

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 62/92

Instaurado de ofício pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, Ministério da Justiça

Indiciada: Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo - AHESP

RELATORA: Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD

DECISÃO

Por maioria, vencidos a Conselheira relatora e o Presidente, o CADE decidiu pela procedência da denúncia, por fato capitulado no artigo 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, aplicando à indiciada a pena de R\$ 32.140,00 (trinta e dois mil, cento e quarenta reais), a ser recolhida no prazo máximo de 10 n(dez) dias, a contar da publicação da presente decisão, sob pena de sua imediata execução, dando-se ainda ciência ao Ministério Público, nos termos da legislação vigente.

Plenário do CADE, 9 de novembro de 1994.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira-Relatora

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro Relator para o acórdão

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

PARECER DO PROCURADOR GERAL DO CADE: MARCELLO AUGUSTO DINIZ CERQUEIRA

EMENTA: *Processo Administrativo "Ex-Offício" Tabela de preços aplicada por estabelecimentos hospitalares Indícios e provas de ocorrências lesivas ao mercado. Determinação, pela Representada, que os estabelecimentos a ela*

associados se abstivessem de expedir qualquer tipo de hospitalares. Determinação entendida como pedido de celebração de compromisso de cessação. Caso contrário, protesto por nova vista.

1. Em 6 de julho de 1992, o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor oficiou à ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO solicitando informações sobre tabelas de preços que editava para aplicação pelos estabelecimentos hospitalares associados. Veio a resposta a fls. 03 e 04, 1º vol.

2. O Senhor Diretor do DNPDE, por entender que a tabela de preços praticadas pela Representada constituía indícios e provas de ocorrências lesivas ao mercado, instaura processo administrativo (fls. 46, vol.).

3. O processo segue seu curso normal e a parte bem representada. Formula sua defesa prévia (fls. 53/59) e sua defesa final (fls. 373/377).

4. Às fls. 506, nota do Dr. Fábio Antinoro, Coordenador Jurídico Subst., que adota como Relatório Final aquele produzido às fls. 378 e segs. providência que esta Procuradoria também adota. Ao final, sugere que a petição da Procuradoria (fls. 408/409), oferecida após a conclusão dos autos por seu acolhido, sucessivamente, pelos ilustres Diretor do DPDE e Secretário de Direito Econômico.

5. Aqui, o processo é distribuído à ilustre Conselheira Neide Terezinha Malard, que dele faz a conclusão em 28 de junho de 1994.

Vêm-me os autos. Desde logo, examino a petição da Representada de (fls. 408/409) e leio sua afirmação de que

"determinou às suas Regionais que se abstivessem de expedir qualquer tipo de lista referencial de preços e taxas hospitalares, afim de que sequer pudesse vir a atitude ser interpretada como infrigente da lei"

7. Tomo a determinação da Representada como um pedido de celebração de compromisso de cessão. Assim, opino no sentido de que sej a convidada a Representada para, querendo celebrar o referido compromisso, na forma do Art. 53 da Lei 8.884/94. Caso contrário, protesto por nova vista.

É o Parecer

Brasília, 30 de junho de 1994.

MARCELLO CERQUEIRA

Procurador Geral do CADE

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA NEIDE TERESINHA MALARD

O DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA - DPDE, da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, instaurou processo de ofício contra à ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - AHESP (fls. 51), para apurar prática restritiva da concorrência, consistente na adoção de tabelas de preços para diárias, taxas hospitalares e procedimentos, infringindo, portanto, o disposto no inciso XVII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Notificada, a indiciada ofereceu a defesa prévia de fls. 53/59, acompanhada dos documentos de fls. 21/352.

Diz que apenas alguns de seus Departamentos Regionais adotam tabelas, na função percípua de assistir e orientar os hospitais localizados nas respectivas áreas geográficas, inexistindo qualquer indução em relação aos usuários do sistema para a adoção dessas listas referenciais de preços.

Afirma que não há no Estado de São Paulo qualquer uniformização de preços, estabelecendo cada unidade hospitalar seus próprios preços, de acordo com seu porte, qualidade de seus serviços e instalações.

Quanto às listas referenciais, esclarece não serem elas uniformes a nível de Estado, variando em cada região, não se podendo concluir que sua aplicação exclui a observância à estrutura dos custos de cada estabelecimento na apuração de seus preços finais. Prova disso é a existência de unidades hospitalares, com preços muito superiores aos das listas referenciais, e de outras tantas que contratam com convênio preços bem inferiores aos constantes das tais listas.

Por tudo isso, as listas referenciais não inibem a concorrência, não prejudicam a flexibilização de preços e não afastam a observância pelos estabelecimentos hospitalares das respectivas estruturas de custos, não constituindo, assim, infração à ordem econômica.

Aduz que seus associados não podem ser chamados de concorrentes, pois não se tem notícia de que os pacientes ou seus responsáveis façam pesquisa de preços antes de escolherem o hospital para tratamento.

Observa que também o INAMPS adota tabela de preços para todo o território nacional e o faz de maneira impositiva.

Reafirmando a legalidade de sua conduta, a indiciada declara sua disposição de colaborar com as autoridades do Governo e se prontifica a solicitar aos dirigentes regionais que se abstenham de editar as referidas listas de preços.

Manifestou-se, em seguida, o DPDE pela ilegalidade per se das tabelas, ainda que referenciais, dando como subsistentes as ocorrências que ensejaram a instauração do processo (fls. 355/370), o que levou o SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO a determinar a notificação da indiciada para oferecimento de defesa (fls. 371).

Defendeu-se a ASSOCIAÇÃO às fls. 374/377, negando, mais uma vez, o cometimento da infração, aduzindo, ainda, com base na documentação acostada na defesa prévia, que existe concorrência onde as listas referenciais foram adotadas, cobrando os hospitais os mais variados preços.

Pediu, por fim, fosse julgado improcedente o processo administrativo.

Mais uma vez manifestou-se o DPDE pela ilegalidade per se da tabela, realçando a existência de documentação nos autos que demonstra a edição de tabela de preços mínimos em papel com timbre da ASSOCIAÇÃO (fls. 378/396).

O SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO solicitou a manifestação da SPE do Ministério da Fazenda, que, citando precedente do CADE, concluiu pelos reflexos negativos da tabela no mercado (fls. 503/505).

Às fls. 408/409 a ASSOCIAÇÃO peticionou, informando que tão logo teve notícia da instauração do processo, determinou às Regionais que se abstivessem de expedir qualquer lista de preço, a fim de evitar que a prática pudesse ser interpretada como infringente da Lei nº 8.158/91, determinação essa que teria sido rigorosamente cumprida. Ao final, invocando a inexistência de razões para a continuidade do processo, requer seu arquivamento.

Neste Conselho manifestou-se o Procurador-Geral favoravelmente à celebração compromisso de cessação previsto na Lei nº 8.884/94 (fls. 515/517).

O ilustre patrono da indiciada juntou memorial e propôs a celebração compromisso de cessação.

É o relatório.

Neide Teresinha Malard

Conselheira Relatora

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

1. Precedeu a instauração deste processo ofício do Diretor do DPDE à ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO, expedido com objetivo de obter informações para subsidiar estudos sobre preços e práticas comerciais de vários setores e segmentos econômicos.

