

COOPERAÇÃO, CONCORRÊNCIA E COLUSÃO. OS CASOS DE COOPERATIVAS DE ANESTESIOLOGISTAS COM DOMÍNIO DE MERCADO NO BRASIL

Guilherme Krueger

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
Instituto dos Advogados Brasileiros

RESUMO

Cooperação e concorrência são valores fundamentais da ordem econômica. Para que não haja conflitos na ponderação de ambas, é preciso perceber a presença do desvalor a que se correlacionam tanto a cooperação como a concorrência: a colusão. No Brasil, várias cooperativas de médicos anestesiológicos foram acusadas de cartéis travestidos por meio de procedimentos judiciais e administrativos baseados na legislação antitruste. O diálogo com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência focado no usuário dos serviços de saúde culminou num acordo em que cooperativas de anestesiológicos se comprometeram publicamente a exercer ponderadamente o poder compensatório facultado pela cooperação na defesa da dignidade no exercício da medicina.

PALAVRAS-CHAVE: Valores, legislação antitruste, domínio de mercados locais, cooperativas de serviços médicos, princípios das portas abertas e de interesse pela comunidade.

COOPERATION, COMPETITION AND COLLUSION: ANAESTHESIOLOGISTS' COOPERATIVES THAT DOMINATE THE MARKET IN BRAZIL

ABSTRACT

Cooperation and competition are fundamental values of the economic order. In order to avoid conflicts in the weighting of both, you need to realize the presence of worthlessness that correlates with both cooperation and competition : the collusion. In Brazil, several cooperatives of anesthesiologists have been accused of masquerading cartels in civil actions and administrative proceedings based on antitrust law. A dialogue focused on users of health services between the Anesthesiologists Cooperatives and the Brazilian System of Competition Defense resulted in an agreement whereby Cooperatives of Anesthesiologists are publicly committed to a prudent and weighted exercise of compensatory power by cooperation in the defense of dignity in the practice of medicine.

KEY WORDS: values, antitrust legislation, domination of local markets, medical services cooperatives, principles of voluntary and open membership and concern for community.

JEL: K100 - General; K210 - Antitrust Law; K320 - Environmental, Health and Safety Law.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os casos. 3. O comportamento dos anesthesiologistas. 4. A solução dos casos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

De todas as manifestações de colusão, interessa a este artigo quando suportada por regras. Elas não envolvem acordos para fixar preços, nem para controlar a produção, nem para dividir mercados ou para impor barreiras de entrada, mas atenuam as rivalidades entre os integrantes do grupo¹.

É tormentoso, quando uma autoridade antitruste acusa milhares de agentes econômicos de adquirirem um poder artificial de mercado por sua ação comunitária, enquanto que, em sua defesa, esse grupo reivindica para si algum poder compensatório. O que é justo não desintegra comunidades. E a comunhão da qual emerge a cooperação como valor, sempre nos remete ao ser humano - alguém anterior à distinção entre sujeito e objeto².

1. *“(…)As regras de concorrência alteradas induzem modificações anticoncorrenciais no equilíbrio não-cooperativo de mercado. Em resumo, as regras da concorrência são alteradas e o escopo da concorrência é restringido. (...)”*

“Tais práticas envolvem a adoção de restrições endógenas, isto é, sobre o próprio corpo coludente. (...) A experiência internacional mostra que tais condutas podem ser elaboradas e impostas por poucos ou milhares de agentes econômicos (...)”

“As condutas colusivas nesses casos permitem que os agentes cartelizados isolem-se parcialmente uns dos outros, estabelecendo microssegmentos de mercado dentro dos quais cada integrante terá maior liberdade para impor preços. Esse isolamento parcial, ainda que não represente a aquisição de poder de monopólio, como no caso das colusões diretas sobre preços, resulta em benefícios anticompetitivos similares aos obtíveis com a aquisição coletiva e artificial de poder de mercado.”

