

AS CONDUITAS DA UNIMED NO MERCADO DA SAÚDE

Tales Manoel Lima Vialôgo¹

1 O MERCADO DOS PLANOS DE SAÚDE

Necessidade vital da dignidade humana, a saúde é o mais precioso dom da vida. Consagrada como direito social nos artigos 196 e seguintes úteis da Constituição Federal de 1988, a saúde é direito fundamental ao ser humano, e deve ser resguardada e ter sua universalidade garantida pelo Estado.

Neste sentido, tratando-se de valor tão supremo para a vida humana, a participação intervencionista do Governo no setor de planos de saúde deve vir sempre regada de extremo rigor e seriedade.

Muito embora a Constituição Federal disponha como dever do Estado o manutenção de um órgão governamental de Sistema Único de Saúde que atenda a toda a sociedade, a iniciativa privada no setor da saúde também estará sempre sob o crivo da fiscalização estatal.

Com o crescimento tecnológico e o progresso da ciência, os custos profissionais aumentam consideravelmente, e o setor da saúde torna-se cada vez mais caro, dificultando o acesso de grande massa da população aos planos de saúde privada.

Fruto disso, diversos problemas sociais são enfrentados no Brasil, o Sistema Único de Saúde não consegue atingir seu principal objetivo, atender a toda a população e, esgotado por filas intermináveis, o SUS torna cada vez mais inoperante a principal responsabilidade do Estado: o acesso de todos à saúde.

Ao mesmo tempo em que os dirigentes do país têm de lidar com o grave problema do atendimento na saúde, surge outra grande missão: controlar o setor privado.

¹ Advogado, Especialista em Direito Empresarial com ênfase em Direito do Trabalho pela ITE – Bauru, Mestre em Direito Constitucional pela ITE – Bauru, professor titular do corpo docente das Faculdades Integradas de Bauru-SP.

Para isso, foi publicada em 29 de janeiro de 2000, no Diário Oficial da União, a lei 9.961, através da qual o Ministério da Saúde cria a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operações setoriais e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

A ANS, através principalmente dos ditames da lei 9.656/98 e na Medida Provisória 2.177–44, que dispõem sobre as regras que regulam o funcionamento do setor, irá trabalhar para promover um mercado sólido, equilibrado e socialmente justo.

De acordo com a ANS, o setor de saúde suplementar reúne mais de 2000 (duas mil) empresas operadoras de planos de saúde, estando estas sempre submetidas às normas e regras editadas pelo Ministério da Saúde.

No mercado de planos de saúde, a existência de concorrência se faz sobremodo imperiosa para a população. Se a ANS e os consumidores não confrontarem os preços oferecidos pelas grandes operadoras, os reajustes serão cada vez mais constantes, acarretando o barateamento dos custos e o aumento no lucro das potências do mercado, fato que irá dificultar gradativamente a entrada de novas e mais acessíveis operadoras no setor da saúde.

Está certo. Não há como instituir um mercado perfeito. Todos os mercados ou indústria possuem suas deficiências, porém, é necessário minimiza-las ao máximo, desde que fira a liberdade de iniciativa e de competição.

Repita-se. A competição é salutar ao consumidor, e deve ser sempre viabilizada pelos controladores dos setores econômicos, mas isso não significa dizer que a política de preços dos planos e das contratações dos médicos cooperados possam ser deliberados ao bel prazer das cooperativas de planos de saúde.

Tal ilação tem lugar no fato de que não existe uma tabela para os preços ajustados entre as cooperativas e seus cooperados para a prestação de serviços, assim sendo, as cooperativas sujeitam os médicos a trabalharem com

preços abaixo da competitividade, para que os planos possam ser oferecidos a preços menores para os consumidores.

A princípio pode-se concluir por aspectos positivos nessa conduta, haja vista que para os consumidores, os preços menores são tentadores, porém, a lesão aqui está justamente na concorrência e na submissão dos médicos aos caprichos das cooperativas.

Os médicos precisam ser cooperados para poderem atender pelos planos de saúde, os quais abrangem a grande massa do mercado, não abrindo espaço para a atividade liberal sem qualquer espécie de convênio médico, assim sendo, a única alternativa para os profissionais é negociarem com as cooperativas, e estas, devido à falta de parâmetros de preços, livremente pressionam valores abaixo dos níveis competitivos, visando ocasionar um produto mais barato que o da concorrência.

