

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53/92**

*REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE*

*REPRESENTADA: ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES*

**DECISÃO**

À unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 3º, inciso XV, da Lei nº 8.158/91 de 08 de janeiro de 1991, condenada a Representada ao Pagamento da multa, no valor de Cr\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo mínimo de 10 (dez) dias contados da publicação desta decisão. Foram ainda determinadas providências a serem tomadas pela Representada, recomendando-se também que a Secretaria de Direito Econômico propusesse aos prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar do Estado de Sergipe, associados à representada, as medidas necessárias para corrigir anomalias relativas aos mecanismos de formação de preços que estejam ocorrendo naquele mercado.

Plenário do CADE, 30 de junho de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

**CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro**

**Relator**

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora "ad hoc"

**PARECER DO PROCURADOR**

***Ementa:** Tabela de preços de serviços e produtos. Hospitais. Indução à fixação de preços danosa à livre concorrência. Ilegitimidade per se.*

Em 10 de abril de 1992, o Ministério Público de Estado de Sergipe representou à Secretaria de Direito Econômico, dando conta de que os preços

dos hospitais de Sergipe são uniformemente fixados pela Associação dos Hospitais daquele Estado, sem se considerar o porte e o padrão de qualidade dos estabelecimentos (fls.1 e 2).

Foram anexadas tabelas (fls. 3 e segs.), de 1.12.91, abrangendo preços de hotelaria, exames e materiais, como algodão, coletores e compressas, além de taxas por uso de equipamentos especiais e por outros serviços.

As tabelas com os preços vigentes em janeiro, fevereiro e março de 1992 encontram-se reproduzidas nas fls. 14 e seguintes.

Na Nota que iniciou o processo administrativo, assinada pelo Dr. Agostinho Portela, está repetido o que a própria Associação já dissera, i.é, que esta estabelece cinco tabelas, quatro para convênios diversos e uma para os particulares. Acrescenta a Nota:

“A representada realmente edita TABELA DE PREÇOS de serviços médico-assistenciais; materiais; diárias hospitalares; hemoterapia; gasoterapia; taxas de sala, além de outros procedimentos especiais”. (fl.116)

E, duas páginas adiante:

“Como se vê, é óbvio que existe uma tabela de preços editada pela Associação, e que edita tabela é aplicada por todos os estabelecimentos associados. Está claro, também, que a referida tabela serve da base para elaboração das tabelas de convênio”.

Conclui que a prática encontra capitulação no art. 3º, I, IV, XV e XVII, da Lei nº 8.158/91.

A defesa prévia fala em legitimidade do Ministério Público sergipano para provocar a instauração deste processo (fl. 131).

Afirma que a Associação orienta os associados, sem nada impor, e que as tabelas são negociadas com as entidades conveniadas. Reitera que “o hospital está livre para cobrar os preços que lhe convierem. Apenas não deve cobrar acima dos previstos” (fl. 132).

Quanto à denúncia de uniformidade de preços entre hospitais de diferentes padrões de qualidade, aduz:

“A diária hospitalar, por sua vez, é classificada pelo tipo de acomodação, existindo as categorias de apartamentos A, B e C e enfermarias, e nem todos os hospitais têm todos os tipos de acomodações e, inclusive, nem todos têm todos os tipos de enfermarias com dois leitos, quatro leitos, seis leitos e oito leitos” (fl.132).

Com referência aos preços de materiais, diz que as tabelas “são editadas para servir de referencial apenas, a fim de auxiliar os associados na atualização de preços de produtos e serviços. Referentemente aos materiais os preços praticados são os do D.O.U. e do BRASÍNDICE e as tabelas se limitam àqueles não abrangidos por estes instrumentos oficiais” (fl. 133). Repete que esses preços não são imperativos.

A respeito da formação dos preços dos materiais tabelados explica:

“Os materiais utilizados não constantes do BRASÍNDICE e D.O.U. são utilizados e recebem um acréscimo de 35% porque os hospitais não podem repassá-los aos consumidores pelo preço de custo e ainda desatualizado. Estariam pagando para trabalhar quando o normal é o reverso. Ora, a operação que se efetua é aritmética: constata-se o preço atual de custo do material e sobre ele se atribui uma margem de lucro de 35% como procede qualquer farmacêutico” (fl. 135).

O relatório subsequente do Departamento de Proteção e Defesa Econômica realça contradições da defesa, como a que cita:

“Sobre a questão dos preços tabelados assim se expressa a representada, página 4 final e 5: ‘Frise-se que tais preços são apenas referenciais que podem ser elevados ou diminuídos pelos filiados. Não são imperativos e impeditivos da concorrência’. A respeito vê-se à página 3 o seguinte: ‘O hospital está livre para cobrar os preços que lhe convier. Apenas não deve cobrar acima dos previstos’” (fl. 271).

A defesa final reafirma o caráter meramente sugestivo das tabelas. Busca explicar a contradição acima anotada desta forma:

“Teleologicamente consideradas as afirmações tem um desiderato único. Afirmam a existência de um acordo de cavalheiros que não devem cobrar preços acima dos previstos. Mas não significa que não possam fazê-lo pois há a liberdade plena para os que assim queiram se conduzir” (fl. 282).

O processo foi enviado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entendendo-se configurado o ilícito econômico descrito no art. 3º, *caput*, e XV, da Lei nº 8.158/91.

## **PRELIMINAR**

A preliminar que a defesa prévia suscita de ilegitimidade do Ministério Público de Sergipe não procede. O Ministério Público estadual não é parte neste feito administrativo; apenas leva ao conhecimento da SDE fato, a seu ver, capitulável na legislação repressora do abuso do poder econômico. Quem atua no processo é a SDE, conforme, aliás, se lê do art. 4º da Lei nº 8.158/91. Irrelevante, portanto, nesta sede, saber se a il. Promotora de Justiça que enviou expediente a este Ministério atuou dentro da sua competência funcional.

## **O DIREITO COMPARADO**

O processo lida com tema da maior relevância no direito repressivo de práticas econômicas abusivas - o que pertine à formação de preços. O assunto é central em todas as legislações que se ocupam de proteção da concorrência. A propósito, Guillermo Cabanellas comenta:

“As condutas que afetam a formação dos preços constituem um dos dados de maior importância contemplados pelas normas reguladoras da concorrência. O funcionamento adequado do sistema de preços é um dos fins fundamentais da legislação aqui analisada (...) Dado que a determinação dos preços por ofertantes e

demandantes constitui um dos elementos fundamentais das estruturas competitivas, a tutela dos mecanismos correspondentes a essa determinação é um dos elementos centrais da legislação antitruste”.