“(…) [A] colusão sobre regras é altamente danosa ao consumidor e à sociedade por:

a) gerar perdas estáticas decorrentes do menor nível de produção em relação ao mercado competitivo;

b) resultar na potencialização da expropriação do consumidor;

c) gerar perdas dinâmicas representadas pela alocação de recursos em práticas excludentes, bem como pelos custos envolvidos na implementação e manutenção do mecanismo de discriminação e prevenção da arbitragem (GICO Jr, 2007:469-471; 492-493).

2. *“É fácilimo perdermos contato com ele, uma vez que pensar e sentir são operações tão diametralmente opostas que uma exclui a outra quase automaticamente. A psicologia (...) precisa levar em conta o fator valor (isto é, o sentimento), pois ele é o elemento de ligação entre as ocorrências fáticas e a vida.” (JUNG, 2008:126).*

Na *Fenomenologia da percepção*, Maurice Merleau-Ponty (1994) afastou-se do idealismo transcendental, que está presente nas ciências jurídicas desde Kant. No idealismo, consciência é o *eu* que observa, pensa e é capaz de um sobrevôo sobre o real. Mas, esse sobrevôo é antes uma realização do real. Esse sobrevôo é a razão.

Numa distinção radical entre a percepção e o conhecimento, Merleau-Ponty invoca um estado de consciência irrefletida, corpóreo, anterior a todo material conceitual em torno do qual se organizam observações. Uma percepção diferente é acessível à reflexão por algum reaprendizado filosófico em ver o mundo. No que interessa a este artigo, essa materialidade da percepção lança desconfiança à toda cognição que se pretenda totalização do real.

Na *Estrutura do comportamento*, Merleau-Ponty (2006) focou a experiência empírica, e denuncia as limitações de uma análise do comportamento como uma coisa. Esse *objetivismo* consiste em decompor o comportamento em elementos “reais”, mais básicos, atômicos, e estabelecer associações entre esses elementos, como exterioridades de um em relação aos outros. Para Merleau-Ponty, o comportamento não é uma coisa, nem uma idéia. A estrutura do comportamento é um significado que emerge dele (como objeto), mas só se institui pela sua percepção. Com Merleau-Ponty, a ultrapassagem do subjetivismo no Direito não se traduz em realismo, numa pretensa decomposição da realidade em elementos capazes de uma plena determinação das ideias por estímulos exteriores traduzíveis em linguagem matemática ou redutíveis a qualidades primárias. A experiência empírica vai ao encontro da razão, mas não a aprisiona, na lição de Merleau-Ponty.

Se lembrarmos que são narrativos os textos amplamente reconhecidos como expressões das mais fundamentais verdades axiológicas, resta perceptível que o comportamento apresentado a partir de elementos exteriores a si mesmos oscila entre a humanidade como recepção de estímulos externos (e estes estímulos como um mosaico que precisa ser ordenado para formar razões sistemáticas) e como atividade de inspeção intelectual do mundo. De certo modo, o comportamento assim é retirado da promiscuidade, da ambiguidade das vivências que se dão para tornar-se inteligível, isto é, um pensamento de certo pensar, isto é, uma linguagem para o real como descrição que com o próprio real se confunde. Ordenando a vivência pelo conceito, o conhecimento confunde o sentir e o sentido. Não se dá a compreensão como vivência, mas uma vivência compreendida a partir de um discurso sobre ela.

As investigações de Merleau-Ponty se voltam às descobertas ligadas às noções de justiça emergentes de um comportamento que seja percebido como justo. Em Merleau-Ponty, as relações entre estrutura, percepção e comportamento são

instrínsecas e circulares. E a experiência inclui uma atitude filosófica que ultrapassa a justiça como uma ideia da ordem cultural e alcança o momento de originalidade de uma vivência sua; momento este em que se relacionam o possível e o ausente. A experiência, neste sentido, é ambígua: tanto uma falta, um vazio que faz necessária uma presença, como um excesso que demanda nova expressão sobre um mundo que já foi expresso.

Seja pela percepção, seja pelo comportamento humano, a questão central da investigação de uma estrutura axiológica é o da intersubjetividade, no qual a relação entre mundo e existência encontra expressão num modo apropriativo (epocal) de pensar e sentir, mas que nem por isso deixa de ser radicalmente pessoal na irredutível singularidade da experiência vivida³.