A pertinência dessas considerações está na conclusão de que nem sempre os preços baixos são resultado de uma política de livre concorrência, visto que no caso acima descrito, os valores mais acessíveis aos consumidores podem ser resultado de uma abusiva conduta das cooperativas de planos de saúde em submeter o profissional fornecedor de serviços, que não possui outra alternativa, a trabalhar com valores não condizentes com a realidade do mercado.

Maior responsável pela inviabilização da concorrência, detendo o controle de aproximadamente 33% (trinta e três por cento) do mercado nacional no setor, a União dos Médicos – Unimed representa o maior problema enfrentado pelo mercado de planos de saúde, não em razão do mencionado poder de mercado, mas por várias condutas que vêm praticando, as quais vêm sendo combatidas pelo Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC).

A Unimed vem aplicando diversas manobras para evitar a concorrência do mercado, como por exemplo o descredenciamento de hospitais que criem planos de saúde próprios, a exigência de unimilitância – a exclusividade dos profissionais cooperados –, e outras práticas abusivas.

As operadoras de planos de saúde lidam com o produto mais atrativo ao consumidor: a saúde. E este aspecto por si só já exprime toda a relevância para a criação de um mercado competitivo.

Atentando-se para o aspecto constitucional do direito à saúde, e aos diversos aspectos sobre as falhas do mercado de planos de saúde, se poderia estender nessas linhas por longa caminhada jurídica, porém, a necessidade de avançar nosso trabalho obriga a conter o ímpeto acadêmico e prosseguir para uma abordagem de delimitação.

Denota-se como ponto inspirador do presente ensaio científico, a análise da atuação da Unimed no mercado de planos de saúde e o tratamento que o CADE vem aplicando no controle de condutas do setor, aventura jurídica sobre a qual, desde já, debruçaremos nossos esforços.

2 A UNIMED NO MERCADO DA SAÚDE

O mercado da saúde passou a ser uma preocupação constante do Estado após a criação do Sistema Único de Saúde pela Constituição Federal de 1988.

Na Constituição anterior o acesso à saúde pública e gratuita era direito dos trabalhadores, ou seja, era garantido o acesso às redes públicas de saúde somente aquelas pessoas que possuíam contrato de trabalho.

Outrossim, consagrando os valores fundamentais da República Federativa do Brasil, de proteção da dignidade da pessoa humana e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a nova carta política instituiu a Seguridade Social, e estabeleceu que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Assim, todos os brasileiros, e não somente os trabalhadores, passaram a ter garantido o acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS), sendo vedada qualquer forma de distinção entre pessoas.

Esses fatores, juntamente com o quadro trazido pelo capítulo anterior, acarretaram, não apenas a criação de uma medida mais justa de proteção à saúde do ser humano, mas, no campo concorrencial, a abertura de uma nova realidade de mercado, tornando o fornecimento de planos privados de saúde um setor de grande atratividade para os empresários, haja vista que com o congestionamento no SUS, as pessoas optariam por aderir aos planos privados.

Diante desse cenário, surge a maior experiência cooperativista na área da saúde em todo o país: O Complexo Empresarial Cooperativo Unimed.

Na verdade, o sistema nasceu em 1967, com a fundação da Unimed Santos-SP, pelo Dr. Edmundo Castilho, mas foi após os acontecimentos supracitados que veio a tornar-se a maior potência do setor de planos de saúde.

A Unimed, atualmente esta presente em aproximadamente 75% do território nacional, e composta por 378 (trezentos e setenta e oito) cooperativas médicas, que presta assistências para mais de 13,3 (treze vírgula três) milhões de clientes e cerca de 70.000 (setenta mil) empresas em todo país.

Conforme já mencionado anteriormente, a Unimed detém uma estimativa de 33% do mercado nacional de planos de saúde, e conta com 101.000 (cento e um mil) médicos e 3.596 (três mil, quinhentos e noventa e seis) hospitais credenciados.

De acordo com dados fornecidos em seu endereço eletrônico, a Unimed possui lembrança cativa na mente dos brasileiros. Em pesquisa nacional realizada pelo Instituto Datafolha, a Unimed foi considerada pelo 12º ano consecutivo a marca *Top of Mind* em planos de saúde. Outro destaque feito pela cooperativa em seu endereço na *internet* é o prêmio plano de saúde em que os brasileiros mais confiam, recebido pela quarta vez consecutiva, na pesquisa Marcas de Confiança.