( *“Las conductas que afectan a la formación de los precios constituyen uno de los supuestos de mayor importancia contemplados por las normas regulatorias de la competencia. El funcionamiento adecuado del sistema de precios es uno de los fines fundamentales de la legislación aquí analizada (...) Dado que la determinación de los precios por oferentes y demandantes constituye uno de los elementos fundamentales de las estructuras competitivas, la tutela de los mecanismos correspondientes a esa determinación es uno de los elementos centrales de la legislación antimonopólica.”*) (Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Buenos Aires, Editorial Helista, 1983. p. 322).

O mesmo autor é categórico, na página seguinte, ao afirmar:

“Toda a conduta que afete a concorrência em relação à determinação de preços constitui um ato anticompetitivo”.

( *“Toda conducta que afete la competencia en relación con la determinación de los precios constituye un acto anticompetitivo.”*)

Nos Estados Unidos - fonte inspiradora do nosso direito antitruste - a fixação de preços, por qualquer meio, é considerada ilegal, dispensando-se mesmo a perquirição da influência da conduta sobre o mercado. A conduta é ilegítima .

Informa Cabanellas:

“A fixação concertada de preços é uma típica infração *per se* na legislação antitruste dos Estados Unidos. A proibição abarca não somente aqueles atos em que os preços a serem cobrados pelas partes resultam explicitamente determinados por acordo, senão, também, os casos em que se atua concertadamente com o propósito ou efeito de afetar os preços”. (*“La fijación concertada de precios es*

*una típica infracción per se bajo la legislación antitrust de los Estados Unidos. La prohibición abarca no solamente aquellos actos en que los precios a ser cobrados por las partes resultan explícitamente determinados por el acuerdo correspondiente, sino, también los supuestos en que se actúa concertadamente con el propósito o efecto de afectar los precios”*) (ob. cit. pp. 323-324).

Cita ainda a Suprema Corte americana, que já ensinou:

*“Qualquer combinação que jogue com as estruturas de preços importa atividade ilegal”* (*“Cualquier combinación que juegue con las estructuras de precios está incurso en una actividad ilegal”*) (id., p. 324)

É irrelevante, para a repulsa do comportamento em tela, que o preço a ser fixado seja mínimo ou máximo ou ainda que se trate de uma mera forma de reajuste. Essa posição, de inegável bom senso, já foi objeto de afirmação inequívoca da Suprema Corte americana, em 1982, no caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society* (102 S.Ct. 2466). O caso então submetido a escrutínio cuidava de uma associação de médicos, que, desejando competir com o sistema existente de seguro de saúde, resolveu estabelecer uma tabela de honorários máximos que os médicos participantes concordariam em aceitar como pagamento total dos seus serviços. O ato foi considerado ilegal, valendo colher da decisão quanto disse o Juiz Stevens:

*“Esta Corte tem consistentemente e sem discrepância aderido ao princípio de que acordos para fixar preços são ilegais per se (...) e é indiferente que eles sejam de ordem horizontal ou que sejam combinações para fixar preços máximos, ao invés de mínimos”* (*“This Court has consistently and without deviation adhered to the principle that price-fixing agreements are unlawful per se (...) and it is of no consequence whether they are horizontal in nature or that they are agreements to fix maximum, rather than minimum, prices”*). Lê-se, ainda, da decisão: *“O potencial anticompetitivo inerente a todos os ajustes de fixação de preços justifica a sua invalidez de plano, mesmo que justificativas pró-competitivas sejam às vezes*

apresentadas”. (*“The fixing agreements justifies their facial invalidation even if pro-competitive justifications are offered for some”*) ( in Norman Goldenberg et alli. Casenote Legal Briefs - Antitrust. Los Angeles, Casenotes Publishing Co., 1990, p. 15).

É compreensível que tabelas de preços máximos também sejam repudiadas. Não é difícil crer que tais manobras se disponham meramente a escamotear uma real fixação de preços uniformes. Além disso, por esse meio, desestimula-se a diversificação de produtos e serviços , bem como o avanço na sua qualidade, na medida em que é neutralizado o estímulo da remuneração mais adequada por serviço melhor. Não se despreze, tampouco, o efeito de cercear a concorrência potencial que acordos de preços máximos podem conter. De fato, outros agentes poderiam sentir-se atraído pelo mercado de outro modo - o que debilitaria a posição das empresas já instaladas.

Nem mesmo o argumento de que a tabela de preços possa ser meramente indicativa de preços a salva da pecha da ilegalidade nos países regidos por legislação protetiva da liberdade econômica. Na Argentina, constitui delito comunicar a empresas competidoras os preços praticados, com o fim de regulamentá-los (Cabanellas, ob. cit., p. 563). O autor portenho acrescenta que, na legislação norte-americana, é punível a direção de condutas mediante indicações dadas por terceiro, sendo irrelevante que se trate de meras sugestões (ob. cit., pp. 563-564).

A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, neste particular, tem por si a solidez do tempo. Já em 1921, o Juiz Clarke ensinava:

“Onde o óbvio propósito e efeito de um esquema de disseminação de informações é o de permitir aos membros fixar preços, por força do conhecimento íntimo das atividades dos competidores, esse esquema é tido como infrigente da Lei antitruste”. (*Where the obvious purpose and effect of an information dissemination plan is to allow members to fix prices because of their intimate knowledge of the activities of competitors, the plan is violative of anti-trust law*) ( in Goldenberg et alli, ob. cit., p. 17).

Vale destacar que também o Tratado de Roma, que rege a Comunidade Econômica Européia, tem por proibidos os sistemas de preços

recomendados por uma organização de empresários (cf. Cabanellas, ob. cit., pp. 328-329).

Observa-se, portanto, do direito comparado, que a fixação de preços ou a sua indução não é tolerada, pouco importando que se concretize por meio de tabelas meramente sugestivas ou que a tabela cuide de preços máximos. O comportamento é ilegítimo, uma vez que, em si mesmo, é prejudicial ao princípio da livre concorrência, afetando mecanismo básico da vida do mercado - a formação dos preços.

## **A ESPÉCIE**

É certa a adequação do entendimento do direito comparado às peculiaridades da espécie.

O dispositivo em que a defendente se viu enquadrada pelo Relatório Final da Secretaria de Direito Econômico se refere a obter ou influenciar a uniformidade ou o concerto de condutas, economicamente relevantes, de concorrentes.

A elaboração de tabela com o transparente objetivo de estabelecer preços preenche os supostos de condenação. O comportamento dispõe-se a perturbar a livre concorrência entre os hospitais, não sendo irrelevante ter presente que constitui fator de desestímulo à melhoria dos serviços de saúde.

A elaboração da tabela pela AHES - ainda que se conceda à defesa que os preços não eram obrigatórios - permite ver o designo de influir sobre a conduta dos hospitais, no tocante a quantias a serem cobradas, com potencial decisivo para gerar condutas uniformes quanto à fixação inicial e a reajustes posteriores de valores.

A só leitura dos serviços e produtos tabelados, de modo geral e abrangente, a desprezar peculiaridades próprias de cada nosocômio, reforça a convicção de que a conduta assumida atrai a censura legal.