Na defesa da concorrência, o pensamento serve para alguma coisa. A verdade se dá pelos resultados de sua certificação. Não há mistério. Só há desconhecimento. Enfim, na Economia dos Custos de Transação, o Direito, se não utilizado, resta como uma verborragia bizantina. O Direito, então, não visa tanto a desocultação da justiça, mas um fazer para certos fenômenos gerais: a base para a decisão dos entes públicos de defesa da concorrência deve ser a relação custo-benefício.

Mas, a mensuração quantitativa dos fatos econômicos não aprisiona os sentidos da cooperação e da rivalidade. O justo convoca uma percepção da cooperação e da rivalidade para além dos estreitos limites pragmáticos do cálculo utilitário.

Uma análise dos custos de transação é uma descrição do mundo, mas também é uma representação dele como um mosaico de elementos conceituais pelos quais a ciência se pretende soberana sobre seu objeto, por construí-lo matematizado, e, ao fazê-lo, submetido ao seu próprio ideal de medida.

Entretanto, o apelo atraente a um fazer pragmático não dissolve os limites de um projeto de posse do mundo pelas representações construídas pelo sujeito. Ao contrário, coloca tal ideal de medida fora de questão. Ou seja, priva-o dos meios

3. *“O acontecimento-apropriação apropria homem e ser em sua essencial comunidade. Um primeiro e embaçoso clarão do acontecimento-apropriação descobrimos no arrazoamento. Este constitui a essência do universo moderno da técnica. (...)*

“Que quer que pensemos e qualquer que seja a maneira como procuramos pensar, sempre nos movimentamos no âmbito da tradição. Ela impera quando nos liberta do pensamento que olha para trás e nos libera para um pensamento do futuro, que não é mais planificação.

“Mas somente se nos voltarmos pensando para o já pensado, seremos convocados para o que ainda está para ser pensado”. (HEIDEGGER, 1978:65-68).

intuitivos pelos quais se pode pôr em questão o arranjo conceitual mesmo de sua experiência.

Claro que a tarefa prescritiva no Direito pode seguir apoiada em trabalhos científicos e observações empíricas que instrumentalizem estes significados com que o pensamento constrói pontes entre os princípios constitucionais e os valores vestidos no texto constitucional como vetores racionais finalísticos.

Mas, se o Direito pode contar com as contribuições da Economia na construção de *standarts* com a redução de toda experiência possível à observação, precisa também admitir que a experiência pode se apresentar também como iniciação.

É possível formular uma teoria sobre a justiça que admita a pluralidade normativa para além das contingências históricas. É o que fez, por exemplo, John Rawls. Ele propôs às pessoas uma condição não histórica, anterior a seus contextos. Essa posição original está posicionada sob o véu da ignorância (2002:146-153).

Esse véu, de certo modo, aproxima Rawls de Merleau-Ponty, pois o que é já está entregue a si mesmo (*ser bruto*). Assim como Ponty, Rawls parte de um mistério ontológico para a articulação entre a liberdade e a moral. E só então há o alcance da existência histórica e política.

Para um pensamento crítico de um comportamento que pode oscilar entre a cooperação e a rivalidade, as suas definições conceituais como variáveis de uma função instauram uma ordem cognitiva para a ética. Há aqui um postulado de que a verdade é a adequação do juízo à coisa, conquanto objeto de conhecimento. Isso já traz para a ética a historicidade como ideias de linha, processo, progresso e superação. Não há nada de errado nisso. Mas, pode-se pensar linha como o fio de Ariadne. Se, com esse fio, a técnica face a um desafio é uma condução ao real, o esquecimento do labirinto onde mora esse desafio esvazia o desvendamento do vigente para outras possibilidades ao se mostrar como ocultação do que não pode ser decidido por reduções a fios.

Não ter nada de errado não esgota as possibilidades do justo, nem do verdadeiro, numa relação em que se dá a ética. Pensar linha, processo, progresso e superação é pensar em causas. E causas são respostas ao dever vigente. As causas respondem por aquilo na qual uma justiça é possível. Como modo de resposta e dever, a causa produz uma justiça histórica posta adiante. É nessa decisão entre cooperação e rivalidade que se produz justiça como seu desvelamento dialógico posto por fora do próprio acontecimento a que se faz uma justiça possível na defesa da concorrência.