O conhecimento de tais fatos se faz sobretudo imperioso, vez que a Unimed deve ser identificada como a detentora de parte relevante do mercado, e por isso suas condutas devem ser, sempre que propensas a lesar a ordem econômica, levadas ao controle do SBDC.

É evidente e incontestável que uma empresa que possua uma participação em porcentagem superior a 30% do mercado relevante, poderá vir a modificar a ordem econômica do setor em qualquer ato que venha a praticar, assim sendo, para que a livre iniciativa continue a formar o pilar do empreendedorismo nacional, deve o SBDC tomar todas as medidas necessárias para o manutenção de uma concorrência justa.

Tal comprometimento tem sido demonstrado pelo SBDC nos julgamentos dos processos administrativos levados ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Diversas formas de condutas anti-concorrenciais praticadas pelas Unimed são sendo conhecidas pelo CADE, o qual vêm agindo com todo o rigor e efetividade necessários, aplicando as sanções previstas na Lei 8.884/94 e garantindo à concorrência um mercado livre e justo para o setor de planos de saúde.

De todas as ocorrências envolvendo as Unimed junto ao CADE, merecem destaque o descredenciamento ilícito, a exigência de unimilitância aos cooperados e a redução abusiva dos honorários médicos.

2.1 Do Descredenciamento Ilícito

A Unimed conquistou o mercado. Isto é certo. Seus concorrentes disputam entre si uma posição secundária no setor.

Esta realidade foi atingida por dois fatores: eficiência e excelência da Unimed e ausência de concorrência no mercado durante muitos anos.

A apatia que tomava o setor possibilitou a Unimed a conquista de grande parte do mercado relevante.

Ocorre que, quando uma empresa atinge esse patamar, é esperado que seus empreendedores apliquem todos os seus esforços para o manutenção dessa liderança de mercado. Outrossim, é justamente pelo fato de atualmente esses esforços não estarem sendo medidos nem mesmo pelo direito é que merece destaque e razão o presente trabalho.

A livre iniciativa e a concorrência justa estão sendo esmagadas pelas Unimed, e o SBDC precisa ser cada vez mais intolerante com as condutas da cooperativa de saúde, caso contrário o mercado será definitivamente dominado, e os consumidores e profissionais liberais da saúde estarão entregues a conveniência das Unimed, podendo esta praticar preços e apresentar produtos ao seu bel prazer.

O descredenciamento ilícito é a primeira infração a ser analisada nesta seção, e poderia ser a única, já bastando para caracterizar a delinquência empresarial das Unimed.

É fato notório que os hospitais e os profissionais liberais da saúde possuem considerável dependência econômica em face da Unimed. Atualmente, o credenciamento junto a maior cooperativa de saúde do Brasil, é requisito imprescindível para os empreendimentos no ramo da saúde.

E é justamente em razão dessa dependência econômica que a Unimed pratica tantos abusos.

O credenciamento junto a Unimed é realizado através de um contrato de prestação de serviços, no qual o profissional da saúde atenderá pacientes com preços estipulados pela cooperativa – desde que não contrariem as normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar –, e a Unimed repassará ao cooperado os honorários contratados.

Os hospitais também realizam esse credenciamento junto a Unimed, para que possam atender a grande massa da população que utiliza os planos de saúde privados.

Ocorre que, visando diminuir a dependência econômica em face da Unimed, alguns hospitais estão criando planos próprios e independentes de saúde, possibilitando ao consumidor a escolha de outros planos que não o da Unimed, tornando o mercado mais competitivo, e enfim, beneficiando o setor da saúde no país.

Todavia, a Unimed está descredenciando os hospitais que criem planos de saúde próprios, rompendo unilateralmente os contratos de prestação de serviços com eles mantidos.

Em atuação intervencionista, o Secretário de Direito Econômico, em 08 de outubro de 2004, adotou uma Medida Preventiva em relação a Unimed de Goiânia-GO, através do Processo Administrativo nº 08012.003368/2004-34, instaurado junto a SDE por representação apresentada pelos Hospitais Samaritano de Goiânia Ltda., Monte Sinais Ltda. e Maternidade Jardim América Ltda.