O parecer sugere, assim, a procedência da representação, dando-se por incurso a representada no *caput* e no inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Brasília, 11 de fevereiro de 1993.

**Paulo Gustavo Gonet Branco**

Procurador

## RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

O Ministério Público do Estado de Sergipe, em representação dirigida ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, datada de 10 de abril de 1992, deu conta de que os preços dos serviços hospitalares no Estado de Sergipe são uniformemente fixados pela Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, impedindo que as empresas que mantêm convênios com os hospitais possam negociar menores preços. Informa, ainda, o Ministério Público, que os aumentos impostos pela AHES são muito acima da inflação.

Aduz o Representante que os hospitais, liderados pela Associação, haviam suspenso, unilateralmente, o atendimento aos beneficiários de um certo plano de saúde, cujos preços eram inferiores aos da tabela da AHES. Suspensões, como esta, teriam também ocorrido em outras ocasiões, mantendo-se as empresas silentes, receosas das represálias que poderiam advir por parte dos hospitais, que agiriam sempre em conjunto (fls. 01/02).

Foram anexadas à representação tabelas de preços editadas pela Associação, vigentes em 01.12.91 (fls. 03/10-A) e em vigor em 01.01.92 (fls. 11/18), compreendendo preços dos serviços de hotelaria, exames e materiais, bem como as tabelas de preços praticados pelo hospital São Lucas Médico Hospitalar Ltda., referentes ao período de janeiro a março de 1992 (fls. 19/44).

Em 16 de abril de 1992, o DPDE encaminhou cópia da representação à Associação, solicitando esclarecimentos (fls. 45), vindo aos autos as informações de fls. 50/52. A Representada informou, em síntese: que, na qualidade de representante dos hospitais, discute com o CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - Regional de Sergipe, que representa os conveniados, as condições de reajustes dos preços dos serviços, após o que elaboram, de comum acordo, a tabelas dos hospitais, não havendo, conseqüentemente, imposição de preço ou de tabela; que existem cinco tabelas em vigor - a que fixa os preços do convênio com o INPS, que é negociada com a Federação Brasileira de Hospitais; a do Convênio com a PATRONAL, negociada a nível nacional; a do convênio com o IPES (Instituto de Previdência do Estado de Sergipe); aquela negociada com o CIEFAS para os demais conveniados, e a tabela de preços cobrados a particulares; que os serviços são classificados de acordo com a capacidade de cada hospital, não havendo, por conseguinte, uniformidade de preços; que a diária hospitalar é classificada pelo tipo de acomodação, existindo três

categorias de apartamentos, além das enfermarias; que os preços das tabelas não são fixados por ela, unilateralmente, e sim através de negociação com a entidade representativa das partes conveniadas; que existe um protocolo de entendimento que serviu de base para a elaboração das tabelas e, na verdade, existem cinco, o que comprova a negociação.

Os documentos de fls. 53/112 acompanham os esclarecimentos prestados pela AHES.

Às fls. 46/49, consta cópia do ofício em que o Ministério Público do Estado de Sergipe comunica ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor haver sido encaminhada representação ao DPDE.

Às fls. 113/121, encontra-se Nota Técnica do DPDE concluindo que existem tabelas da Associação "influenciando os estabelecimentos associados a adotarem uma conduta comercial concertada e artificiosa, possivelmente até, em conluio com esses mesmos estabelecimentos". Tal prática, segundo a Nota, estaria capitulada no art. 3º, incisos I, IV, XV e XVII da Lei nº 8.158/91, podendo resultar em domínio de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

Com base na referida Nota Técnica, o Sr. Diretor do DPDE, em 16 de julho de 1992, determinou a instauração de processo administrativo e a notificação da Representada para, no prazo de quinze dias, apresentar defesa prévia e requerer as provas que pretendesse produzir, bem como prestar esclarecimentos e enviar documentos (fls. 122 e 124/125).

O processo foi instaurado em 20 de julho de 1992 (fls. 129).

A fls. 125 verso, tem-se o comprovante de notificação da Representada.

Em 17 de julho de 1992, o DPDE solicitou à Secretaria Nacional de Economia parecer técnico, ex vi do disposto no art. 6º do Regulamento da Lei nº 8.158/91, aprovado pelo Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991 (fls. 128).

A Representada, em defesa prévia que se encontra às fls. 130/138, argumentou, em síntese: que o Representante não tem legitimidade para provocar a instauração deste processo; que sob a sua coordenação são elaboradas as tabelas do Instituto de Previdência do Estado de Sergipe - IPES e das demais entidades conveniadas, entre elas a Golden Cross e a Life Star, assim como a tabela de preços cobrados a particulares, todas resultantes de ampla discussão, debate e consenso final; que os associados não estão obrigados a cobrar estritamente os preços das tabelas, limitada a sua obrigação à não cobrança de preços superiores aos tabelados; que inexistente uniformidade de preços entre hospitais de grande porte, com bom padrão de qualidade, e

estabelecimentos de nível inferior, porque, na verdade, há uma classificação de serviços, havendo, conseqüentemente, variação de preços; que as tabelas de preços são editadas apenas para servir de referencial, com a finalidade de auxiliar os associados na atualização de preços de produtos e serviços; que descabe a acusação de cobrança abusiva de preços, pelo fato de os materiais serem cobrados pelo valor do dia da alta do paciente; que tais materiais são cobrados atualizadamente e com acréscimo de 35%, porque este é o índice de lucro atribuído ao vendedor final de produtos médico-farmacêuticos; que, na elaboração das tabelas de diárias, os reajustes são efetuados tomando-se como base índices oficiais, previamente concertados com as entidades conveniadas ou órgão representativo.

Requereu, ao final, o depoimento pessoal do seu Presidente.

As fls. 139/263, estão os documentos anexados à defesa prévia.

A fls. 264, encontra-se ofício do Departamento de Abastecimento e Preços - DAP, da Secretaria Nacional de Economia, solicitando ao DPDE cópias de documentos, as quais foram enviadas através do ofício de fls. 265.

Em 25 de setembro de 1992, concluiu o DPDE em Nota Técnica (fls. 266/272) que os esclarecimentos iniciais e a defesa prévia da Representada não foram suficientes para afastar a caracterização de prática abusiva, porquanto as tabelas são instrumentos de uniformização de preços e inibidores da livre concorrência. Assim, inexistem razões para que se declarasse a insubsistência ou improcedência da Representação.

A fls. 273, encontra-se o parecer da Coordenadoria Técnica do DPDE, datado de 25 de setembro de 1992, no qual dá por encerrada a fase instrutória, independentemente do Parecer Técnico da SNE/MF, concluindo, também, pela ocorrência de prática abusiva, uma vez que se demonstrou existirem tabelas elaboradas pela Representada, capazes de levar à uniformização de preços.

