serviços **apenas à Aliança Metropolitana**, por desavenças particulares com esta (...) em nada interfere na concorrência em questão, **tendo em vista a dimensão do mercado relevante**, tanto geográfico quanto de serviço. Além disso, **foi demonstrado que os médicos credenciados regularmente à Unimed em questão também são credenciados a outros planos de saúde**, como demonstrado às fls. 983/994”. (Grifo nosso)

O fato de a representada restringir algumas pessoas de integrar o corpo da representada não é o suficiente para limitar ou impedir acesso de outras empresas no mercado em tela. Se essas pessoas julgam-se injustamente excluídas da Cooperativa devem recorrer à justiça civil e não à autoridade concorrencial.

Ademais, ressalto que, não há comprovado nos autos existência de cláusula de exclusividade que proíba os cooperados a se associarem com outras empresas de serviços médicos. Aliás, a prova dos autos é **exatamente oposta**: os associados participam em grande número como médicos credenciados em outros planos de saúde.

Depreendo, portanto, dos autos e das provas do caso em epígrafe que o mesmo não passa de mera desavença particular entre corpo de diretores internos de uma mesma cooperativa. Aqueles que, por livre espontânea vontade, decidiram se desvincular de uma cooperativa e formar outra com objetivos sociais comuns, o fizeram por decisão pessoal. O litígio ora em discussão nada tem a ver com os bens tutelados por este órgão.

Diante do acima exposto, entendo que a Representada não praticou infração à ordem econômica e, portanto, isento-a de penalidades.

É o voto.

Brasília, 24 de novembro de 2004.

Luiz Carlos Delorme Prado
Conselheiro do CADE

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

I – DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Conforme denota-se do relatório do i. Conselheiro Relator, trata-se de Processo Administrativo no qual a Aliança Metropolitana – RJ, Cooperativa de Trabalho Médico, ofereceu representação em desfavor da Unimed São Gonçalo Niterói – Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares, doravante denominada Unimed São Gonçalo, por suposta conduta anticompetitiva consistente na imposição de proibição de seus cooperados de se filiarem a outras cooperativas com objetivos similares, consoante denota-se do art. 8º, “c”, do Estatuto da Unimed São Gonçalo:

“Art. 8º - A eliminação de associados é de competência do Conselho de Administração, depois de parecer do COTEP, incidindo sobre a pessoa que:

(...)

c) associe-se a outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed;”

Desta feita, a Secretaria de Direito Econômico - SDE, instaurou Processo Administrativo para apurar eventuais ilícitos tipificados no art. 20, I e IV, c/c artigo 21, incisos I e IV, da Lei nº 8.884/94.

II – DO MERCADO RELEVANTE

O mercado relevante, para fins de desta análise, traduz-se na prestação de serviços médicos por meio de planos privados de assistência à saúde, sendo que o mercado relevante geográfico compreende a área dos municípios de Niterói, São Gonçalo, Marica, Itaboraí, Rio Bonito e Tanguá, no Estado do Rio de Janeiro, conforme definição constante do parecer da SDE. Acompanho, assim, a definição esposada pelos Conselheiros que me antecederam.

III – DAS DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS FRENTE AO DIREITO COOPERATIVO

Inicialmente, antes de adentrarmos na avaliação se as normas estatutárias da Unimed São Gonçalo vêm realmente infringindo a ordem econômica, vale perquirirmos o conceito e a natureza jurídica das sociedades cooperativas para uma melhor análise do caso concreto.

As sociedades cooperativas distinguem-se dos demais tipos de sociedades uma vez que o seu fim precípua não é o lucro, mas sim a prestação serviços aos seus próprios associados, que são, ao mesmo tempo, donos e usuários da sociedade.

Podemos inferir tal conclusão pela leitura do art. 4º da Lei nº 5.764/71 que define as sociedades cooperativas como *“sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados”*. O art. 3º da mesma lei, por sua vez, determina que podem celebrar *“contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”*

Nos dizeres de CARVALHO DE MENDONÇA(1):

Nota:

(1) CARVALHO DE MENDONÇA, *“Tratado de Direito Comercial Brasileiro”*, 6. ed., 1960, apud, FORTÉ, Eli Alves, *Aspectos do Direito Cooperativo – Da Eliminação do Cooperado*. Revista Jurídica. n. 142, agosto 1989, p. 24-29.