O problema está na pretensão de totalidade. A ética, totalmente resolvida a partir das ideias de cooperação e rivalidade como exterioridades entre si, reduz-se a uma moral que se esgota em uma operação técnica que é boa ou ruim, se funciona ou não num determinado contexto. Se tal redução pode produzir algumas certezas com que se pode operar, dificilmente ela responde por ajustes ao que já é certo. Então, é preciso encontrar erros no comportamento, ao calcular seus custos. Mas, eis o problema de toda positivação moral: o mal se insinua nos ânimos e se mimetiza entre as razões e as vontades.

Daí, surge a crítica de Rawls ao utilitarismo (JOHNSTON, 1996:103-106). As pessoas possuem diferentes valores e formulam diferentes projetos para a realização do bem comum⁴. Às vezes, esses projetos versam sobre o mesmo objeto e realidade e, mesmo assim, são heteronômicos. Isso é particularmente relevante para os atores econômicos que cooperam entre si, mas estão longe de ignorar o que é exigível para a defesa da concorrência. Um julgador então precisa admitir uma pluralidade de concepções da legitimidade. Na medida em que essa diversidade seja admitida na defesa da concorrência, então o sacrifício da cooperação pode não ser justa.

O presente artigo apresenta casos solucionados no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência envolvendo cooperativas de anesthesiologistas com as quais estes médicos especializados lograram obter domínio de mercados locais marcados pela inelasticidade e tendentes à formação de oligopsônios. Para isso, adota uma atitude filosófica que não pretende superar a dialética entre cooperação e rivalidade, mas o seu enfraquecimento como determinação dos comportamentos certos, eis que umedecido na própria ambiguidade que diz mais dos ajustamentos do que de certezas.

2. Os casos

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem lidando frequentemente com o comportamento cooperativo entre médicos na defesa profissional em mercados locais verificados em todo o território nacional. O Relatório de gestão

4. *“As coisas que geralmente consideramos que são bens humanos devem revelar-se como os objetivos e as atividades que têm um lugar de destaque nos planos racionais(...). Em uma sociedade bem organizada, um senso efetivo da justiça faz parte do bem dos indivíduos.”* (RAWLS, 2002:474; 573).

e correição da Procuradoria-Geral do CADE no biênio 2006/2007 dá conta de que quase três quartos dos processos administrativos punitivos julgados no CADE referiam-se, de um modo ou de outro, a cooperativas médicas (CUEVA, 2008:73). Há dois temas recorrentes nesses processos: a imposição da unimilitância aos médicos cooperados e a uniformização de preços, mais especificamente a adoção da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM, editada pelo Conselho Federal de Medicina (um ente da administração pública na forma de autarquia federal) em conjunto com a Associação Médica Brasileira, entidade de vocação científica e a Federação Nacional dos Médicos, entidade de vocação sindical.

Os casos que envolvem as cooperativas de anesthesiologistas versam sobre o segundo tema. Foi progressivamente assumindo relevância para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na medida em que avolumavam as evidências de que esses especialistas conquistaram poder de mercado através de suas cooperativas, conquanto ocupam uma posição de força particularmente sensível na prestação de um serviço essencial (e portanto tendente à inelasticidade) à população, eis que a eventual ausência de contrato com uma cooperativa de anesthesiologistas dominante num mercado local inviabiliza imediatamente o funcionamento de blocos cirúrgicos, se estes profissionais cooperados tendem a se desinteressar por quaisquer outros meios contratuais para o exercício da respectiva atividade profissional.