Manifestando-se de acordo com esse entendimento, o Diretor do DPDE enfatiza que o tabelamento de preços de produtos e serviços de importante segmento econômico, tal como evidenciado nos autos, conduz à uniformização de preços, inibe a concorrência e distorce as margens de lucros. Acrescenta não ser função da Representada editar, a qualquer título, tabelas de preços, quando estes devem ser determinados pela competição do mercado. Considera subsistentes os fatos que originaram a instauração do processo, encaminhando os autos ao Secretário de Direito Econômico (fls. 274).

O Secretário de Direito Econômico, termos do art. 6º, alínea "b" da Lei nº 8.158/91, determinou a notificação da Representada para, no prazo de quinze dias, oferecer defesa (fls. 275).

A fls. 277 verso, tem-se o comprovante de notificação da Representada, constando de fls. 278/283 suas alegações finais, onde, aos argumentos anteriormente apresentados, acrescenta os seguintes: que as tabelas, por si só, não constituem prova suficiente das acusações, não dispondo o acusador de outro meio de prova, tendo-se investido o ônus probandi; que a representação não provou nenhuma das acusações feitas contra a Representada; que não ficaram comprovados reajustes acima da inflação; que suas razões não foram consideradas, havendo uma predisposição para a condenação; que nunca negou a existência de tabelas; que a existência de um acordo de cavalheiros, no sentido de não se cobrarem preços acima dos previstos, não quer significar que o associado não possa fazê-lo; que as tabelas são elaboradas em consenso, considerando-se os custos e a inflação, ficando os reajustes sempre abaixo daquela; que as tabelas servem como instrumento orientador, objetivando evitar prejuízos; que existem critérios diferenciados para a apreciação das tabelas do setor público e do setor privado, sem qualquer punição para o primeiro, que sua atuação jamais foi questionada judicialmente. Insiste, finalmente, no depoimento pessoal de seu Presidente.

As fls. 288/304, encontra-se parecer do DPDE sobre a defesa final da Representada, concluindo pela procedência da representação, com base no caput e inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91, com o qual concordou a Coordenadoria do DPDE, sugerindo o encaminhamento dos autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.158/91 (fls. 305).

O Diretor do DPDE, em 20 de novembro de 1992, encaminhou o processo ao Secretário de Direito Econômico para apreciação e adoção das providências cabíveis (fls. 306/307).

A fls. 309, encontra-se a publicação do despacho do Secretário de Direito Econômico determinando o encaminhamento do processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e cópia do mesmo ao Ministério Público Federal (fls. 310/311).

Neste Conselho, o processo veio a mim distribuído, tendo eu solicitado, nos termos do art. 18 do Regimento Interno do CADE, o parecer do Procurador (fls. 313), que se manifestou às fls. 314/324 pela procedência da representação, por incurso a Representada no caput e no inciso XV do art. 3º da Lei 8.158/91.

É o relatório.

**Carlos Eduardo Vieira de Carvalho**

## VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

**EMENTA:** *Defesa da concorrência. Lei nº 8.158/91. Tabela de preços de bens e serviços. Prática que influencia a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, interferindo na formação dos preços, em prejuízo à livre concorrência. Objetivo anticoncorrencial da conduta, manifestado pela influência exercida pela Representada sobre seus associados. Procedência da representação, determinando-se a cessação da prática.*

1. A Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES - é acusada de, mediante elaboração de tabelas, nos quais fixa preços de diárias hospitalares, exames, materiais e taxas para uso de equipamentos especiais e outros serviços, 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, de 08 de janeiro de 1991, 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."

2. A Representada, Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES, dentre suas finalidades estatutárias, tem a de representar e defender os estabelecimentos hospitalares e congêneres, do Estado de Sergipe, perante a Federação Brasileira de Associação de Hospitais, os governos federal, estadual e municipal, os órgãos de classe e as empresas de natureza privada, "quando, de qualquer forma, houver problemas referentes ao funcionamento e à assistência hospitalar". Inclui-se, ainda, entre as finalidades da AHES, colaborar com os organismos citados, prestando-lhes assessoria técnica "para uma avaliação justa do custo operacional e conseqüente estabelecimento de valores razoáveis de retribuição pelos serviços hospitalares prestados"(fls. 102/102v).

Na qualidade de representante de seus estabelecimentos associados, a AHES negociou, elaborou e aprovou tabelas de preços de serviços e materiais médico-hospitalares a serem adotadas no mercado de prestação daqueles serviços no Estado de Sergipe.

Correta, portanto, a instauração do processo contra a AHES, agente apontado como responsável pela prática da conduta investigada, tal como dispõe o art. 5º da Lei nº 8.158/91.

3. Preliminarmente, a Representada sucinta, em sua defesa, a ilegitimidade do Ministério Público do Estado de Sergipe para formular a representação (fls. 131). Ocorre, porém, que o Ministério Público Estadual, como bem salientado a fls. 318 pelo ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, não é parte no feito, tendo apenas levado ao conhecimento da Secretaria de Direito Econômico - SDE fato, a seu ver, capitulável na legislação repressora do abuso do poder econômico. Quem atua no processo é a SDE, conforme, aliás, se lê do art. 4º da Lei nº 8.158/91.

Ademais, a Constituição Federal assegura a todos o direito de representar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso do poder (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a").

O direito público de representação é, assim, um direito incondicionado, não se exigindo qualquer interesse do representante para exercitá-lo. O representante não se vincula ao processo a que deu causa, e o contencioso se instaura entre o Poder Público e o representado. Rejeito, pois a preliminar.

Ainda em sede de preliminar está a prova requerida pela Representada (fls. 138 e 283), no sentido de se ouvir seu Presidente. O DPDE entendeu que, à luz dos documentos examinados e das provas constantes dos autos, não havia razão de oitiva, de vez que a Representada não demonstrou a necessidade da produção daquela prova (fls. 303).

De fato, não esclarecida a necessidade da produção da prova, à vista dos elementos já colhidos nos autos, afigura-se-me inútil a diligência requerida, pelo que rejeito, também, esta preliminar.

De se ressaltar, que, durante a fase de apuração, foram assegurados à Representada o contraditório e a ampla defesa, tendo-se, assim, cumprido o disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

4. Antes de passar ao exame do mérito, necessário se faz definir alguns termos que serão usados neste voto:

- Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES entidade representativa da rede privada dos prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar no Estado de Sergipe, a Representada;

- entidades prestadoras de serviços - hospitais, casas de saúde, clínicas e congêneres que prestam serviços médico-hospitalares;

- entidades contratantes dos serviços hospitalares, ou simplesmente, entidades contratantes - órgão e entidades públicas ou privadas que contratam os serviços de assistência médico-hospitalar, que são representados pelo CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência e Saúde - Regional de Sergipe;

- Instituto de Previdência do Estado de Sergipe - IPES - entidade pública contratante que negocia diretamente com a Associação;

- usuários - os pacientes que se utilizam dos serviços médico-hospitalares, diretamente ou através de entidades contratantes.