(...) as sociedades cooperativas são institutos modernos, tendentes a melhorar as condições das classes sociais, especialmente dos pequenos capitalistas e operários. Elas procuram libertar essas classes da dependência das grandes indústrias por meio da união de forças econômicas de cada uma; suprimem aparentemente o intermediário, nesse sentido: as operações ou serviços que constituem o seu objeto são realizados ou prestados aos próprios sócios e é exatamente para esse fim que se organiza a empresa cooperativa; diminuem as despesas, pois que, representando o papel do intermediário, distribuem os lucros entre a própria clientela associada; em suma, concorrem para o despertar e animar o hábito da economia entre os sócios.

Denota-se, portanto, que falta às cooperativas o fim especulativo que caracteriza as sociedades empresárias, não obstante o lucro não ser incompatível com a sua natureza, que eventualmente poderá ocorrer em decorrência de uma boa administração, mesmo porque uma sociedade cooperativa dificilmente se manterá caso deficitária. Em virtude disso, classifica-se as cooperativas como sociedades auxiliares, que persiste na prestação de serviços a seus associados.

No caso em tela, a Representante exsurge com denúncia de que a Unimed São Gonçalo estaria incorrendo nas infrações contidas nos art. 20, I e IV, c/c artigo 21, incisos I e IV, da Lei nº 8.884/94, visto estar criando óbices ao exercício pleno de suas atividades com a proibição de filiação de seus associados a outras sociedades, uma vez que também é cooperativa médica e necessita de quadro de médicos para poder operar.

O art. 8º, alínea “c”, do Estatuto da Unimed São Gonçalo, trata da exclusão de seus cooperados, assim dispendo:

Art. 8º - A eliminação de associados é de competência do Conselho de Administração, depois de parecer do COTEP, incidindo sobre a pessoa que:

(...)

c) associe-se a outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed ;

Passo, então a realizar uma análise de tais normas frente ao direito da concorrência a fim de auferir alguma lesão à ordem econômica.

IV – RAZÕES QUE LEVAM O CADE A CONDENAR NOS DEMAIS CASOS

É importante ressaltar a distinção entre os casos que vêm sendo julgados pelo CADE em relação às cláusulas de exclusividade dos estatutos de outras UNIMED’s e o presente processo administrativo.

Ao se investigar a conduta denunciada percebe-se que ela não se insere nos casos comumente analisados pelo CADE. Com efeito, a prática considerada lesiva ao mercado por este Conselho consiste na imposição de unimilitância por parte das UNIMED’s a seus cooperados, cuja desobediência era inclusive punida com o desligamento do médico da cooperativa. Reproduzo, a título de exemplificação, cláusula de unimilitância que vinha sendo condenadas por este Conselho.

No Processo Administrativo nº 08012.001280/2001-35, o art. 8º, inciso V, do Estatuto Social da Unimed Encosta de Serra estipulava que os médicos cooperados obrigavam-se ***“a não prestar serviços, a qualquer título, a pessoas jurídicas, públicas ou privadas, ou físicas por aquelas como beneficiárias agenciadas ou inscritas, contanto que, aquelas entidades, desenvolvam objetivamente atividades concorrentes com a Cooperativa ou, a critério da Diretoria, venha a realizar atividades colidentes com os objetivos societários.”***

O art. 12, § 1º, inciso I do citado Estatuto determinava, ainda, que, além de outros motivos, o Conselho de Administração poderia eliminar o associado que: *“vier a exercer qualquer atividade considerada prejudicial à Cooperativa ou que colidam com seus objetivos, especialmente desrespeitando o estatuído no artigo oitavo, inciso V, deste”.*

Denota-se, portanto, que nos diversos casos analisados pelo CADE que levaram à condenação da UNIMED por prejuízos à livre concorrência, verificou-se a existência de cláusula de exclusividade que implicava na imposição de unimilitância, coagindo os médicos cooperados a deixar de atender outros planos de saúde(2).

Nota:

(2) Neste sentido Processo Administrativo nº 08012.004156/2001-21, Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo – SINAMGE, Representada: UNIMED Macapá – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Dr. Roberto Pfeiffer, data 13/08/2003; Processo Administrativo nº 08012.001280/2001-35, Representante: Sr. Yamil e Souza Dutra, Representada: UNIMED Encosta da Serra/RS. Relator: Miguel Tebar Barrinuevo. E ainda os seguintes Processos

Administrativos nºs: 08000.0011866/94-84; 147/94, 08000.004488/97-61, 08000.014608/95-86, 08000.019009/95-96 e 08000.021182/96-15, dentre outros.