Nesse ofício indagava-se da ASSOCIAÇÃO se adotava tabela de preços única par atendimento de convênios, os critérios utilizados na elaboração da tabela e respectivo reajustes, sua relação com a tabela da AMB, o número de associados e a obrigatoriedade de sua adoção. Solicitou-se, ainda, fossem remetidas cópias das tabelas eventualmente adotadas no período de janeiro a junho de 1992, informando-se sobre os reajuste praticados.

Essa atuação antecipada da SDE, expressamente prevista no art. 2º da Lei n 8.158/91, tem como objetivo não só a repressão de eventuais práticas, mas também, prevenção de distorções que possam ocorrer no mercado, dentre elas a fixação de preços o pior dos males de que pode padecer a concorrência.

Assim, verificando a existência de anomalias no mercado, cumpria à SDE propor as medidas de correção cabíveis e, não necessariamente, instaurar o processo administrativo.

Essa atuação preventiva da SDE é indispensável para se assegurar a normalidade do mercado e, na maioria das vezes, é mais eficaz do que a própria atuação repressiva, posto que a não adoção de uma prática ou sua imediata cessação reflete no mercado com maior rapidez, com benefícios quase que instantâneos para o consumidor.

Por outro lado, o pedido de esclarecimentos que se faz ao agente econômico visa não só saber se realmente determinada prática está ocorrendo, como também verificar se está caracterizada a ilicitude, não só pelo objeto da conduta como também pelo seus efeitos no mercado. Melhor dizendo, de acordo com o próprio texto legal, se a prática tem por objeto ou produz algum efeito de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente o lucro. Isto porque o sistema adotado pela Lei nº 8.158/91 não é o do **per se condemnationem**, mas o da regra da razão.

2. Em sua resposta ao ofício do DPDE, a ASSOCIAÇÃO não se furtou aos esclarecimentos, prestando-os todos, detalhadamente (fls. 03/39).

Ocorre que o DPDE, afastando-se da linha preventiva que adotara, instaurou processo contra a ASSOCIAÇÃO, por suposta infração à ordem econômica, à vista do disposto no art. 3º, incisos I, IV, XV e XVII da Lei nº 8.158/91.

3. Na defesa prévia a ASSOCIAÇÃO buscou demonstrar que não objetivava prejudicar a concorrência, propondo-se a imediatamente suspender as tais listas ou tabelas, o que de fato, consumou.

A SDE, no entanto, ao entendimento de que a adoção das tais

tabelas constituía ilegalidade per se, entendeu subsistentes as ocorrências que determinaram a instauração do processo e, na forma do art. 6º, alínea b, da referida lei, decidiu pelo seu prosseguimento.

4. A questão, pois, a decidir é se configurada ficou a infração com a mera adoção da tabela ou lista, e se correto o entendimento da SDE em não atender as súplicas da ASSOCIAÇÃO, que se absteve, definitivamente, de elaborar a tal tabela, levando avante o processo administrativo.

5. No nosso ordenamento jurídico, até a edição da Lei nº 8.884/94, adotava-se o sistema misto de defesa da concorrência. Algumas condutas eram tidas como ilegais per se pela Lei nº 4.137/62, preponderando, no entanto, o sistema do abuso, totalmente consagrado na Lei nº 8.158/91, que só admitia serem passíveis de repressão as práticas que tivessem por objeto ou que conduzissem ou pudessem conduzir ao domínio de mercado~ ao prejuízo da concorrência ou ao aumento arbitrário de lucros. Com a nova lei e a revogação da Lei nº 4.137/62, vigora apenas o sistema do abuso, que requer, na determinação da ilicitude da conduta, uma análise cuidadosa do mercado onde atua o agente e das circunstâncias em que a prática, tida por abusiva, teria ocorrido, mediante a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, a conduta reprimível é aquela de conteúdo anticoncorrencial, que não se justifica por causas razoáveis, ou cuja repercussão negativa no mercado seja desproporcional aos padrões normais de concorrência, pois é na exata medida dessa repercussão negativa que se situa o abuso.

A infração à ordem econômica é um fato econômico ou uma prática comercial qualquer, que a norma jurídica qualifica de ilícita, em função de seus efeitos atuais ou prováveis, a repercutirem no mercado. O bem jurídico protegido é a livre concorrência e o desvalor que constitui o núcleo da infração é o dano ao mercado, real ou potencial, a decorrer da conduta do agente.

Assim, a ação do agente é punida não pela reprovação social que dela se faz, mas pelo dano que cause efetivamente ou que potencialmente possa causar.

6. A conduta que tenha por "objeto" alguma das três finalidades referidas no "caput" do art. 3º da Lei nº 8.158/91 é uma conduta que o agente, em razão de suas características, de seu porte econômico e de seu poder de mercado, tem condições de avaliar, tomando como possíveis seus efeitos anticoncorrenciais e assumindo o risco de sua verificação.

O objeto da conduta tem um sentido objetivo, e não subjetivo, devendo ser qualificado em função da própria conduta ou do ato, e aferível no contexto econômico em que se desenvolve a atividade do agente: a estrutura

do mercado relevante, o porte do agente e de seus concorrentes, o poder de mercado detido por estes e por aquele, a história do mercado e suas características.

Para a configuração da infração, o resultado da conduta ou os efeitos anticoncorrenciais que 'ela produza ou possa produzir no mercado são suficientes, pouco . importando qual tenha sido a intenção do agente. A conduta que tenha por objeto uma finalidade anticoncorrencial .é potencialmente danosa ao mercado, com alguma probabilidade de causar efeitos adversos à concorrência.

Não se requer os. efeitos imediatos, o que se. justifica plenamente no plano teleológico da defesa da concorrência: a preservação da liberdade da concorrência, mediante atuação profilática, erradicando-se a restrição maléfica, em razão da potencialidade de seus efeitos, até porque estes podem não se seguir à conduta, imediatamente.

Ao cuidar de cond,utasque efetivamente causam ou que podem causar efeitos p.rejudiciais ao mercado, a lei impõe ao agente econômico o dever legal de agir em conformidade com as normas do mercado concorrencial. A ilicitude da conduta tem" portanto, natureza dúplice: revela-se de natureza formal, quando o agente infringe o dever legal de agir, adotando uma conduta que sabe poder ser prejudicial à concorrência, enquanto que a sua natureza material está na realização de um resultado anticoncorrencial.

7. A infração à concorrência não tem de ser, necessariamente, uma conduta típica. As condutas elencadas nos incisos do art. 3º da Lei nº 8.158/91 são meramente exemplificativas, não esgotando o rol das práticas passíveis de punição. Não são condutas ilegais **per se**, configurando-se a sua ilicitude ap.enas quando presentes os elementos caracterizadores da infração, descritos no caput - o domínio de lmercado, o prejuízo à concorrência e o aumento arbitrário do lucro.

Esse modelo legal permite ao aplicador da lei alcançar todas as táticas e técnicas de que possa se utilizar o agente para auferir vantagens em detrimento da concorrência, ao mesmo tempo em que possibilita, em função da conjuntura econômica, do comportamento do agente e das características do mercado, descaracterizar a infração no caso de condutas que não tenham repercussão ,no mercado ou, que não busquem um objetivo anticoncorrencial.