5. No mercado dos serviços hospitalares no Estado de Sergipe figuram, como demandantes, os usuários, e, como ofertantes, os hospitais e congêneres que celebram com as entidades contratantes convênios, objetivando a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar. Os custos e demais condições em que esses serviços serão prestados são previamente negociados entre a Representada, o CIEFAS, o IPES e outros particulares não representados pelo CIEFAS, dando origem a tabelas diversas.

A questão que se coloca de plano e 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 com as regras da oferta e da procura.

A Representada argumenta, em sua defesa, que as condições e preços dos serviços bem como a forma de seus reajustes são consentidas após ampla e democrática discussão, não havendo, conseqüentemente, imposição de tabelas. Argiii, ainda, que a diversidade de tabelas comprova que estas são negociadas e não impostas (fls. 50/51, 131, 136, 283).

Ocorre, porém, que, ao contratarem com as entidades prestadoras de serviços, as contratantes não negociam as condições nem os preços de seus contratos, eis que estes já foram previamente estabelecidos e definidos pela Representada juntamente com o CIEFAS ou IPES, em tabelas.

Trata-se, sem dúvida, de ação coordenada cujo objetivo é impor um determinado preço ao mercado, eliminando-se qualquer possibilidade de concorrência entre as prestadoras de serviços.

Improcede o argumento da Representada de que a existência de mais de uma tabela tiraria o caráter impositivo e, portanto, anticoncorrencial da conduta. Na verdade, apesar da existência de mais de uma tabela, conforme admitido pela própria Representada, aquela que fixa os maiores valores, propiciando aos hospitais maiores vantagens, é a que serve de referencial para

as demais, como se pode verificar da leitura do Aditivo de fls. 70, cuja cláusula B dispõe expressamente:

"1 - Para os meses de janeiro e fevereiro vigorarão as seguintes diárias:

Enfermaria - Cr\$ 15.346,00

Berçário - Cr\$ 9.207,00

UTI - Cr\$ 53.711,00

Essas diárias correspondem a 50% (cinquenta por cento) das diárias dos convênios existentes com a AHES, para o mês de março.

2 - Para o mês de março, as diárias serão revistas, tomando como base o percentual referido no item anterior.

.....

4 - Gases Especiais e Material Hospitalar - Tabela da AHES".

6. Alega, ainda, a Representada que seus associados não estão obrigados a cobrar estritamente os valores das tabelas, sendo livres para praticar os preços que lhes convierem (fls. 132). A Representada, no entanto, se contradiz ao afirmar que as entidades prestadoras de serviços apenas não devem cobrar os preços acima dos previstos (fls. 132), e ao admitir a existência de um acordo de cavalheiros neste sentido (fls. 282).

Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que preços máximos podem acabar se tornando mínimos, tendência normalmente decorrente da adoção de preços uniformes, conforme observado em decisão da Suprema Corte Americana no caso U.S. V. Trenton Potteries Co. [273 U.S. 392 (127)]:

"O poder de fixar preço, exercido de forma razoável ou não, implica o poder de controlar o mercado e de fixar preços arbitrários e não-razoáveis. O preço razoável fixado hoje pode, através de mudanças econômicas e empresariais, tornar-se o preço não-razoável de amanhã".

7. 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 determinados pelas regras de mercado, um dos principais objetivos da concorrência. O aspecto crítico 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, a abrangente atuação da Associação no mercado relevante, como se constata no documento de fls. 145/146, influenciando a adoção de comportamento uniforme das prestadoras de serviços médico-hospitalares integrantes da rede privada no Estado de Sergipe, provoca, sem dúvida, efeito indesejável e danoso naquele mercado, na medida em que as tabelas não permitem a concorrência relativa a preços.

8. Outro argumento da Representada é o de que a sua existência jurídica é assegurada pela Constituição Federal, desde que lícitas suas finalidades. Dentre estas, afirma, está a de colaborar com seus associados para mantê-los atualizados quanto aos custos de suas atividades e de seus produtos, visto que qualquer desatenção, face aos índices mensais de inflação, pode acarretar prejuízos demasiadamente pesados (fls. 137). Acrescenta ser sua função a de servir de intermediária para a discussão dos acordos com as entidades contratantes dos serviços médico-hospitalares (fls. 136).

Não é, todavia, a existência constitucional da Representada que se discute nestes autos, e sim sua atuação 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 hospitalares, exames, materiais, taxas para uso de equipamentos especiais e outros serviços. 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.

Por outro lado, é de se observar que o prejuízo que possa advir para qualquer agente econômico, em decorrência de um processo inflacionário ou de outro fenômeno econômico adverso, constitui risco intrínseco da atividade empresarial, que deve ser assumido por todo e qualquer participante do mercado. O aperfeiçoamento da capacidade concorrencial do agente econômico deve ser o seu objetivo primacial para enfrentar este tipo de adversidade e não o conluio com o objetivo de se manter no mercado, pois esse comportamento é vedado por lei.

9. Estando demonstrando que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, cabe, ainda, 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. Trariam as tabelas benefícios para o consumidor, traduzidos em menores preços ou qualidade superior dos serviços?

Quanto ao primeiro aspecto, é de se ressaltar que preços tabelados não correspondem aos custos reais de cada hospital, individualmente considerado. De se esperar, mesmo, que existam acentuadas diferenças de custos na prestação de serviços hospitalares. Primeiro, porque os hospitais, casas de saúde e clínicas diferem no tamanho das instalações, na qualidade e diversidade de equipamentos, bem como no número de leitos, operando com distintas escalas de prestação de serviços. Segundo, porque a estrutura administrativa e a capacidade gerencial devem variar entre as unidades hospitalares, com conseqüentes reflexos na eficiência e nos custos dos serviços. Portanto, no mercado competitivo, serviços idênticos podem ser produzidos a custos diferentes, sendo que, em tese, as empresas mais eficientes podem suportar preços menores. Em consequência, os usuários terão acesso a serviços diversificados a preços diferenciados, podendo exercer livremente sua escolha, situação que não se configura no mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos e uniformemente fixados para os concorrentes, em prejuízo dos usuários.

Por outro lado, na fixação de preços de materiais e medicamentos, a Representada adota os preços de tabela dos fabricantes, vigentes à data da alta do paciente, acrescidos de um percentual de 35%, margem de lucro atribuída ao vendedor final daqueles produtos, ou seja, farmácias e drogarias (fls. 134).

Ora, o preço unitário do medicamento depende de uma série de variáveis, tais como a quantidade adquirida, a forma de pagamento, o volume de estoque, sugerindo que, para cada hospital, exista um custo diferenciado,

não se podendo, pois, estabelecer margens e preços idênticos. Trata-se, sem dúvida, de mais um ônus arbitrado sem qualquer critério concorrencial, a ser arcado pela contratante ou usuário dos serviços.