Na mencionada representação, os autores denunciaram a conduta de descredenciamento ilícito, alegando que a representada os teria descredenciado de seus quadros em razão da criação, por estes, de planos de saúde próprios.

O Secretário de Direito Econômico, na mencionada decisão preventiva, determinou a representada Unimed de Goiânia que:

I – suspendesse qualquer decisão adotada de descredenciamento de hospitais em razão da criação, por estes, de planos de saúde;

II – se abstenha de descredenciar hospitais em razão da criação, por estes, de planos de saúde; e

III – faça publicar, em pelo menos um dos dois jornais de maior circulação em Goiânia, o teor da Medida Preventiva.

Além disso, a SDE, em vista da gravidade dos fatos e capacidade econômica do envolvido, fixou uma multa diária de R\$ 10.641,00 (dez mil, seiscentos e quarenta e um reais), em caso de descumprimento da decisão preventiva.

A representada apresentou Recurso Voluntário contra a Medida Preventiva da SDE, o qual foi recebido pelo CADE sob o nº 08700.005189/2004-83, e, embora conhecido, no mérito, foi-lhe negado provimento.

Em decisão da lavra do Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, proferida em 02 de fevereiro de 2005, o CADE manteve a Medida Preventiva da SDE.

Para maior deslinde da matéria, merece apresentar a íntegra de alguns pontos do voto do conselheiro relator:

Diante disso, conclui-se que o interesse da recorrente não era somente o de descredenciar os hospitais porque não lhe interessaria mais a contratação de seus serviços, o que, de fato, estaria dentro de sua liberdade negocial. Ao contrário, a recorrente evidenciou que o descredenciamento seria justamente pelo fato de os mencionados hospitais possuírem um plano de saúde concorrente, com a finalidade deliberada de causar-lhes dificuldade e embaraços ao seu funcionamento. Confirma ainda mais essa assertiva a notícia de que a UNIMED GOIÂNIA impôs como condição para o não-descredenciamento daqueles hospitais a venda (para a própria UNIMED) do plano de saúde que lhes pertencia.

Ademais, a ameaça explícita de descredenciamento dos hospitais Samaritano de Goiânia, Jardim América e Monte Sinais, sem qualquer

justificativa plausível, evidencia ainda mais a possível ilicitude da conduta; reforça essa assertiva o fato de os mencionados hospitais serem proprietários da empresa “América Planos de Saúde”, concorrente da UNIMED GOIÂNIA na prestação de serviços de saúde. Tais evidências, de fato, sinalizam determinadas condutas tipificadas como ilícitas na legislação antitruste – art. 20, I, II e IV c/c art. 21 IV e V da Lei nº 8.884/94.

(Recurso Voluntário nº 08700.005189/2004-83 – CADE – Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva – 02/02/2005)

Além disso, muito bem já havia sido configurada a ilicitude da conduta pelos fundamentos apresentados na Medida Preventiva da SDE, convindo o destaque de alguns pontos.

Argumentou o Secretário de Direito Econômico, no Processo Administrativo de nº 08012.003368/2004-34 – SDE, que a conduta da Unimed pode ser interpretada como uma ameaça aos demais hospitais, para que não criem planos de saúde próprios, sob pena de sofrerem o descredenciamento.

Nessa condição de nítida superioridade econômica, a representada impõe a provável exclusão de um concorrente, que, como visto, representa um modelo de negócio mais eficiente, de forma a permanecer confortavelmente em sua condição de dominação do mercado e afastando do consumidor os benefícios da concorrência, protegida pela Lei 8.884/94. E, como visto, com essa conduta, a representada sinaliza aos hospitais credenciados que não devem criar planos que lhe façam concorrência, sob pena de descredenciamento.

Dessa forma, a representada desestimula a entrada no mercado de concorrentes mais eficientes, consolidando sua posição superior não por ser mais eficiente do que os outros, mas pela prática de conduta artificial ao livre jogo do mercado e, portanto, possivelmente abusiva, contrariando, em tese, a previsão do § 1º do artigo 20. (Processo Administrativo nº 08012.003368/2004-34 – Medida Preventiva do Secretário de Direito Econômico – fls. 138 – 08/10/04)

Vale reiterar dois aspectos de imensurável importância: a superioridade econômica e os limites da liberdade negocial.