A realização de uma conduta exemplific.ada pode não ter relevância para a concorrência e, por isso, não ser ilícita, por lhe faltar a capacidade de afetar o mercado de forma anticoncorrencial. Na verdade, o porte e a condição do agente são fatores de grande importância a serem considerados na determinação do objeto da conduta.

8. Pode-se, pois, arrematar, afirmando que a ilicitude da conduta não está na realização de um dos tipos descritos nos incisos do art. 3º da Lei nº 8.158/91, pois as condutas ali elencadas podem ser justificadas por uma causa razoável ou não repercutirem no mercado. As condutas descritas na lei são indiciárias da ilicitude e só serão consideradas ilícitas se forem condutas aptas a produzir o efeito de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros ou se, comprovadamente, esses efeitos se verificarem. A tipicidade da conduta não é, pois, requisito essencial e indispensável à configuração da infração à ordem econômica.

9. Inexistente, assim, a conduta ilegal **per se**, faz-se necessário examinar se a tabela editada pela ASSOCIAÇÃO teve por objeto ou produziu o efeito de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

É certo que uma associação, que congrega vários hospitais, dispõe das necessárias condições para influenciar o comportamento de seus associados, disseminando informações sobre preços de bens e serviços, induzindo-os ou influenciando-os a adotar conduta uniforme, com resultados nocivos para a concorrência.

Ocorre, porém, que a indiciada demonstrou não ter suas tabelas o objeto anticoncorrencial, tanto que já na defesa prévia, se prontificou a abster-se de elaborá-las, dando conta, posteriormente, de que de fato o fez. Em momento algum insistiu em manter suas tabelas, deixando clara sua intenção de colaborar com as autoridades na preservação da liberdade dos estabelecimentos hospitalares de fixar seus preços de acordo com seus custos.

O processo poderia ter-se encerrado com a defesa prévia, diante da incontestada assertiva da indiciada de que não objetivava prejudicar a concorrência e da imediata cessação da prática. Todavia, o entendimento incorreto do DPDE de que a elaboração de tabelas constituía ilegalidade per se, fez com que o processo fosse remetido a este Conselho.

10. Este Colegiado, no exercício de sua função judicante, poderia adotar uma das seguintes providências:

- a) acatar a proposta da indiciada de firmar compromisso de cessação, no âmbito deste Colegiado, em cuja jurisdição se encontra o processo;
- b) determinar o retorno dos autos à SDE para que apure os efeitos da conduta, para se saber de sua real ou potencial nocividade para a concorrência, ou realizar o próprio CADE as necessárias diligências para a referida apuração;
- c) condenar a indiciada por infração à ordem econômica, ao entendimento de que a conduta abusiva está materializada na elaboração da tabela, ou entender que a adoção da tabela por alguns hospitais já configurava os efeitos

anticoncorrenciais;

d) arquivar o processo por não ver caracterizada a infração.

11. O compromisso de cessação, um dos instrumentos mais eficazes na política de defesa do mercado, tem em vista a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais. O agente compromete-se a não mais adotar o comportamento anticoncorrencial, em qualquer fase do processo, antes de seu julgamento pelo CADE.

O Decreto 36/91, em seu art. 5º, previa algo semelhante. Ao reconhecer a prática, comprometendo-se a cessá-la, tinha direito o agente a que o processo fosse suspenso e, finalmente, dando mostra de que adotara conduta concorrencial, seria o processo arquivado. Ao contrário, se continuasse na mesma prática ou adotasse outro esquema anticoncorrencial, demonstrando o real objeto anticompetitivo de sua conduta, o processo teria prosseguimento.

Assim, se o DPDE entendeu materializada a conduta anticoncorrencial, com a elaboração da tabela, fato que a indiciada nunca negou, não creio que pudesse fazer vistas grossas à cessação da prática, até porque era direito da indiciada que o processo ficasse suspenso pelo prazo necessário, a critério da própria SDE, para a avaliação de seu comportamento, durante o compromisso, do qual dependeria o prosseguimento ou o arquivamento do processo. Demonstrada a cessação da prática, no período pré-ordenado pela SDE, faria jus a indiciada ao arquivamento do processo.

O certo é que não foi promovido o compromisso de cessação a que teria direito a indiciada. Mesmo admitindo ter elaborado a tabela, e se prontificando a abster-se de fazê-la no futuro, cumprindo, assim, os requisitos legais para a composição, não lhe foi concedida a oportunidade de fazer cessar a prática, tendo a SDE optado pela via condenatória, sem qualquer motivo aparente para essa opção.

Parece-me, no entanto, descabido celebrar agora, no CADE, conforme solicitado pela indiciada e recomendado pelo Procurador-Geral, compromisso para cessar algo que já não existe há mais de dois anos.

12. Outra situação seria determinar diligências para se quantificar e qualificar os efeitos decorrentes da conduta. Essa tarefa é, a meu ver, de possibilidade material duvidosa. Ter-se-ia de quantificar os hospitais que adotavam a tabela bem como os convênios ou particulares que a pagavam, além das alternativas que eram oferecidas aos pacientes. A partir desse levantamento, ter-se-ia que aferir a substancialidade desses efeitos no

mercado relevante. Depois de tudo isso, a ASSOCIAÇÃO poderia ainda demonstrar que os consumidores obtiveram vantagens com a tabela e que a sua adoção era razoável na conjuntura econômica à época.

A aferição desses efeitos, decorridos quase três anos, afigura-se-me pouco provável.

Essa abordagem da questão, por outro lado, a meu ver, contrariaria frontalmente os objetivos preventivos da Lei nº 8.158/91 e seu decreto regulamentador. Isto porque faria renascer o processo investigatório, na tentativa de se assegurar o **jus puniendi**, buscando comparar os efeitos nocivos causados no mercado, ao invés de se privilegiar o comportamento imediato, conforme a lei.

13. A alternativa da condenação pressupõe a identificação de um objeto anticoncorrencial na conduta da indiciada, já que os efeitos não foram quantificados e nem qualificados de forma suficiente a atestar sua substancialidade.

Esse objeto anticoncorrencial, conforme anteriormente referido, é avaliado objetivamente, no contexto da própria conduta e do mercado relevante. Atenta-se para o comportamento do agente, seu poder de mercado, o período durante o qual a conduta foi praticada, as práticas usuais do mercado relevante e quaisquer outras circunstâncias que possam demonstrar o desvio do comportamento concorrencial.

Por não estar contida a ilicitude da conduta na mera elaboração da tabela, mas nos elementos caracterizadores da infração, estabelecidos no caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91, quais sejam, o domínio de mercado, o prejuízo à concorrência e o lucro arbitrário, era indispensável que a SDE examinasse essas hipóteses, o que em momento algum ocorreu.

As atitudes tomadas pela indiciada, antes e depois de instaurado o processo, no sentido de colaborar com as autoridades na defesa da concorrência, foram desprezadas na análise do conteúdo material de sua conduta. A abstenção de elaborar as tabelas, em total obediência à lei, fato também indispensável à avaliação do plexo anticoncorrencial, foi igualmente ignorada. Tudo leva a crer que o processo foi instaurado e conduzido mais para punir a ASSOCIAÇÃO do que corrigir uma anomalia do mercado.