Preços tabelados tampouco beneficiam as entidades contratantes dos serviços, na medida em que estas não conseguem negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento, até porque não possuem acesso direto aos prestadores de serviços, para trato desta questão.

No tocante à qualidade dos serviços no sistema de tabelas, correto o entendimento do ilustre Procurador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, quando diz que, por meio de tabelas "desestimula-se a diversificação de produtos e serviços, bem como o avanço na sua qualidade, na medida em que é neutralizado o estímulo da remuneração mais adequada por um serviço melhor" (fls. 321).

Na verdade, o usuário, quando tabelados os preços, não pagará em função da qualidade do serviço prestado os diversos hospitais existentes no mercado. Isto porque, o preço preestabelecido não leva este 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, a competição em termos de qualidade, com evidente prejuízo para o usuário.

Quanto a possíveis benefícios a concorrentes, vale mencionar que a ação coordenada dos hospitais no mercado de Sergipe traz, de imediato, vantagens para os seus participantes. 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).

Ao contrário, se prevalecessem as regras da concorrência, haveria benefícios para todos os participantes do mercado, conforme ensina Benjamin Shjeber, verbis:

"Os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor,

que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, tanto as potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades das empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação inteira no desenvolvimento econômico do país que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que o fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida quotidiana" (in "Abusos do Poder Econômico", São Paulo, RT, in ed., p.64).

10. 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 livre concorrência. Tal conduta constitui infração à ordem econômica, estando expressamente prevista no inciso XV, do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Improcede, portanto, 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 de 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 de preços, conduta esta que se imputa à Associação. está, notificada para esclarecer a prática, nos termos do art. 5º, da Lei nº 8.158/91 (fls. 45), admite sua responsabilidade na elaboração de tabelas de preços dos serviços médico-hospitalares, objeto da investigação, e justifica sua conduta ao argumento de que estas 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 AHES, cumprindo à

Representada, em seus esclarecimentos ou na sua defesa, afastar a ilicitude de sua prática, demonstrando que não objetivava, através de conduta uniforme por ela influenciada, qualquer prejuízo à concorrência. Nisto não logrou êxito a Representada nas diversas ocasiões em que se manifestou nestes autos.

A legislação estrangeira e os doutrinadores dos diversos países não discrepam do entendimento de que as tabelas de preços são, por si só, indutoras de comportamentos anticoncorrenciais. Neste sentido, vale a pena transcrever trecho do parecer do ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Augusto Gonet Branco:

"Nos estados Unidos - fonte inspiradora do nosso direito antitruste - a fixação de preços, por qualquer meio, é considerada ilegal, dispensando-se mesmo a perquirição da influência da conduta sobre o mercado. A conduta é ilegítima por se.

Informa Cabanellas:

"A fixação concertada de preços é uma típica infração per se na legislação antitruste dos Estados Unidos. A proibição abarca não somente aqueles atos em que os preços a serem cobrados pelas partes resultam explicitamente determinados por acordo, senão, também, os casos em que se atua concertadamente com o propósito ou o efeito de afetar os preços." ["La fijación concertada de precios es una típica infracción per se bajo la legislación antitrust de los Estados Unidos. La prohibición abarca no solamente aquellos actos en que los precios a ser cobrados por las partes resultan explicitamente determinados por el acuerdo correspondiente, sino, también los supuestos em que se actúa concertadamente con el propósito o efecto de afectar los precios"] (ob. cit. pp. 323-324).

O mesmo entendimento foi consagrado pela Suprema Corte americana que, em caso julgado no ano de 1982, trazido à colação no referido parecer do Procurador do CADE (fls. 314/324), decidiu aquela Corte ser ilegal a tabela de honorários máximos que seriam cobrados pelos médicos participantes de associação que visava competir com o sistema vigente de seguro de saúde. O ilustre Procurador assim traduziu a parte do voto do Juiz Stevens, na questão específica:

"Esta Corte tem consistentemente e sem discrepância aderido ao princípio de que acordos para fixar preços são ilegais per se (...) e é

indiferente que eles sejam de ordem horizontal ou que sejam combinações para fixar preços máximos ao invés de mínimos."

Lê-se adiante:

"O potencial anticompetitivo inerente a todos os ajustes de fixação de preços justifica a sua invalidez de plano, mesmo que justificativas pró-competitivas sejam às vezes apresentadas" (Arizona v. Maricopa County Medical Society (102 S.Ct. 2466, in Norman Goldenberg et alli Casenote Legal Briefs - Antitrust. Los Angeles. Casenotes Publishing CO. 1990. P.15).

11. Improcede, também, o argumento da Representada de que a conduta anticoncorrencial não estaria configurada, de vez que dos autos não consta qualquer prova em relação à adesão dos hospitais às tabelas (fls. 280). A representação, no entanto, se fez acompanhar das tabelas da empresa São Lucas Médico Hospitalar Ltda. (fls. 19/44), o que afasta de plano o argumento da Representada. Ademais, pouco importaria o fato de terem os hospitais aderido ou não, pois o objetivo anticoncorrencial da conduta se manifestaria pela mera influência exercida pela Representada sobre suas associadas. É o que se lê no inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91, verbis:

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

12. Outro argumento invocado pela Representada em sua defesa é o de que existem critérios diferenciados para o tratamento das tabelas vigentes nos setores públicos e privado, inexistindo para o primeiro qualquer punição (fls. 282).

Ora, as tabelas elaboradas para o setor público não se enquadram nas leis de defesa da concorrência por dizerem respeito a preços de prestação de serviço público, que não é realizada em regime de mercado. Trata-se de atividade típica do Estado, consubstanciada em dever, conforme expressamente disposto no art. 196 da Constituição Federal.

Assim, na execução direta ou indireta dos serviços de saúde, o Poder Público fixará seus preços que, não necessariamente, terão de guardar relação com os custos, tratando-se mesmo de atividade subsidiada pelo Estado, à qual são destinados vultuosos recursos.

13. A representada, por derradeiro, requer lhe seja deferido tratamento especial por não ter agido com dolo (fls. 283). Ainda que para argumentar se admita a inexistência da conduta dolosa por parte da

Associação é de se observar que as condutas passíveis de repressão pela lei de defesa da concorrência não requerem, para sua configuração, a presença necessárias de elemento subjetivo. esta a leitura que se deve fazer do caput do art. 3º e do art. 22 da Lei nº 8.158/91.

14. Estando configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, julgo procedente a representação e, com base no art. 43 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 08 de janeiro de 1990 e na Resolução CADE nº 02, de 21 de outubro de 1992, condeno a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe a pagar multa no valor de Cr\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de cruzeiros), no prazo máximo de dez dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Na fixação da multa, cujo valor se acomoda entre os limites estabelecidos nos dispositivos citados, levo em conta a natureza dos serviços objeto das tabelas de preços, os quais dizem respeito diretamente à saúde da população; considero, ainda, o amplo âmbito de atuação da Representada no Estado de Sergipe, no mercado relevante de serviços médico-hospitalares da rede privada. Não deixo de levar em conta, todavia, como atenuante, a inexistência de prova, nos autos, de que o descumprimento das tabelas implicasse em sanção para os associados da Representada.