Enquanto isso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica quedava oscilante entre duas teses aparentemente opostas, quanto ao comportamento dos anesthesiologistas organizados em cooperativas dessa especialidade médica. Uma tese enxerga na repressão ao comportamento dos anesthesiologistas uma incoerência entre a aplicação antitruste e o próprio objetivo da política de defesa da concorrência, que pode ser entendido como o de mitigar assimetrias de poder na negociação entre os agentes (ALMEIDA; AZEVEDO, 2012:189):

Fossem todos os agentes - fornecedores, processadores, distribuidores e consumidores - numerosos e equivalentes em sua capacidade de influenciar os mercados, não haveria motivos para o controle do poder de mercado. Porém, raramente este é o caso. As organizações associativas que têm como propósito primário a coordenação de esforços de negociação - e consequentemente aumento do poder de barganha na compra e venda junto a grandes empresas - são arranjos que permitem equilibrar o poder de negociação entre as partes. Dessa forma, tais

organizações respondem ao mesmo problema que deu origem às instituições de defesa da concorrência, a assimetria de poder, e, como estas, podem resultar em melhorias do bem-estar social. Como consequência, tais formas de cooperação não deveriam ser objeto de condenação prima facie, visto que podem atenuar os efeitos de poder de mercado pré-existente.

A outra tese enfatiza a insegurança em admitir em mercados já marcados pela presença de oligopsônios um comportamento orientado pelo princípio das portas abertas que identifica universalmente as cooperativas. Pois a observância do princípio das portas abertas é percebida pelas autoridades antitruste como comportamento dos anesthesiologistas tendente ao monopólio, uma vez que a cultura de cooperação se dissemina entre eles de modo a não formarem, na prática, sociedades rivais entre si (CUEVA, 2008:82):

Em resposta a questões como essas, a Federal Trade Commission e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos elaboraram diretrizes que permitem identificar uma 'zona de segurança antitruste' para certas modalidades de associações entre médicos. Tal zona de segurança é definida consoante os seguintes critérios: a) imposição ou não de cláusula de exclusividade aos médicos cooperados; b) o compartilhamento de risco financeiros entre os cooperados; c) o poder de mercado da entidade. Não causam preocupações concorrenciais, salvo em casos extraordinários as associações de médicos que compartilhem riscos financeiros e, alternativamente, detenham 20% de participação no mercado relevante geográfico, sem impor exclusividade a seus membros, ou detenham 30% de participação no mercado relevante geográfico, mas não imponham exclusividade a seus associados.

(...) Acordos que não se enquadrem na zona de segurança, desde que não sejam entendidos como ilícitos per se, são submetidos a uma análise estrutural segundo a regra da razão. Nessa análise a avaliação das eficiências leva em conta, mais uma vez, a partilha ou não dos riscos financeiros decorrentes do acordo de concorrentes. Compartilhar riscos significativos é entendido como forte indício de que o acordo tende a gerar eficiências.

O debate no interior do Conselho Administrativo de Defesa Econômica com relação às cooperativas de anesthesiologistas então sofreu o impacto do confronto franco entre este órgão, também uma autarquia federal, e o Conselho Federal de Medicina. O objeto da controvérsia foram as formas de edição e aplicação da

Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM (NETTO; DA SILVA; LEANDRO, 2012:210-211):

Embora a complexidade do problema esteja patente pelo volume de investigações e condenações já concluídas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, as autoridades brasileiras não foram capazes de orientar os profissionais e as entidades de classe quanto às condutas permitidas e vedadas à luz da legislação de defesa da concorrência.

A segunda [reflexão] é que, num cenário em que a elaboração de tabelas de preços mínimos configura, em regra, violação à concorrência, a sobrevida da tabela CBHPM depende fundamentalmente de ajustes que eliminem suas características potencialmente anticompetitivas, tais quais (i) a supressão das bandas que estabelecem limites inferiores de remuneração (deflator de 20%); (ii) a exclusão dos valores monetários dos portes e das UCO definidos e publicados pela Comissão Nacional de Honorários Médicos. A hierarquização, tão comemorada pela categoria médicas, possivelmente subsistirá lícitamente à fúria antitruste como o principal atributo da CBHPM, já que não tem o condão de uniformizar preços praticados no mercado, uma vez que os portes e as UCO não expressam valores monetários, estabelecendo, apenas, uma ordenação dos procedimentos de acordo com as qualificações médicas necessárias para a sua realização.