14. É certo que este egrégio Colegiado já se manifestou, em determinado caso, sobre a ilegalidade da tabela de preços. O ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, Relator do Processo Administrativo nº 53/92, assim discorreu sobre o assunto em seu voto:

"Improcede o argumento da Representada de que se inverteu o ônus da prova, impondo-se-lhe a obrigação de comprovar que não praticara a

infração (fls. 280). Ocorre que, em matéria da concorrência, a própria existência de tabelas de preços constitui prova suficiente de ação coordenada e, para quem a organiza ou elabora, caracteriza conduta anticoncorrencial, que tem por objetivo o domínio de mercado e o prejuízo à concorrência, mediante intervenção indevida no processo de formação dos preços, conduta esta que se imputa à Associação. Esta, notificada para esclarecer a prática, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.158/91 (fls. 45), admite a elaboração das tabelas de preços dos serviços médico-hospitalares, objeto da investigação, e justifica sua conduta ao argumento de que essas tabelas não são fixadas unilateralmente, inexistindo qualquer imposição para sua utilização (fls. 50/52).

Não era o caso, pois, de comprovar materialmente a conduta investigada, até porque admitida pela própria AHESP, cumprindo à representada, em seus esclarecimentos ou na sua defesa, afastar a ilicitude de sua prática, demonstrando que não objetivava, através da conduta uniforme por ela influenciada, qualquer prejuízo à concorrência. Nisto não logrou êxito a Representada nas diversas ocasiões em que se manifestou nestes autos. "

Verifica-se que o ilustre Relator do voto condutor do acórdão afirmou que a tabela constituía prova suficiente da prática restritiva da concorrência, caracterizando conduta anticoncorrencial, cabendo ao agente afastar a ilicitude. Não disse que constituía ilegalidade **per se**. Tanto que em outra passagem de seu bem fundamentado voto, procurou o Relator encontrar motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, que pudessem justificar a existência das tabelas, como por exemplo, benefícios para o consumidor, traduzidos em menores preços ou qualidade superior dos serviços.

15. São distintas as duas situações. No caso referenciado, a representada, além de elaborar e divulgar a tabela, afirmava que, nesse mister, exercia o direito constitucional de associar-se para finalidades lícitas, dentre as quais se incluía informar seus associados sobre os custos de suas atividades, protegendo-os, assim, da inflação. Insistiu na licitude de seu proceder, mantendo as suas tabelas até o julgamento do processo no CADE. É bom que se ressalte que, da decisão do Colegiado, constou determinação expressa à representada no sentido de, imediatamente, cessar a prática, que ainda perdurava.

No caso referenciado votei pela condenação, pois a prática da tabela, insistente e resistida, deixava transparecer seu conteúdo, seu objeto anticoncorrencial.

A representada naquele processo pugnava pelo seu direito de

divulgar as tabelas, em defesa da categoria que representava, ainda que ciente de seu impacto anticoncorrencial.

Manteve seu procedimento, não se tendo notícia até hoje e de que tenha cessado a prática.

No caso dos autos, a indiciada de pronto reconhece que sua conduta pode infringir a ordem econômica e declara sua total submissão à lei, determinando às suas Regionais a imediata cessação da prática, em clara demonstração de que o objeto de sua conduta não era causar prejuízo à concorrência.

Os precedentes devem ser utilizados na exata proporção em que os casos se assemelham. Cada caso é um caso, cercado de circunstâncias próprias, a exigir a análise cuidadosa das características que o envolvem.

As situações em cotej o só têm em comum a elaboração de tabelas, conduta certamente apta a influenciar a adoção de comportamento uniforme entre concorrentes.

Mas o contexto em que ocorrem é diverso bastante para não lhes dar idêntico tratamento jurídico, como sugerido no parecer do Ministério da Fazenda.

Por isso que os argumentos utilizados para condenar naquele caso perdem consistência neste. Não se fará a verdadeira justiça, buscando-se precedentes, sem confrontá-los com o caso concreto. É preciso extrair-lhes a fundamentação e, sobretudo, fazer as necessárias distinções. De outra forma, estar-se-ia correndo o risco de fazer dos arestos o que Dupin chamou de ciência dos que não têm outra ciência.

16. A prevalecer o arbítrio da SDE neste caso, a situação de qualquer parte que chegasse ao CADE hoje e se propusesse a firmar compromisso de cessação de prática, que ainda estivesse levando a efeito, seria invejável para a indiciada, que há mais de dois anos, por ocasião da defesa prévia, já havia abandonado sua ainda indiciária conduta abusiva. A parte que tivesse resistido ao processo na SDE, insistindo na prática, teria a oportunidade de ver seu processo arquivado no CADE, através do compromisso de cessação. A indiciada, ao contrário, que reconheceu a possibilidade de lesar a concorrência e cessou a prática, demonstrando que o real objeto de sua conduta não era anticoncorrencial, vê-se cativa do arbítrio da autoridade da SDE. É certo que situações conflitantes sempre podem ocorrer em razão da sistematização legal que atribui a órgãos distintos as atividades investigatórias e judicante. Mas o sistema não pode admitir contradições axiológicas, sendo certo que, ao aplicar a lei, deve chegar este Colegiado a resultados corretos, sob os aspectos lógico e dogmático, mas sobretudo a decisões justas, e não a situações absurdas e injustas, que

contrariem a finalidade legal.

17. Não vejo configurada qualquer situação de abuso do poder econômico na conduta da indiciada, não só pela falta de elementos que caracterizem o o bj eto anticoncorrencial, como também pela falta. de quantificação e qualificação dos efeitos reais ou prováveis, dos quais, na verdade, sequer se cogitou, louvando-se o parecer do DPDE, para propor a condenação, em apenas alguns documentos trazidos aos autos pela própria ASSOCIAÇÃO, no afã de colaborar com a autoridade.

Voto, pois, pelo arquivamento do processo, destino que, sem dúvida, teria se não tivesse sido subtraído à ASSOCIAÇÃO o direito de lhe ver aplicado o disposto no art. 5º do Decreto 36/91.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

Conselheira-Relatora

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

EMENTA: *Tabelas de preços de diárias e taxas hospitalares editadas e divulgadas pela indiciada. Prática que influencia a adoção de conduta uniforme entre seus associados. Comprovação do objeto anticoncorrencial da conduta e de efeitos nocivos produzidos no mercado. Ocorrência de circunstâncias atenuantes. Notícia de cessação da prática ilícita, ao início do procedimento investigatório. Pena aplicada de acordo com a legislação posterior, mais benigna.*

A Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo - AHESP, entidade criada para dar apoio técnico e administrativo à rede hospitalar privada no Estado de São Paulo (fls. 549), é acusada de editar "tabelas de preços de diárias e taxas hospitalares, a serem praticadas uniformemente pelos seus associados, aptas a afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preço e a livre concorrência."