Ora, deve ficar claro que o descredenciamento de um hospital por ter, este, criado um plano de saúde próprio, somente configura um ilícito concorrencial devido a superioridade econômica mentida pela Unimed.

Caso a cooperativa de saúde não detivesse o poder econômico aqui demonstrado, a ameaça de descredenciamento do hospital seria inofensiva, haja vista que os danos à concorrência seriam mínimos.

Logo, tratando-se de empresa que possui controle de aproximadamente 33% do mercado relevante, o descredenciamento de um hospital impulsionado pela criação, por este, de um propenso concorrente, é sim uma infração à ordem econômica, pois, trata-se de conduta que afasta do mercado nacional os benefícios da concorrência.

No tocante a liberdade negocial, não há como a Unimed descredenciar um hospital alegando uso da livre contratação. Em vista de seu poder de mercado, o Direito Concorrencial limita a liberdade negocial de determinadas empresas.

Cabe, neste sentido, mencionar o caso concreto supramencionado, onde a Unimed de Goiânia, segundo dados fornecidos pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar à Secretaria de Direito Econômico, detém aproximadamente 47% do mercado de planos de saúde na cidade de Goiânia-GO, sendo assim, presume-se que a cooperativa de saúde é dotada de poder suficiente para impor restrições concorrenciais, afastando abusivamente a concorrência, fato que prejudica não somente a concorrência do setor, mas também toda a coletividade.

Outro fator que tende a ser abordado é o princípio da equivalência material, oriundo do conceito de equidade no direito das obrigações.

Se, é correto afirmar que os hospitais possuem uma dependência econômica em face da Unimed, então se pode inferir que no contrato de prestação de serviços firmado entre as partes, o hospital é a parte mais fraca.

Partindo daí, a aplicação mais eficaz do direito aos casos concretos, é com a análise dos contratos fundamentada no princípio da equivalência material, pelo qual fica admitido que na celebração de qualquer espécie de contrato pode haver um desequilíbrio de direitos e deveres, ou até mesmo por eventuais hipossuficiências econômicas ou intelectuais, sendo esta a razão de

ser do princípio, que determina que deverá sempre ser buscado o equilíbrio entre as partes, valendo aqui a máxima aristotélica de tratar de forma igual os iguais, e desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

No caso apresentado, seria pertinente, por exemplo, que no contrato de prestação de serviços, estivesse devidamente explícita uma cláusula estabelecendo a não-exclusividade na prestação de serviços, atribuindo-se, assim, uma trava jurídica ao descredenciamento ilícito, muito embora tal preceito já esteja resguardado pela lei antitruste.

Comentando a pertinência do princípio da equivalência material, em cotejamento até mesmo com o *pacta sunt servanda*, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, muito bem expressam o significado mais adocicado possível do instituto:

De fato, somente se poderá atingir o tão almejado solidarismo social, em fina sintonia com a **proteção da dignidade da pessoa humana**, se o contrato buscar, de fato, o equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania – já anacrônica – do vetusto *pacta sunt servanda* (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 69).

O que se pretende demonstrar é que, a antiga regra de que os pactos devem ser cumpridos, está limitada à verificação da existência da devida equivalência entre as partes, visto que se não houver proteção à parte mais fraca no contrato, eventuais abusos serão inevitáveis.

O direito contratual foi intimamente alterado, e o descompasso que antes era criado pelo *pacta sunt servanda*, foi resolvido pelo novo Código Civil, que passou a prever a função social do contrato e a boa-fé objetiva, oriundo dos quais surge o princípio da equivalência material.

Traçado isso, verifica-se que o descredenciamento de hospitais, pela Unimed, por terem criado planos de saúde próprios, configura um ilícito contra a ordem econômica e civil.

Isto sem falar nos valores fundamentais da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988, como já visto em capítulo específico, em seu artigo 1º, inciso IV, prevê como fundamento da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e também em seu

artigo 3º, incisos I e II, como objetivo da nação, a construção de uma sociedade livre justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional.

Não restam dúvidas que a conduta da Unimed contraria todos esses princípios fundamentais constitucionais, pois impõe barreiras a concorrência de um setor vital para o ser humano, que é o da saúde, e prejudica o crescimento nacional no setor.