A terceira reflexão é quanto à necessidade de as entidades médicas buscarem alternativas mais seguras para a sua atuação. As articulações da categoria, quer sejam de composição, quer de confronto, devem ser feitas com cautela, evitando-se especialmente as paralisações conjuntas, as rescisões coletivas e as deliberações que resultem em punição ou ameaça a médicos que decidirem não participar dos movimentos organizados.

A atenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência voltada às cooperativas de anesthesiologistas no contexto do dissenso com o Conselho Federal de Medicina se deu, porque é do conhecimento do CADE através de seus procedimentos investigatórios levados a cabo por sua Superintendência-Geral que tais sociedades foram pontas de lança na adoção da CBHPM para a formação de preços de modo generalizado em mercados locais por todo o território nacional.

A posição reativa do CADE a essa conjugação da CBHPM e cooperativas médicas na estratégia de defesa profissional dos médicos ficou patente então na

decisão proferida no procedimento administrativo 08012.005101/2004-81, conforme consta do voto da relatora Conselheira Ana Frazão:

Com maior razão, então, não há como admitir a incidência do poder compensatório para justificar a conduta da FEMCOM - Federação Mineira de Cooperativas Médicas (atual Federação Nacional de Cooperativas Médicas - FENCOM) que, de acordo com seu site, reúne 44 cooperativas de especialidades elou de trabalho médico.

Ausente a disparidade na relação entre cooperativas e OPs, é forçoso reconhecer que, ao negociar honorários médicos em nome de suas filiadas, a FENCOM praticou infração à ordem econômica.

De fato, como ficou amplamente demonstrado quando da análise do conjunto probatório, a FENCOM era uma das entidades que integrava a Comissão Estadual de Honorários Médicos, não apenas negociando coletivamente o valor dos honorários, mas também participando da imposição da CBHPM e da coordenação de movimentos de boicote.

No processo administrativo 08012.001790/2004-55, julgado na 53ª sessão, aliás, a participação de cooperativas de especialidades nos movimentos de implantação da CBHPM e nos credenciamentos foi um dos critérios levados em consideração para concluir que a conduta dos representados havia extrapolado os limites do poder compensatório. Na ocasião, destaquei que o papel assumido por essas cooperativas na implantação da CBHPM, por orientação da própria Comissão Estadual de Honorários Médicos agravava a conduta dos representados, justamente por não haver qualquer assimetria que justificasse a intermediação do conselho profissional e das demais entidades médicas representadas na negociação dos valores cobrados por essas cooperativas.

Tendo alinhados os conselheiros no sentido de inadmitir a coexistência de ações táticas coordenadas entre entidades de representação da categoria médica para a aplicação da CBHPM em mercados onde já operam cooperativas de especialidades médicas, considerando o avançado estágio de congregação dos anesthesiologistas nos quadros de suas cooperativas, em 2014, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica opinou aos conselheiros não somente pela aplicação de multas, mas pela adoção de medidas estruturais, como por exemplo, foi o caso no procedimento administrativo 08012.004420/2004-70:

Considerando-se o histórico de análise sobre a constituição e o funcionamento das cooperativas médicas, as atuais e constantes denúncias de abuso de posição dominante por essas entidades, bem como os efeitos negativos decorrentes das práticas das cooperativas médicas de anestesiologia, se faz necessário reavaliar o nível atual de enforcement contra as cooperativas que continuam a praticar condutas anticompetitivas, apesar das diversas condenações do CADE. As condenações impostas até recentemente pelo Tribunal se limitavam, basicamente, na aplicação de multas às cooperativas e na obrigação de informar aos seus cooperados e à sociedade da pena imposta. Apesar dessas condenações, observa-se que continuam a chegar ao CADE, de forma contínua, diversas denúncias de práticas anticompetitivas envolvendo cooperativas de diversas áreas médicas. Portanto, torna-se imperiosa a adoção de outras medidas punitivas de forma a impedir que as condutas relatadas ao longo da nota não sejam reiteradas pelos agentes do mercado. Neste sentido, em vista da gravidade das condutas ora praticadas e da ineficácia de sanções meramente pecuniárias, recomenda-se ao Tribunal do CADE que, em eventualmente entendendo pela condenação da Representada [uma cooperativa de anestesiólogos], considere a possibilidade de aplicar outras sanções, com vistas a obstar de forma mais perene e efetiva práticas anticompetitivas tais como aqui relatadas. Eventuais sanções adicionais podem, inclusive, a depender das necessidades do caso, incluir a cisão da cooperativa condenada, além de outras medidas possíveis.