Os efeitos deletérios à concorrência puderam ser efetivamente verificados nos casos em que houve condenação, uma vez que se comprovou que a imposição de unimilitância traz de fato distorções nas hipóteses em que as cooperativas possuem posição dominante, aumentando as barreiras à entrada no mercado de prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde, além de reforçar o domínio de mercado já conquistado e ser propícia ao exercício de posição dominante.

Como está claro, a motivação para a condenação reside na circunstância de que a imposição de exclusividade na prestação de serviços médicos cerceia os direitos dos médicos cooperados UNIMED de exercerem sua atividade profissional através de outros planos de saúde, chegando ao ponto, inclusive, de muitos destes cooperados serem punidos com a exclusão do quadro de médicos da cooperativa por desobediência à cláusula de unimilitância. Ademais, as operadoras concorrentes necessitam, por óbvio, de médicos conveniados de bom padrão para se estabelecerem e permanecerem no mercado. A imposição de exclusividade retira destas operadoras o acesso a uma significativa parcela de profissionais de qualidade, diminuindo as suas chances de oferecerem concorrência efetiva às Cooperativas UNIMED. Desta maneira, nas hipóteses em que a cooperativa detém posição dominante, a ausência da possibilidade de contratar médicos constitui uma efetiva barreira à entrada de novos planos de saúde na região de atuação, o que restringe a órbita de escolha dos consumidores, limitando a concorrência no mercado relevante, reforçando, assim, a posição dominante da cooperativa.

No caso em tela, o histórico da postura da Representada em relação a seus cooperados, entretanto, demonstra que a proibição não alcança a prestação de serviços a outros planos, afastando a hipótese de imposição de unimilitância. Denota-se do pacto cooperativo firmado entre a Unimed São Gonçalo e os seus associados que não há imposição de exclusividade que os impeça de prestar serviço a qualquer outro plano de saúde concorrente. Tanto isso é verdade que de acordo com as provas realizadas nos autos (planilha de fls. 1.184 a 1.196 dos autos), constata-se que diversos dos cooperados da Representada prestam serviços a outras sociedades operadoras de planos de saúde, até mesmo à Representante, afastando qualquer incidência de unimilitância.

Deste modo, resta patente que no caso examinado não há impedimento a que outras operadoras de saúde contratem as horas vagas de médicos cooperados. Assim, conclui-se que a cláusula em questão não constitui barreira à entrada ou permanência de planos de saúde operados por outras pessoas jurídicas, uma vez que não lhes retira a possibilidade de contratar médicos que também sejam vinculados à Unimed São Gonçalo. Desta maneira, desde logo é possível concluir que a cláusula em questão, no que diz respeito a todas as pessoas jurídicas que não sejam cooperativas, não é apta a produzir efeitos concretos ou potenciais que limitem a concorrência no mercado relevante em questão. Ocorre, na verdade, a vedação de associação, e não prestação de serviços, daqueles médicos a uma outra cooperativa ou sociedade que exerça a mesma atividade.

Com efeito, a planilha acostada aos autos às fls. 1.184 a 1.196 comprova que há diversos médicos que são membros da Unimed São Gonçalo e, ao mesmo tempo, exercem atividade médica para outras operadoras de saúde, inclusive a própria Aliança Metropolitana – RJ.

Não se pode perder de vista que a jurisprudência deste Conselho, nos casos envolvendo cooperativas médicas que exigem exclusividade, sempre se pautou pela análise dos efeitos que tais cláusulas pudessem operar. Assim, nas hipóteses em que a cooperativa tivesse oposição dominante e a sua cláusula de exclusividade impedisse que todos os seus membros prestassem serviços a qualquer outra operadora de plano de saúde, ao retirar a possibilidade de que parcela substancial dos médicos atuantes da região sejam contratados por outras operadoras de planos de saúde (ainda que disponham de horas vagas para tanto), a cooperativa impõe uma barreira artificial à entrada ou permanência de concorrentes no mercado relevante em que atua.