De fato, concluída a fase investigatória, o Secretário de Direito Econômico, em despacho de fls. 509, entendeu que a conduta da indiciada constituía restrição à livre concorrência, subsumindo-se o ato ao tipo previsto no inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, verbis:

"Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação

conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. "

Registre-se que tal conduta indiciária de ilicitude é igualmente contemplada no art. 21, inciso II, da Lei nº 8.884, de 11.06.94, em dispositivo de idêntica redação.

2. Lê-se, nos autos, a partir das declarações da própria indiciada, que, nos termos dos seus Estatutos Sociais, o Conselho Diretor da Associação, a pedido dos hospitais associados, "delibera no sentido de autorizar o funcionamento de Departamento Regionais, com o objetivo de colaborar na solução dos problemas de interesse imediato e específico dos seus filiados de determinada região do Estado de São Paulo" (fls 03).

Acrescenta a indiciada, a fls. 55, que "algumas Regionais têm colocado à disposição dos associados locais, uma lista referencial de preços de diárias e taxas hospitalares, destinada, exclusivamente, a orientar esses associados sobre o comportamento do mercado, a partir de levantamentos e pesquisas feitas na respectiva região."

De fato, contam dos autos, às fls. 25 e seguintes, tabelas de preços mínimos unificada, em papel timbrado da AHESP. Vê-se, também, a fls. 34, modelo de contrato, onde consta que, "para o ressarcimento das despesas hospitalares serão utilizados múltiplos para serem aplicados aos preços dos serviços hospitalares, conforme constante da Tabela de Preços da AHESP - Associação do Estado de São Paulo."

3. Estando, pois, comprovada a existência das tabelas e admitida pela própria indiciada a sua participação na elaboração das mesmas e divulgação a seus associados, através de Departamentos Regionais, cumpre analisar os seus argumentos de defesa, o que possibilitará ao julgador concluir pela configuração ou não, da conduta anticoncorrencial.

4. Todavia, antes de fazê-lo, entendo oportuno reportar-me a algumas considerações que emiti ao relatar o Processo Administrativo nº

53/92, que cuida de caso análogo ao presente. Naquela oportunidade, em voto que foi acompanhado unanimemente por este Egrégio Colegiado, enfatizei que a adoção de tabelas é, em princípio, prejudicial à concorrência, de vez que impede que os preços sejam determinados pelas regras do mercado; efetivamente, quando o preço é formado em regime de concorrência, o agente econômico não consegue influir nos preços do mercado, de modo que, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a aumentar a eficiência na prestação de seus serviços, e a buscar, permanentemente, a redução de seus custos. Em síntese, um dos aspectos críticos da tabela de preços é que ela confere àqueles que a elaboram a capacidade de controlar os preços do mercado, podendo, em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência.

Ao admitir, entretanto, que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, por certo não estarei acolhendo o entendimento de que a adoção de tabelas se constitua em uma ilegalidade per se, mesmo porque, como assinala com a habitual precisão, em seu voto, a ilustre Conselheira-Relatora, o nosso ordenamento jurídico, após a edição da Lei nº 8.884/94, consagrou o sistema do abuso, em que se requer que a determinação da ilicitude de determinada conduta se faça no contexto do mercado, aplicando-se princípios de razoabilidade, na análise das circunstâncias que cercam cada caso; atualmente, com a revogação da Lei nº 4.137/62, vigora apenas o sistema do abuso.

4. Desta forma, cabe verificar, no caso presente - COLno o fiz ao relatar o processo anteriormente citado - se a conduta da indiciada, ao elaborar tais tabelas e influenciar o COLnoportalmento de seus associados, seria justificável, por motivos razoáveis, compatíveis com os valores tutelados pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico. Assim, teriam tais tabelas trazido benefícios ao consumidor, traduzidos em menores preços ou qualidade superior dos serviços? Teriam trazido benefícios às entidades contratantes dos serviços? Teriam, enfim, resultado em algum benefício para a concorrência?

5. Examinando-se, então, a argumentação defensiva da indiciada, constante de fls. 03/04,53/59,374/377, extraem-se os seguintes pontos principais:

- que o fato de algumas Regionais da Associação editarem listas referenciais de preços para orientação de seus associados não quer significar que os usuários do sistema estejam sujeitos a uma única tabela de preços;
- que não há qualquer indução para que os usuários dos sistemas obedeçam às

listas, que são meramente informativas, tendo por objetivo indicar o comportamento de variação de custos em determinado período;

- que cada Unidade de Saúde estabelece livremente os seus preços, que variam de acordo com o seu porte, padrão de suas instalações, qualidade dos equipamentos que possui;

- que tais listas não são uniformes, variando de região para região;

- que há Unidades de Saúde que cobram preços infinitamente superiores aos das mencionadas listas referenciais, e, também, outras Unidades que contratam com convênios, preços abaixo das listas referenciais;

- que, a propósito de conduta uniforme, vale lembrar que o INANPS edita tabelas de preços para todo o território nacional e o faz em caráter ilnpositivo;

- que sempre delnonstrou a firme disposição de colaborar com as autoridades. Por isso, embora sem admitir que as tabelas referenciais de que trata este processo possam perturbar a livre concorrência, solicitou, através do seu Conselho Diretor, que seus Departamentos Regionais se abstenham de editar as mencionadas listas, o que ocorreu em agosto de 1992 (fls. 408/409);

- que não tem qualquer interesse no resultado operacional da rede hospitalar privada, e, assim, jamais poderia ser acusada de praticar cartelização, ou abuso do poder econômico, ou qualquer outra infração à Lei nº 8.158/91, com o objetivo de obter ou influenciar conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

6. Deve-se mencionar, de logo, que na descrição da conduta indiciária elencada no inciso XV da Lei nº 8.158/91, apenas se exige que o agente influencie a adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes, se bem que o dispositivo faça também referência, de forma alternativa, à obtenção de tal conduta ("obter ou influenciar ..."). De outra parte, tanto na sistemática da Lei citada, como na da Lei nº 8.884/94, não se requer, para a configuração da ilicitude da conduta, a presença necessária do elemento subjetivo, ou seja, a caracterização de dolo ou culpa dos agentes causadores (veja-se o art. 22 da Lei nº 8.158/91, e art. 20 da Lei nº 8.884/94, no qual se lê a expressão "independentemente de culpa").

Em um tal contexto, o objeto anticoncorrencial da conduta da indiciada se caracteriza pela edição e divulgação da tabela de preços - fato incontroverso nos autos sendo que a própria indiciada admite, expressamente, que a sua Regional de Osasco coloca mensalmente, à disposição de seus associados da localidade, "uma lista referencial de preços de diárias e taxas hospitalares que tem o condão de apresentar sugestões de padrões referenciais ..." (fls. 03); mais adiante, a fls. 54, afirma que a edição de listas referenciais de preços se faz para "orientação de seus associados"; no mesmo sentido, a

fls. 375, admite que as listas referenciais de preços se destinam "exclusivamente a orientar os hospitais, regionalmente".

Deve-se registrar que a indiciada, uma Associação que congrega, segundo se constata na documentação constante dos autos, uma parcela considerável da rede hospitalar privada no Estado de São Paulo, tem aptidão para influenciar conduta uniforme entre seus associados, pouco importando, no caso, que as tabelas editadas sejam meramente referenciais ou impositivas, ou ainda, que não sejam as mesmas para cada região, eis que cada uma dessas regiões, em um Estado populoso como São Paulo, abrange unidades hospitalares várias.