Outrossim, determino, nos termos dos arts. 43 e 44 da Lei nº 4.137/62, a imediata cessação da prática abusiva, pelo que deverá a representada abster-se, a partir da publicação desta decisão, do elaborar tabelas de preços e promover os reajustes das já existentes, bem assim, no prazo de quinze dias contados da publicação da decisão, comunicá-la a seus associados. Comunicará, ainda, a seus afiliados, que os novos preços deverão ser negociados direta e individualmente entre as prestadoras de serviço médico-hospitalares, seus associados, e as entidades contratantes ou usuários finais, levando-se em conta todos os elementos que compõem os custos dos serviços respectivos, bem como prazos e demais condições de pagamento, tudo em observância às regras da concorrência.

Deverá, também, a Representada, no prazo de trinta dias contados da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as determinações deste Conselho.

Fica, também, notificada a Representada para, no prazo de dez dias contados da publicação deste julgado, manifestar, nos termos do art. 45 da lei nº 4.137/62, sua disposição de realizar as providências determinadas por este Conselho.

Deverá a Secretaria do Direito Econômico, conforme disposto no art. 1º da Lei nº 8.158/91, propor aos prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar no Estado de Sergipe, associados à Representada, as necessárias medidas para corrigir as anomalias relativas aos mecanismos de formação de preços que estejam ocorrendo naquele mercado, de sorte a compatibilizar o comportamento daqueles estabelecimentos com os termos desta decisão.

Dê-se ciência desta decisão ao egrégio Ministério Público do Estado de Sergipe.

É o meu voto.

## **CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO**

### **VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA**

A Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES é acusada, neste processo administrativo (pelo Ministério Público do estado de Sergipe, em representação enviada ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, datado de 10.04.92), 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, fielmente descritos pelo ilustre Conselheiro-Relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, 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 do art. 5º da Constituição Federal.

A questão que se coloca de plano no caso em julgamento, e exposta de forma brilhante pelo Conselheiro-Relator no seu Voto, e com o qual estou de pleno acordo, é a atuação da AHES 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 hospitalares, exames, materiais, taxas para uso de equipamentos especiais e outros serviços. Não se nega à Representada 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 ainda com a posição do ilustre Conselheiro-Relator ao levantar a indagação 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. Afaste-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 Sergipe traz, 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 Sergipe - AHES, notificada para esclarecer a prática, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.158/91 (fls. 45), 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 unilateralmente, inexistindo qualquer imposição para a sua utilização (fls. 50/52).

Admitida pela própria AHES, 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.

Necessária também destacar a consistência do parecer do ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Augusto Gonet Branco, em: especial quando destaca que a legislação estrangeira e os doutrinadores dos diversos países discrepam do entendimento de que as tabelas de preços são , por si só, indutoras de comportamentos anticoncorrenciais.

Estou convencido portanto que está configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3, inciso XV da Lei nº 8.158/91.

Por assim entender e acompanhando em todos os seus termos o voto do ilustre Conselheiro-Relator, o meu Voto é pela procedência da representação, com a condenação da Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 7.000 000 000,00 (sete bilhões de cruzeiros), além do cumprimento das determinações mencionadas na parte final do referido Voto.

### **VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES**

As informações e os elementos de prova constantes dos autos tornam patente que a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES coordenou ação com o objetivo de estabelecer preços uniformes a serem praticados no mercado de prestação de serviços hospitalares naquele Estado. Referida ação efetivou-se mediante a adoção de tabelas de preços e de parâmetros de reajustes igualmente uniformes.

Embora admita a existência das tabelas de preços, a Associação enfatiza o caráter sugestivo dessas tabelas, ressaltando que as mesmas não são imperativas ou impeditivas da concorrência.

Conforme devidamente considerado pelo ilustre Conselheiro Relator, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, nenhuma importância tem se a tabela é facultativa ou obrigatória. Observou, ainda, que a importância da tabela reside no fato de a mesma constituir-se em instrumento indutor à uniformização de preços, inibindo a formação dos mesmos em uma estrutura de mercado que deve ser regulado pela concorrência.

A essas corretas e bem fundadas considerações, cabe aduzir o fato de que a fixação de preços uniformes frustra as empresas mais eficientes, visto

desestimular a melhoria da produtividade, a redução de custos, a incorporação de novas tecnologias e modernos métodos de gestão, na medida em que neutraliza os estímulos à prestação de serviços de melhor qualidade.

Cabe observar, também, que existem fortes indícios de que a Associação, ao coordenar a elaboração das tabelas desempenhou, na prática, o papel de coordenador de acordos coalizantes, dando-lhes a estabilidade indispensável ao seu funcionamento. Lastimo que esses indícios de uma prática concertada não tenham sido apercebidos da apuração dos fatos pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Ao finalizar, e diante da comprovação dos fatos contidos no feito, manifesto-me de pleno acordo com todos os termos constantes do VOTO do ilustre Conselheiro-Relator.

### **VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD**

A tabela de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência não só porque afeta o poder de decisão individual que cada empresa deve exercer para estabelecer seus próprios preços, mas também porque a alocação ou a realocação de recursos numa economia de mercado só pode ocorrer se mantido o processo competitivo, em que os agentes econômicos levarão em conta os preços de seus competidores. Não raro a tabela de preços se torna fator de inibição de melhoria na qualidade dos serviços, pois esta, quase sempre importa aumento de preços.

O bom funcionamento do sistema de preços requer que o setor responda livremente às forças do mercado.

Não há dúvida de que a elaboração de tabelas de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. A assertiva de que a tabela é meramente referencial é o argumento mais banal utilizado por esse tipo de cartel e não se sustenta por sua própria inconsistência. Referencial a que, é de se indagar. Aos custos da empresa média, da pequena ou da grande? A qualidade dos serviços de quem melhor os presta ou o contrário?

O fato inegável é que a adoção de tabelas de preços por concorrentes faz com que os prestadores de serviços escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência.

Na espécie, tem-se a Associação que discute com os representantes dos contratantes de serviços preços uniformes. Não são, porém, as contratantes dos serviços os usuários finais da assistência médica que sofrem as consequências desse comportamento iníquo, e sim o associado que vê descontado em seu contra-cheque no final do mês a parcela que lhe cabe pela utilização dos serviços médico-hospitalares contratados por seu patrão ou pela entidade de classe que, supostamente, deveria também defender seus interesses. É este usuário que, na condição de consumidor, está impedido de exercer sua escolha racional, pois onde quer que se dirija encontrará a malsinada tabela representando preços pretensamente justos e compatíveis com a qualidade do atendimento.