No caso em tela a cláusula analisada não tem o condão de produzir tal efeito, uma vez que a sua implementação, comprovadamente, não impediu que outras operadoras de planos de saúde, inclusive a outra cooperativa que atua no mercado relevante em questão, contratassem médicos cooperados. Assim, tendo em vista que implementação da cláusula não impede que outras operadoras de saúde contratem médicos cooperados, a conclusão é a de que não incidem efeitos anticoncorrenciais no presente caso analisado, que, assim, difere substancialmente das hipóteses tradicionalmente enfrentadas pelo CADE.

V – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS EFEITOS POTENCIAIS OU CONCRETOS DO ART. 20 DA LEI nº 8.884/94

Antes de declararmos qualquer cláusula de exclusividade como nula, devemos verificar se a conduta praticada enquadra-se entre aquelas elencadas no art. 21 e, ainda, sejam capaz de produzir os efeitos previstos no referido art. 20 da Lei nº 8.884/94. Desta forma, denota-se que a lei brasileira da concorrência não adotou a figura do ilícito *per se*, sendo que as condutas trazidas à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência devem ser sempre analisadas à luz da regra da razão.

Ficou cabalmente demonstrado que a Unimed São Gonçalo não impõe aos seus cooperados a unimilitância, sendo que a maioria deles presta, efetivamente, serviços a outros planos de saúde, inclusive da Representante, o que descaracteriza a infração que historicamente vem sendo punida por este Conselho.

Contudo, cabe analisar se a norma contida no art. 8º, “c”, do Estatuto da Representada que impõe proibição de filiação a outras cooperativas, representada limitação, efetiva ou potencial, à concorrência no mercado relevante em questão.

A cláusula em questão, a rigor, apenas proíbe a dupla associação a duas cooperativas concorrentes, o que não implica efeitos limitadores à livre concorrência. Ora, caso, por exemplo, todos os cooperados fossem associados a duas cooperativas, elas sequer poderiam ser consideradas concorrentes, por possuírem identidade completa de membros.

A despeito de ter sido demonstrado que a Representada possui 21% dos médicos que atuam no mercado relevante, uma vez que congrega 1.200 médicos cooperados de um universo de 5.638 médicos que atuam na região, não vislumbro a possibilidade de exercício abusivo de tal posição dominante. Isso porque, os médicos cooperados da Requerente estão livres para prestar serviços a outras operadoras de planos e/ou seguros de saúde, o que não configura unimilitância de seus associados. Insta, inclusive, ressaltar que restou comprovado até mesmo que os médicos cooperados prestam serviços à própria Aliança Metropolitana – RJ, conforme planilha de fls. 1.184 a 1.196 dos autos.

Assim, a conduta da representada não gera efeitos anticoncorrenciais no mercado relevante em questão, uma vez que ela não retira a possibilidade dos demais concorrentes contratarem médicos que a ela pertencem, não retirando a força de trabalho de modo artificial do mercado.

VI – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendo que não restou caracterizada a infração à ordem econômica, determinando o arquivamento dos autos.

É o voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2005.

ROBERTO AUGUSTO CATELLANOS PFEIFFER

Conselheiro do CADE

VOTO VOGAL DA PRESIDENTE ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA

Trata-se de Processo Administrativo instaurado em face da Unimed, no qual a principal conduta alegada da Representada consiste na proibição, mediante cláusula genérica, de que seus cooperados se credenciem a outras cooperativas singulares de mesmo objeto social ou de objeto similar.

O CADE tem condenado reiteradamente entidades prestadoras de serviços médicos pela adoção de cláusulas de exclusividade em seus estatutos. O caso presente, entretanto, tem características específicas que o distinguem dos diversos precedentes. Em primeiro lugar, a cláusula dos estatutos da Unimed em discussão não se confunde com uma cláusula de exclusividade de prestação de serviço, posto que os médicos cooperados são livres para prestar serviços para terceiros, seja por meio de empresas privadas do ramo, seja como trabalhadores autônomos. A única restrição refere-se à proibição de os médicos cooperados filiarem-se ao mesmo tempo a outra cooperativa semelhante. Assim, a referida cláusula não constitui infração ao direito econômico, não se confundindo com a proibição de prestar serviços a qualquer outra organização ou mesmo na qualidade de trabalhador autônomo. Em segundo lugar, não se configurou claramente que a Unimed tivesse posição dominante no mercado de prestação de serviços médicos, da qual pudesse vir a abusar.