Todavia, poder-se-ia ainda indagar se a conduta da indiciada seria de algum fonna justificável por motivos razoáveis, compatíveis com a manutenção da livre concorrência. E se constatará, então, que a linha de argumentação adotada pela indiciada~ os argumentos e explicações trazidos e a prova colhida nos autos, de nenhuma form permitem tal conclusão.

De fato, é mesmo de se inferir que tais tabelas não terão trazido qual que benefício aos usuários dos serviços, inibidos que são de exercer livremente sua escolha em um mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos; também preços tabelados tampouco beneficiam as entidades contratantes dos serviços, que não conseguem negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento. Quanto aos hospitais regionais associados à indiciada, é possível que tais listas tenham trazido vantagens iniciais aos mesmos, que poderiam permanecer na cômoda situação de não concorrerem entre si. Todavia, os efeitos nocivos à concorrência se evidenciam, quando se sabe que tal forma solidária de agir os induz a não buscar eficiência técnica e econômica e o constante aprimoramento de seus serviços, o que é próprio de mercados nos quais prevalece a livre concorrência.

Conclui-se, então, com base nos elementos colhidos nos autos, na prova realizada e nas próprias declarações da indiciada, que as tabelas foram elaboradas apenas para beneficiar os seus hospitais afiliados, o que se fez em prejuízo da concorrência, ficando caracterizado, pela conduta-objeto da indiciada, o ilícito previsto no inciso XV do art. 3º, da Lei nº 8.158/91, igualmente elencado no inciso II do art. 21, da Lei nº 8.884/94, atualmente em vigor.

7. Todavia, ainda que assim não fosse, a conduta da indiciada estaria caracterizada pelos comprovados efeitos anticoncorrenciais produzidos no mercado, sendo de se assinalar, que a nossa legislação de proteção à concorrência sequer exige que os efeitos sejam alcançados, sendo bastante que tais efeitos possam ser produzidos (art. 3º, caput, da Lei nº 8.158/91 e 20,

caput, da Lei nº 8.884).

Assim, em nada aproveita à indiciada, a argumentação de que Unidades de Saúde cobravam preços superiores ou inferiores às listas referenciais, estabelecendo livremente seus preços. Como se disse, a Lei não exige que os fins visados sejam alcançados. Todavia, no caso em exame, há provas de que Unidades de Saúde seguiam tais tabelas. Veja-se, a tal propósito, que a Interclínicas, em expediente de 15.04.92, dirigido à Secretaria de Direito Econômico - SDE, as cuja estrutura se integra o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, afirma que "os procedimentos hospitalares seguem as tabelas da Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo - AHESP e de acordo com o padrão de serviços e recursos de cada hospital" (fls. 35 e doc. de fls. 36); também a Sociedade Luso-Brasileira de Santos Ltda. comunica, a fls. 38, em expediente datado de 27.07.91, que as tabelas de preços utilizadas com seus contratantes são, no concernente a serviços hospitalares - diárias, taxas, inalação e fisioterapia - as da AHESP, e junta, a fls. 39, modelo de contrato, no qual se lê, na Cláusula 6a., A:

"Diárias/Taxas/Inalação e Fisioterapia, Enfermaria - Quarto - Apartamento = Conforme tabela AHESP Regional de Santos."

8. Também, improcede, inteiramente, o argumento utilizado pela indiciada, no sentido de que as tabelas do INANPS são editadas para vigorar em todo o território nacional e têm caráter impositivo, deixando entrever que existem critérios diferenciados para o tratamento das tabelas vigentes nos setores público e privado. Isto porque, as tabelas elaboradas para o setor público não se enquadram nas leis de defesa da concorrência, caracterizando-se, no caso, uma atividade típica do Estado, realizada em regime de direito público, geralmente subsidiada. Reporto-me, no caso, aos artigos 175, caput, e 196 e seguintes da Constituição Federal.

9. Por fim, constata-se nos autos, às fls. 549/551, que a indiciada, embora mantendo a sustentação da lícitude da sua conduta, requer, na hipótese de o Conselho não acolher seus argumentos, lhe sej a deferida a celebração de "compromisso de cessação", na forma prevista no artigo 53 da Lei nº 8.884/94.

Não é de ser conhecido tal pleito, até porque a indiciada, por duas vezes, afirma enfaticamente haver determinado às suas Regionais, desde agosto de 1992, que se abstivessem de expedir qualquer tipo de lista referencial de preços de diárias e taxas hospitalares (fls. 58 e 408/409). Como tais assertivas não foram, a qualquer tempo, contraditadas pelo órgão

investigador, o qual, a fls. 399, reconhece mesmo ser "notório o caráter de seriedade de que se reveste a Entidade", não vej o porque não receber como verdadeiras aquelas informações.

Todavia, sendo assim, perde o objeto a celebração de compromisso de cessação, um instrumento que privilegia o sentido preventivo sobre a prevenção punitiva do Estado, mas inaplicável, por evidente, quando não mais persiste o impacto anticoncorrencial no mercado.

10. Faço registrar, ao final, que reconheço no voto prolatado pela ilustre Relatora, em passagens várias, verdadeiros ensinamentos doutrinários, que fazem justiça à cultura jurídica da sua Autora. Não vejo, todavia, à vista do que dispõe a nossa legislação de defesa da concorrência, como acompanhar as suas razões de decidir e as conclusões do seu respeitável voto.

11. Assim, de todo o exposto, e por entender configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no artigo 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, conduta esta igual mente prevê na atual legislação (art. 21, inciso II da Lei nº 8.884/94), julgo procedente a denúncia formulada contra a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo - AHESP, pelo DPDE, em procedimento instaurado de ofício. Em consequência, com base no disposto no artigo 43 da Lei nº 4.137/62, aplico à indiciada a pena de multa, que é aquela também cominada à espécie pela Lei nº 8.884/94, em seu artigo 23.

Fixo a multa no valor de R\$ 32.140,00 (trinta e dois mil, cento e quarenta reais), invocando o disposto no artigo 23, inciso III da Lei nº 8.884/94, com a redação introduzida pelo artigo 77 da Medida Provisória nº 681, de 27.10.94, por entender que, em comparação com a legislação anterior, adota critério mais benigno para a apenada.

Na fixação da multa, sem deixar de considerar que os serviços objeto das tabelas de preços dizem respeito diretamente à saúde da população, abrangendo ampla área do Estado de São Paulo, levo na devida conta que, ao caso, se aplicam diversas circunstâncias atenuantes elencadas no artigo 27 da Lei nº 8.884, alguma delas não previstas na legislação pretérita. Dentre tais atenuantes, destaco não constar prova nos autos quanto a haver a indiciada auferido qualquer vantagem com a sua conduta, ou ainda, que seja reincidente em tais práticas; também, destaco o caráter referencial das suas tabelas, não revelando os autos que o descumprimento das mesmas haja implicado em sanção para as suas associadas.