A situação não deixa de ser cômoda para os afiliados da Associação, dispensados que ficam da competição. Os contratantes, por sua vez, acham que estão fazendo um bom negócio, uniformizando os preços de atendimento no mercado. Aliás, é o vezo da intervenção estatal na economia que leva o público em geral a crer que preços iguais equivalem a preços razoáveis. Não cogitam da possibilidade do cartel e não sabem que o preço razoável é obtido através do processo competitivo.

Adam Smith, em sua obra "A Riqueza das Nações" já dizia, em 1776, que as pessoas que se dedicam a um mesmo negócio às vezes se encontram, até mesmo para se divertirem, mas a conversa, em geral, termina num acordo para lesar o público ou num plano para aumentar os preços, sendo impossível à lei evitar, de forma consistente com a justiça e a liberdade, que esses encontros se realizem. Se a lei, no entanto, não pode proibir o encontro de pessoas que se dedicam à mesma atividade, nada também deve fazer para facilitar esses encontros e, muito menos, torná-los necessários.

O pensamento econômico evoluiu desde Smith, e hoje, as leis de defesa da concorrência não só tornam mais difíceis esses encontros, como, na realidade, reprime atos e condutas que deles decorram e impedem a atuação livre das forças de mercado. Na verdade, o objetivo primacial das leis de defesa da concorrência é a manutenção da liberdade de atuação dessas forças na formação dos preços.

Qualquer ato, conduta individual ou concertada que inibe a formação de preços de conformidade com as forças do mercado não pode ter outro objetivo que não o de prejudicar a concorrência.

Não deixa de ser mais cômodo para a Associação e seus afiliados não concorrerem. O mercado se mantém como está, os serviços não requerem aprimoramento e o consumidor se serve do que lhe é oferecido e nas condições que lhe são impostas.

Ademais, tratando-se de uma Associação que detém considerável poder no mercado relevante, a ação por ela coordenada visa, certamente, criar uma situação monopolística, consubstanciada no poder de fixar os preços, traduzindo, assim, seu objetivo de dominar o mercado onde atua juntamente com suas afiliadas

Por essas razões, considero irrepreensíveis a fundamentação e a conclusão do voto do ilustre Relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, que acompanho.

**Neide Teresinha Malard**

### **PARECER DO PROCURADOR-SUBSTITUTO**

***EMENTA:** Decisão do CADE que condena empresa ao pagamento de multa e impôs obrigações. Processo que assegurou o contraditório e a ampla defesa. Recurso interposto ao Ministério da Justiça com base na Lei nº 8.158/91. Revogação. Vigência imediata da Lei nº 8.884/94. Extinção da competência ministerial para apreciar recursos em processo administrativo de defesa da concorrência. Irrecorribilidade das decisões do CADE, no âmbito do Poder Executivo. Argumentos recursais já analisados no processo. Não conhecimento do recurso voluntário, porque incabível na espécie.*

Distribuído, por prevenção, ao Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, Relator do Processo Administrativo nº 53/93, vem a exame desta Procuradoria o recurso interposto pela Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - HOSPITASE ao Ministro da Justiça da decisão deste Colegiado que, julgado procedente a representação, por fato capitulado no art. 3º, inciso XV, da Lei nº 8.158/91, condenou-a ao pagamento da multa de CR\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo máximo de 10 (dez) dias. Por ocasião do julgamento, determinou ainda o Conselho à representada: a) a imediata cessação da prática abusiva, abstendo-se de elaborar tabelas de preços; b) promover os reajustes das já existentes, no prazo de 15 dias, contados da publicação da decisão, e comunicá-la a seus associados; c) comunicar também a seus afiliados que os novos preços deverão ser negociados direta e individualmente entre prestadores de serviços médico-hospitalares, seus associados, e as entidades contratantes ou usuários finais; e d) demonstrar ao CADE, no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão, que cumpriu as providências determinadas.

Alega a recorrente que sua conduta é atípica, porque em países com depreciação crônica da moeda, como o Brasil, ou se utiliza mecanismos de correção ou se patenteia um desequilíbrio nas obrigações assumidas. "Os compradores de planos de saúde têm suas prestações reajustadas mensalmente, sabe-se lá por que critérios. É natural que os hospitais, laboratórios e médicos também reajustem os preços de seus serviços". Assim não seria conduta punível a suspensão de atendimento a beneficiários de determinado plano de saúde, por divergência de preços. O fato de os valores da Associação serem superiores aos da empresa (de saúde privada) é, em seu entender, caso típico de negociação, ou, fracassada esta, de rompimento de contrato.

Relativamente à fixação, mediante tabelas, de preços uniformes para todos os hospitais do Estado, bem assim a imposição de preços em níveis superiores aos índices inflacionários, todas prejudiciais à concorrência, diz a recorrente que são também condutas atípicas. A Associação questiona o conceito de mercado, utilizado no processo porquanto, no caso, há uma pluralidade de hospitais e, cada um tem total liberdade de iniciativa econômica. "Se há uma negociação livre e prévia entre a recorrente, o CIEFAS, o IPES e outras empresas particulares, parece claro que não se tentou dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, como descrito no caput do artigo 3º da Lei nº 8.158/91". A recorrente diz, à fl. 367, que adere a três tabelas: a do INSS, a Patronal e a do IPES, e negocia os demais valores, formalizando as negociações em tabelas, de uso facultativo de seus associados, sem que o descumprimento dos valores tabelados implique sanção.

Interposto com fundamento no art. 21 da Lei nº 8.158/91, o recurso foi recebido pelo Ministro da Justiça, nos efeitos devolutivo e suspensivo. Entretanto, face ao advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, ficou o Titular da Pasta da Justiça incompetente para a apreciação de recursos tirados contra decisões do CADE. Em realidade, a nova Lei, em seu art. 92, revoga a Lei nº 4.137/62 e a Lei nº 8.158/91, introduzindo nova sistemática na parte relativa aos recursos: o voluntário foi extinto e o de ofício só é cabível das decisões da Secretaria de Direito Econômico que concluírem pelo arquivamento de averiguação preliminar ou de processo administrativo. No âmbito do Poder Executivo, não mais existe recurso contra decisões do CADE.

De qualquer sorte, o recurso não traz questionamento ao due process of law. Da leitura dos autos do processo, observa-se ter sido assegurado o contraditório e a ampla defesa. Quanto ao mérito, exposto nas razões recursais, mesmo que fosse possível analisa-lo sob esse enfoque, melhor sorte

não teria. É que são totalmente infundados os argumentos nele contido, não passando de reiterações de questões levantadas no curso do processo administrativo e que foram totalmente refutadas no voto do Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, acatado pelos demais Conselheiros.

Face ao exposto, esta Procuradoria opina pelo não conhecimento do presente recurso, por falta de amparo legal.

**Jorge Gomes de Souza**

Procurador-Geral Substituto