A SDE considerou a congregação, pela Unimed, de número correspondente a 21% dos médicos credenciados ao CRM/RJ como critério suficiente para supor a posição dominante. Sem entrar no mérito da discutível presunção *juris tantum* para determinar posição dominante, cumpre destacar que a mera posição dominante não é ilícita na legislação antitruste brasileira, devendo ser reprimido apenas seu abuso, como bem preceitua o parágrafo terceiro do art. 20da Lei nº 8.884/94.

De qualquer modo, cumpre destacar que, no caso em tela, o critério adotado como parâmetro para definição de posição dominante, qual seja, a proporção de cooperados no total de médicos inscritos no CRM/RJ, não é adequado, eis que médicos credenciados a outros Conselhos Regionais podem também atuar no mercado relevante em apreço. Por outro lado, um mesmo profissional pode prestar serviço não apenas por meio da cooperativa, mas também por meio de outros planos de saúde, inclusive autonomamente. Exatamente por não haver exclusividade na prestação de serviços, a soma das razões entre o número de médicos que presta serviços por meio de cada canal e o número total de médicos registrados no CRM/RJ excede a unidade. A soma das partes dá mais que 100%. Ora, uma variável com tal propriedade não pode ser uma boa aproximação da participação de mercado das empresas. Incita-se a dúvida, pois, quanto à efetiva existência de poder dominante.

Especificamente quanto ao caso concreto, a vedação não possui qualquer efeito anticoncorrencial, pois como bem ponderado pelo Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado em seu arrazoado, o mercado relevante de prestação de serviços médicos por meio de planos e/ou seguros de saúde no espaço geográfico em questão, englobando tanto os serviços prestados por sociedades cooperativas quanto por sociedades empresariais, é bastante pulverizado. Desta feita, a restrição imposta, enquanto limitada às sociedades cooperativas, em nada interfere em aspectos concorrenciais. Relembre-se que a representada concorre com grandes empresas, tais como AMIL, Bradesco Saúde, Sul América, dentre outras.

No que tange aos preceitos condizentes ao prejuízo à livre iniciativa, a cláusula imposta também não merece qualquer censura, uma vez que a Representada não exige exclusividade da prestação de serviços médicos dos seus cooperados, que podem atuar autonomamente, mediante contratação com outras sociedades e/ou mesmo filiarem-se a outras cooperativas, desde que possuam objetos sociais distintos. Também não se restringe sua atividade, vez que seus cooperados não encontram nenhum obstáculo para sua saída da cooperativa a qualquer tempo. Tomado ao pé da letra, o art. 8º, alínea "a", do Estatuto Social da Unimed São Gonçalo permitiria até a prestação autônoma de serviços para cooperativa semelhante na mesma base territorial, vedando-se somente a filiação a tal cooperativa. Em suma, os profissionais permanecem livres para concorrerem entre si e para atuarem livremente na prestação de serviços médicos, feitas as ressalvas quanto às atuações que possam comprometer o bom andamento e as estratégias da sociedade cooperativa, por meio de acesso amplo e irrestrito dos cooperados a todas as informações detidas pela cooperativa. Uma particularidade relevante das cooperativas, quando comparadas às empresas com fins lucrativos, reside no fato de que estas últimas não se obrigam a franquear todas as

informações para seus colaboradores.

Por fim, no que tange à alegação de que a Representada estaria impedindo o funcionamento da Representante, constituindo verdadeira barreira à sua entrada no mercado relevante, cumpre observar que a cláusula restritiva é genérica e não direcionada à Representada. Ademais, o mercado relevante em questão possui amplo contingente de profissionais médicos que não se encontram filiados à Representada e que podem livremente optar por filiarem-se à Representante, desde que julguem conveniente. Observe-se que considerando o critério restritivo adotado pela SDE em seu parecer, no qual considera apenas os profissionais credenciados ao CRM/RJ, um mínimo de 79% dos profissionais atuantes no espaço geográfico considerado estaria disponível à filiação.

Conclui-se, diante todo o exposto, que a Representada não incorreu nas infrações à ordem econômica elencadas nos incisos IV e V do art. 21, culminados com os incisos I e IV do art. 20, ambos da Lei nº 8.884/94, determinando-se o arquivamento do presente Processo Administrativo.

É o voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2005.

ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA

Presidente