Por fim, ainda como circunstância atenuante, reporto-me ao fato de a indiciada haver de pronto determinado às suas Regionais a imediata cessação da prática, conforme faz comunicação expressamente no processo, às fls. 58 e 408/409, fato a que me referi anteriormente. Assim, embora não

possa caracterizar tal atitude com uma excludente de ilicitude, considero-a um indicador de boa-fé e que, por certo, terá contribuído para reduzir, em boa medida, o impacto anticoncorrencial de sua conduta naquele mercado relevante.

Cientifique-se o Ministério Público, na forma da lei.

É o meu voto.

Brasília, 09 de novembro de 1994.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

Conselheiro

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

1. A Secretaria de Direito Econômico - SDE, ao analisar o comportamento relativo à formação de preços e práticas comerciais adotadas por determinados segmentos econômicos, identificou condutas que apresentavam indícios de infração às normas de defesa da concorrência.

Para tanto, notificou a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo e instaurou, de ofício, a Representação nº 202/92, posteriormente transformada no P .A. nº 62/92, para apuração de eventual infração à ordem econômica. Tal prática consistia na edição de tabelas de preços de diárias e taxas hospitalares a serem adotadas pelos afiliados da Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo. Referida tabela, segundo a SDE, estaria apta a afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços e a livre concorrência.

A AHESP - Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo é uma entidade sem fins lucrativos, criada especialmente para dar apoio técnico e administrativo à rede hospitalar privada naquele Estado.

2. Cumpre observar que, em abril de 1992, o Ministério Público do Estado de Sergipe, em representação dirigida à Secretaria de Direito Econômico - SDE, dava conta da utilização pela rede hospitalar daquele Estado, de tabela de preços de diárias e taxas hospitalares adotada pela Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe, uniformizando os preços dos serviços hospitalares.

Referida representação foi devidamente apurada pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, tendo sido transformada no P .A. nº 53/92 que, posteriormente, foi encaminhado a este Conselho para julgamento.

O exame do precitado processo administrativo coube ao digno Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho que, em memorável voto, assim se pronunciou:

"A questão que se coloca de plano é que a adoção dessas tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, porquanto elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado, de acordo COIU as regras da oferta e da procura....

A relevância da tabela para a defesa da concorrência está em que a fixação de preços exerce sobre as estruturas competitivas efeitos anticoncorrenciais, vez que impede que os preços sejam determinadas pelas regras de mercado, um dos principais objetivos da concorrência. O aspecto da tabela de preços é que ela confere àqueles que a elaboram a capacidade de controlar os preços do mercado, podendo, em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência. Quando o preço é formado em regime de concorrência, o agente econômico não consegue influir nos preços de mercado, de forma que, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a aumentar a eficiência na prestação de seus serviços, e a buscar, permanentemente, a redução de seus custos.

Na verdade, a Representada, ao fixar preços dos serviços e dos materiais, bem como a forma de seus reajustes, elimina a necessária incerteza que deve prevalecer no mercado, em relação aos preços. É certo que, na economia de mercado, cada agente econômico deve ser livre para fixar seus preços, sendo, para tanto, legítimo considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes, principalmente quando estes são em número reduzido. Todavia, a adoção de ação coordenada entre concorrentes para a fixação dos preços de bens ou serviços que produzem afronta as leis de mercado, constituindo conduta anticoncorrencial que deve ser de pronto reprimida.

No caso dos autos, o comportamento uniforme das prestadoras de serviços médico-hospitalares é coordenado pela Associação, com ampla abrangência no mercado relevante, sendo, portanto, indiscutível o efeito neste mercado da prática investigada, qual seja, o exercício do controle sobre a formação dos preços."

Ao procurar razões que pudessem justificar a adoção da referida tabela, o digno Conselheiro examinou se as mesmas trariam benefícios ao consumidor, traduzidos em melhores preços e padrões mais elevados na qualidade dos serviços, bem como se beneficiariam as entidades contratantes dos serviços, não tendo encontrado motivos que justificassem o controle de preços do mercado por aquela Associação.

Relativamente aos possíveis benefícios aos concorrentes, observou, com propriedade, o ilustre Conselheiro:

"Quanto a possíveis benefícios a concorrentes, vale mencionar que a ação coordenada dos hospitais no mercado de Sergipe traz, sem dúvida, para os seus participantes vantagens imediatas. A fixação de preços induz, todavia, a outros comportamentos concertados, por parte dos concorrentes, tendendo estes a agir de forma solidária em situações diversas, permanecendo na cômoda situação de não concorrerem entre si, sem buscar eficiência técnica e econômica. Reside, exatamente aí, o maior mal para as empresas concorrentes e para o mercado como um todo. De se concluir, pois, que as tabelas foram elaboradas apenas para beneficiar os hospitais afiliados à Representada. Aliás, é a própria Associação que declara que as tabelas se destinam a servir de referencial e instrumento orientador para seus associados, de sorte a evitar-lhes prejuízos (fls. 283)."

Complementou o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, em seu bem elaborado e consistente voto:

"Conforme já demonstrado, as tabelas de preços, como aquelas de que trata este processo, são instrumentos indutores de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes, porquanto influenciam os prestadores de serviços a praticarem preços que não guardam relação com seus custos efetivos, e traduzem o objetivo pretendido pela Representada, qual seja, o de controlar os preços de mercado, em prejuízo à ordem econômica, estando expressamente prevista no inciso XV, do artigo 3º da Lei nº 8. 158/91 "

("XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. ")

Ao decidir a questão tratada no P .A. nº 53, este egrégio Plenário, por unanimidade, considerou irrepreensíveis a fundamentação e a conclusão do voto do digno Relator, tendo todos os Conselheiros acompanhado seu posicionamento.

3. O P.A. nº 62/92, que ora se encontra em julgamento, certamente possui características próprias, requerendo análise minuciosa dessas peculiaridades. Por outro lado, salvo melhor juízo, nele se constata analogias com as observadas no P .A. nº 53/92, visto que a conduta indiciária é exatamente a mesma, o segmento de mercado também, a entidade de classe é uma congênere da associação de Sergipe, aliado ao fato de determinados hospitais de São Paulo serem se utilizado das precitadas tabelas para fixar os preços de seus serviços.

4. Considerando que a conduta adotada pela Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo não constitui ilegalidade per se, torna-se necessário identificar motivos razoáveis que pudessem justificar a existência

das tabelas em termos de benefícios ao consumidor, traduzidos na melhoria da qualidade dos serviços e em menores preços. Tais razões, a exemplo do ocorrido com a Associação dos Hospitais de Sergipe, não puderam ser identificadas e muito menos foram demonstradas pela representada.

Quanto aos efeitos nocivos causados ao mercado, cabe observar que documentos acostados aos autos dão conta que dois estabelecimentos hospitalares, ou seja, Interclínicas, em 15/04/92, e Sociedade Luso-Brasileira de Santos, em 22/07/91, faziam uso das aludidas tabelas.

Claro está que a Representada influenciou detenninados hospitais associados a adotarem as tabelas referenciais de preços por ela elaborada, impedindo que os mecanismos de mercado atuassem naturalmente na formação dos preços, prejudicando, assim, a concorrência, à semelhança do ocorrido em Sergipe.