A conduta do descredenciamento ilícito, está tipificada como infração anti-concorrencial na Lei 8.884/94, em seus artigos 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V.

Tais dispositivos, estabelecem, em síntese, como infrações à ordem econômica, as condutas seguintes: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; impedir o acesso ao mercado ou dificultar o desenvolvimento e funcionamento de empresa concorrente; e, principalmente, exercer de forma abusiva posição dominante.

2.2 Da Exigência de Unimilitância

Dentre todas as condutas anti-concorrenciais praticadas pelas Unimed, a mais corriqueira é a imposição, pela cooperativa de saúde, de cláusula de exclusividade aos seus profissionais cooperados, também conhecida pela doutrina como exigência de unimilitância, impedindo que os médicos prestem serviços a outras empresas concorrentes.

Trata-se, por óbvio, de flagrante conduta ilícita, visto que restringe a livre iniciativa do profissional liberal, mantendo a exclusividade do trabalho médico e barrando a concorrência justa.

Novamente, a Unimed pratica ato tipificado como infração à ordem econômica nos termos dos já mencionados incisos I, II e IV do artigo 20 da Lei 8.884/94. Igualmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem atuado de forma bastante efetiva, exigindo sempre a retirada das cláusulas de exclusividade impostas pela Unimed aos médicos cooperados, e punindo a cooperativa com severas penas de multa.

O CADE já teve de julgar diversos processos administrativos versando sobre a exigência de exclusividade imposta pelas Unimed, e, ainda assim, a

cooperativa de saúde mantém a conduta anti-concorrencial em diversas localidades.

Apenas para ilustrar o caso, seguem abaixo algumas linhas fundamentadas pelo CADE na análise de um caso concreto:

Tal disposição estatutária, que impõe por parte da Representada exclusividade aos seus cooperados na prestação dos serviços médicos, deve ser considerada danosa à livre concorrência e à livre iniciativa, pois causa prejuízos aos consumidores dos serviços médico-hospitalares, como também a outras empresas que buscam se estabelecer no mercado, em face da reduzida parcela de profissionais não cooperados disponível para a realização do mesmo atendimento, de modo a provocar a eliminação da concorrência no setor.

Sob a lente do Direito da Concorrência, o CADE vem se posicionando de forma contrária às cláusulas de exclusividade. Reiteradamente, a jurisprudência deste Conselho determina a exclusão dos estatutos sociais das cooperativas. O entendimento do Colegiado é que a exclusividade imposta aos médicos cooperados afronta a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre planos de saúde, além de configurar os efeitos potenciais do art. 20, incisos I, II e IV da Lei nº 8.884/94.

(Processo Administrativo nº 08012.005459/2002-42 – CADE – Representante: Procuradoria da República de Bauru-SP – Representada: Unimed de Jaú-SP Cooperativa de Trabalho Médico – Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe – 24/11/2004)

Nota-se, então, que a Unimed não vêm medindo esforços para conquistar o monopólio do setor da saúde. Através do descredenciamento ilícito, a cooperativa impõe exclusividade aos hospitais, e com a exigência de militância exclusiva, impõe exclusividade dos médicos cooperados.

Como se vê, a conduta da exigência de unimilitância não vem a prejudicar somente os profissionais médicos, mas também as empresas concorrentes da Unimed, haja vista que estas não poderão contratar os melhores médicos da localidade em que venham a se instalar, pois devido à dependência econômica em face da cooperativa de saúde, os profissionais sempre terão de optar pelos contratos com a Unimed.

Ora, ao exigir exclusividade de seus profissionais cooperados, a Unimed está visando à dominação ilícita de mercado, tornando o setor cada vez menos convidativo para os pequenos e médios empresários que quiserem trabalhar na área de planos de saúde, isso sem falar nos prejuízos ao consumidor, que ao depender de suas necessidades de saúde, por não ter um plano médico disponível, é obrigado a aderir ao plano da cooperativa de saúde.

É ato ilícito, anticoncorrencial e abusivo.

Conforme já visto, o CADE assim tem entendido, e tal posicionamento vem sendo consagrado pelo Judiciário, porém, em determinadas ocasiões alguns juízes estão entendendo que não há ilegalidade na exigência de unimilitância e cometem o sacrilégio de reformarem as decisões da autarquia federal especializada na defesa da concorrência.