5. A digna Conselheira Relatora observou, com propriedade, que a SDE afastou-se da linha preventiva e instaurou processo contra a AHESP por suposta infração à ordem econômica, bem como que a Secretaria, desde o início das averiguações, entendeu que a adoção das tais tabelas constituía ilegalidade per se.

É inegável que, se na oportunidade em que a Associação se absteve de elaborar e divulgar tais tabelas, tivesse sido aventada pela Secretaria de Direito Econômico a hipótese de se firmar um compromisso de cessação, ter-se-ia restabelecido, de imediato, a ordem econômica e mantido o caráter preventivo da norma.

Por outro lado, ratifico entendimento esposado pela ilustre Conselheira quanto ao descabimento de se celebrar agora, no CADE, compromisso para cessar algo que não existe mais há dois anos.

6. Quanto as atitudes adotadas pela indiciada, constato que são, no mínimo, contraditórias.

Inicialmente alega que "seus associados não podem ser chamados de concorrentes, pois não se têm notícia de que os pacientes ou seus responsáveis façam pesquisa de preços antes de escolherem o hospital para tratamento."

De outra parte, afirma que determinou às suas Regionais a imediata cessação da prática, embora não conste dos autos nenhuma comprovação sobre a adoção de tal medida.

Por fim, ao longo de toda instrução processual, manteve inalterada a posição de "que a divulgação temporária de simples lista referencial de preços, por iniciativa de um dos seus Departamentos Regionais, não configura, data máxima vênia, a infração apontada." (Memorial item 6, fls. 520).

Constata-se, pois, que, ao mesmo tempo em que a Representada afirma ter determinado a cessação da prática e sugere a formalização do compromisso de cessação, alega não haver concorrência no setor e que a conduta por ela adotada não podia infringir a ordem econômica.

Isto posto, não obstante a precisão conceitual e doutrinária contida no voto da ilustre Conselheira Relatora, permito-me dela divergir quanto ao objeto da conduta e os efeitos decorrentes.

Assim, por entender configurada a infração capitulada no art. 30, inciso XV, da Lei nº 8.158/91, julgo procedente a Representação, condenando a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo, com base no art. 23, inciso 111 da Lei nº 8.884/94, com a alteração que lhe foi feita pelo art. 77 da Medida Provisória nº 681, de 27 de outubro de 1994, a pagar a multa correspondente a 50 mil Ufirs, a qual deverá ser recolhida no prazo de 10 dias.

Na fixação da multa, levo em consideração, com fundamentação no art. 27 da Lei nº 8.884/94, como atenuante a disposição do agente em cessar a prática e a inexistência de vantagem auferida pelo infrator e como agravante a essencialidade do serviço prestado à sociedade que diz respeito à saúde da população.

É o meu voto.

MARCELO MONTEIRO SOARES

Conselheiro

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

A Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo é acusada, neste processo administrativo (instaurado de ofício pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (fls. 51), de mediante elaboração de tabelas, nas quais fixa preços dos serviços hospitalares naquele Estado, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, estar induzindo seus associados à adoção de conduta comercial uniforme, em detrimento da livre concorrência. A Representada foi incurso no art. 3º, inciso XV, da Lei nº 8.158/91, verbis:

"Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados

não sejam alcançados, tais como:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. "

Cumpra assinalar, desde logo, com base nos documentos constantes nos autos, que, em todas as fases, neste processo administrativo, foram sempre assegurados à Representada, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, cumprindo-se assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV de art. 5º da Constituição Federal.

A questão que se coloca de plano no caso em julgamento é a atuação da Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo - AHESP como intermediária de seus afiliados, na discussão, negociação e fixação de condições, preços e reajustes a serem por eles adotados, incluindo a fixação de preços de diárias e taxas hospitalares, entre outros. Não se nega à Associação o direito de manter seus associados informados ou de prestar serviços de interesse de seus afiliados. Não pode, porém, estabelecer, em detrimento do mercado, valores a serem cobrados por seus associados pelos serviços que prestam.

Concordo com a posição do ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, ao indagar se a conduta da Representada, ao elaborar essas tabelas e influenciar o comportamento de seus associados, seria, de alguma forma, justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja a manutenção da livre concorrência. Está claro nos autos que não. Os preços tabelados não correspondem aos custos reais de cada hospital, individualmente considerados. Por outro lado, o usuário, quando tabelados os preços, não pagará em função da qualidade do serviço prestado nos diversos hospitais existentes no mercado. Isto porque, o preço preestabelecido não leva esse fator em consideração, partindo, ao contrário, do princípio de que todos os estabelecimentos que prestam certo serviço, o fazem de maneira igual. Afasta-se, com isto, os benefícios econômicos que se espera da concorrência, que é traduzida pela oferta de serviços de melhor qualidade e menor preço.

A ação coordenada dos hospitais no mercado do Estado de São Paulo provoca, sem dúvidas, de imediato, vantagens para os seus participantes, que deixam de concorrerem entre si, neutralizando o estímulo da competitividade, com evidente prejuízo para o usuário. Claro está que as tabelas foram elaboradas apenas para beneficiar os hospitais afiliados à Representada.

É oportuno registrar que a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo, notificada para esclarecer a prática, nos termos do art. 5º da Lei nº

8.158/91, admite sua responsabilidade na elaboração das tabelas de preços dos serviços médico-hospitalares, objeto da investigação, e justifica sua conduta ao argumento de que essas tabelas não são fixadas com caráter impositivo para seus associados ou determinantes de padrões de mercado (fls. 03/04).

Admitida pela própria AHESP, não era o caso, pois, de comprovar materialmente a conduta investigada, cumprindo à Representada, em seus esclarecimentos ou na sua defesa, afastar a ilicitude de sua prática, demonstrando que não tinha o objetivo, através da conduta uniforme por ela influenciada, qualquer prejuízo à concorrência. Nisto não logrou êxito a Representada nas diversas ocasiões em que se manifestou nos autos.

Entendo, ainda, na linha adotada pela 1ª. Conselheira-Relatora, em relação à questão do pedido para firmar compromisso de cessação agora, no CADE, conforme solicitado pela indiciada e recomendado pelo Procurador-Geral, visto que descabido o pedido de compromisso para cessar algo que já não existe há mais de dois anos.

Creio importante ressaltar, que no caso análogo, este Colegiado já se manifestou sobre a ilegalidade da fixação de tabela de preços (Processo Administrativo nº 53/92).

Mantenho, pois, o meu entendimento de que está configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3, inciso XV da Lei nº 8.158/91, considerando que não foram acostados aos autos explicações razoáveis para justificar a conduta do agente.

O comportamento adotado pela indiciada, cessando de pronto a prática, foi levada em consideração como atenuante, na fixação da multa, conforme prevê o artigo 27 da Lei nº 8.884/94.

Por assim entender e acompanhar em todos os seus termos o Voto do ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, o meu Voto é pela procedência da representação, com a condenação da indiciada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 32.140,00 (trinta e dois mil e cento e quarenta reais), que deverá ser recolhida no prazo máximo de dez (10) dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Este é o voto.

Brasília-DF, 09 de novembro de 1994

José Matias Pereira

Conselheiro do CADE