Um dos argumentos do Judiciário é de que a cláusula de exclusividade estaria inserida na liberdade negocial da Unimed, cabendo ao profissional liberal optar ou não por tornar-se cooperado, e por isso não configuraria infração à ordem econômica.

Contudo, como já visto, os fundamentos do Judiciário carecem de conhecimento jurídico especializado, vez que, se a empresa possui posição dominante no mercado, sua liberdade negocial fica restrita, sendo barrada pela lei a imposição de cláusulas de exclusividade.

Se a Unimed puder impor a unimilitância aos seus médicos cooperados, futuramente haverá o monopólio do mercado da saúde, e cada vez menos empresários terão interesse no setor, devido ao esmagamento das oportunidades.

Sem concorrência, há dominação de mercado, dando-se azo a prática de imposição de preços e regulação de ofertas, podendo a Unimed oferecer seus planos de saúde como bem entender, sem qualquer facilidade ou liberdade de escolha ao consumidor, que ficará preso a duas únicas opções: aderir ao plano da cooperativa de saúde ou recorrer ao Sistema Único de Saúde.

Neste sentido, o Judiciário contrariar o CADE, dizendo que tal exigência feita pela Unimed não configura infração à ordem econômica, é um verdadeiro incentivo à delinquência anti-concorrencial.

A unimilitância do profissional médico para somente uma operadora de planos de saúde, somente pode advir do exercício da livre iniciativa, da liberdade de escolha do trabalhador da saúde, sendo vedado pela Lei 9.656/98 – *Lei dos Planos de Saúde* – e pelas normas de Direito Concorrencial, qualquer imposição de exclusividade compulsória.

2.3 Da Redução Abusiva de Honorários

Paralelamente a exigência de unimilitância, utilizando abusivamente de sua posição dominante no mercado de planos de saúde, a Unimed, em algumas localidades, vêm impondo aos seus cooperados o não atendimento a outros planos de saúde, sendo que o cooperado que optasse por atender, teria seus honorários profissionais reduzidos.

Tem-se, então, uma forma indireta de exigir a exclusividade de seus médicos cooperados, passando, a Unimed, a praticar uma tabela diferenciada de honorários aos médicos que viessem a atender outros convênios, acarretando assim os mesmos problemas oriundos da exigência de unimilitância.

Em voto proferido na data de 01 de junho de 2005, o CADE manifestou seu posicionamento no tocante a infração em comento:

A meu ver, o estabelecimento da cláusula de “CH mínimo” traz, ainda, efeitos mais perversos que a imposição de exclusividade. Ao fixar que comente receberão um coeficiente de honorários maior caso sejam filiados apenas à Unimed, a cooperativa induz os médicos à: (i) descredenciarem-se das outras operadoras; (ii) tentarem obter um CH maior nas outras operadoras às quais são filiados em concomitância com a Unimed, a fim de atingir patamar semelhante ao praticado pela última. Há lesão à concorrência, pois tal expediente estimula o descredenciamento de médicos de médicos dos outros planos. Prejudica-se também o consumidor, não somente por ele ter restringido o seu acesso a determinados médicos, como por estar ameaçado por uma elevação geral das mensalidades de planos de saúde, caso os médicos pressionem para todos os planos elevarem o pagamento de honorários.

Por todo exposto, entendo que a conduta ora investigada prejudica a livre concorrência e a livre iniciativa e visa o domínio do mercado relevante, não fundado em maior eficiência econômica dos agentes econômicos, mas através da criação de dificuldades à constituição, funcionamento e

desenvolvimento de empresa concorrente, do impedimento do acesso de novas empresas ao mercado e da discriminação dos fornecedores de serviços ao diferenciar preços. Tal conduta constitui-se, portanto, em infração contra a ordem econômica, tipificada no art. 20, incisos I e II, c/c art. 21, incisos IV, V e XII, da Lei nº 8.884/94. (Processo Administrativo nº 08012.004428/2000-11 – CADE – Representante: Ministério Público do Pará – Representada: Unimed Belém Cooperativa de Trabalho Médico – Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer – 01/06/2005)

A Unimed, através dessa imposição de honorários reduzidos aos médicos que não optem pela unimilitância, desencoraja os profissionais da saúde a participarem de outras operadoras, cria um desestímulo aos empresários que teriam interesse no setor, e caminha ainda mais para abusivamente conquistar um monopólio ilegítimo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Unimed, maior experiência cooperativista na área da saúde em todo o país, é a grande potência do mercado de planos e seguros de saúde, e conquistou essa posição por sua excelência e eficiência, outrossim, atualmente vem manchando sua reputação junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por praticar abusos em sua posição dominante.

As grandes potências dos mais variados setores econômicos dominam o mercado, e o fazem na língua que o capitalismo melhor entende: o dinheiro.

Contudo, até mesmo essa linguagem tem limites, e não pode ser tolerada em qualquer circunstância. O consumidor está sendo ludibriado, pois está pagando caro por não haver concorrência justa no setor da saúde, e “por trás dos bastidores”, contratos absurdos impõem, aos hospitais e aos médicos a exclusividade na prestação de serviços e uma forte barreira ao exercício da livre iniciativa.

Em todas as condutas apresentadas neste trabalho, constatou-se sempre o mesmo objetivo das Unimeds: a conquista da exclusividade, do monopólio. E não o faz através de eficiência e concorrência justa, mas sim através de condutas ilícitas.

A imposição de exclusividade afronta a norma prevista no art. 18, III da Lei 9.656/98, que veda a imposição de “contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional” na área da saúde. Isto, por si só, já define as condutas da Unimed como infrações.

Porém, há de se ressaltar que, as condutas aqui analisadas serão infrações à ordem econômica desde que se trate de uma empresa detentora de posição dominante no mercado relevante.

Por óbvio que descredenciar um fornecedor é direito garantido pela liberdade negocial da empresa, porém, sempre, a cada caso, vale uma interpretação específica, pois fatores podem ser somados um ao outro e resultarem em práticas anti-concorrenciais.

Vale dizer que também a exigência de exclusividade e a aplicação de honorários reduzidos, devem ser vistos com reserva para configurarem infrações. Caso se trate de empresa em posição dominante, sempre será infração à ordem econômica, em contrapartida, se a empresa não abranger parcela relevante do mercado, poderá tratar-se de simples gozo de sua liberdade negocial.

A concorrência é essencial para a economia de um país. É ela um fator de equilíbrio entre preços e qualidade dos produtos ou serviços oferecidos. Se a Unimed pretende atingir um patamar de dominação de mercado, ainda mais expressivo do já conquistado, então o terá de fazê-lo através de um trabalho justo, respeitando a legislação antitruste e os princípios constitucionais.

Um país forte, deve ter uma economia forte, um mercado competitivo e atrativo para os investimentos nacionais e internacionais. Nenhum valor terá para o Brasil, um monopólio no setor da saúde.

No tocante à exclusividade, existe um consenso mundial no Direito Concorrencial: a exclusividade somente poderá ser conquistada através da eficiência empresarial.

Permitir que a exclusividade seja alcançada mediante as condutas que vêm sendo praticadas pela Unimed, é premiar a delinqüência empresarial.

REFERÊNCIAS

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito Concorrencial – Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. V. IV. São Paulo: Saraiva, 2005.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONSELLOS, Marco A. Sandoval; TONETO JR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LACERDA, Antônio Corrêa; BOCCHI, João Ildebrando; REGO, José Márcio; BORGES, Maria Angélica; MARQUES, Rosa Maria. *Economia Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*. V. 1: São Paulo: Atlas, 2004.

Processo Administrativo nº 08012.004428/2000-11. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Representante: Ministério Público do Pará. Representada: Unimed Belém Cooperativa de Trabalho Médico. Voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, de 01/06/2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/temp112200730530PM.pdf>> Acesso em 20. out. 2005.

Processo Administrativo nº 08012.005459/2002-42. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Representante: Procuradoria da República de Bauru-SP. Representada: Unimed de Jaú-SP Cooperativa de Trabalho Médico. Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe, de 24/11/2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/temp112200725601PM.pdf>> Acesso em 20. out. 2005.

Recurso Voluntário nº 08700.005189/2004-83. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, de 02/02/2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/temp112200724608PM.pdf> Acesso em: 20. out. 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

www.cade.gov.br

www.unimed.com.br

www.ans.gov.br

www.mj.gov.br/sde/