3. O comportamento dos anestesiólogos

Da Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE nº 55/2014 que instaurou o procedimento administrativo 08700.001830/2014-82, se extrai a seguinte anotação do comportamento dos anestesiólogos:

“O ponto fulcral da prática ora investigada versa sobre as supostas condutas da Febracan - Federação Brasileira de Cooperativas de Anestesiólogos e da SBA - Sociedade Brasileira de Anestesiologia, relativa à coordenação, em âmbito nacional, de um complexo esquema de acordos de não agressão entre grandes cooperativas estaduais e locais de anestesiólogos, bem como outras medidas incentivadoras e formadoras de conduta uniforme entre cooperativas, no sentido de diminuir a concorrência no mercado. Tal esquema teria como objeto e efeito uma cartelização, em âmbitos locais, estaduais e nacional, dos serviços médicos de anestesiologia, na forma de fixação de preços, divisão de mercados e outros”.

As práticas anticompetitivas denunciadas:

- Buscar o monopólio os serviços de anesthesiologia em mercados relevantes, cooptando parcela significativa dos médicos da localidade;
- Cooptar, inclusive, pessoas jurídicas e outras cooperativas e dificultar a formação de cooperativas independentes;
- Firmar acordos de não agressão de caráter impositivo com outras cooperativas, evitando a concorrência de cooperativas de outros estados e dificultando a contratação de anesthesiologistas individualmente pelas operadoras de planos de saúde;
- Inviabilizar a concorrência na prestação de serviços médicos ao SUS, garantindo a inexistência de licitações em razão da monopolização do mercado e dificultando a contratação de serviços de anesthesiologia por meio de concursos públicos;
- Promover ameaças de descredenciamento em massa de planos de saúde e do serviço público de saúde, bem como paralisações, de forma abusiva, a fim de barganhar por honorários mais altos;
- Tabelar preços, inclusive para os serviços médicos prestados por fora da cooperativa, impedindo a concorrência efetiva entre a cooperativa e os médicos individualmente considerados.

Nem é necessária muita imaginação para aquilatar a indignação que tais imputações provocaram entre os anesthesiologistas que delas tomaram conhecimento. Nos autos do procedimento administrativo instaurado no CADE, a entidade cooperativa representada, intimada a se manifestar, também apresentou sua leitura do comportamento cooperativo dos anesthesiologistas.

A cultura de cooperação há muito foi consolidada entre os médicos brasileiros. Iniciou-se na academia de medicina. Como a reprodução da literatura médica tem custos particularmente altos, as primeiras cooperativas organizadas na área da saúde há mais de 50 anos atrás tiveram por objeto a atividade editorial. Inspirado nessas iniciativas pioneiras entre estudantes e professores, um grupo de médicos santistas perseguidos no serviço público por motivos ideológicos durante o regime militar logrou uma experiência cooperativa como operadora de plano de saúde. Essa experiência foi tão bem recebida pela comunidade médica que envolve hoje centenas de cooperativas, milhares de médicos e milhões de usuários no mercado da saúde suplementar: o sistema Unimed.

A experiência da cooperação entre médicos expandiu-se para além dos estritos limites de sua atividade profissional. A iniciativa de constituição de cooperativas de crédito mútuo entre médicos se multiplicou. Hoje, ao lado do sistema Unimed, os médicos se orgulham de seu sistema de crédito cooperativo: as Unimed.

As cooperativas de anesthesiologistas são um fenômeno distinguível entre as cooperativas médicas operadoras de planos de saúde. Poder-se-á identificar a cooperativa dessa especialidade médica, quando sua atuação societária fundamentalmente volta-se para a contratação de procedimentos médicos inscritos na CBHPM (Classificação Brasileira Hierarquizada por Procedimento Médico) no mercado da saúde suplementar (não se constituindo para a operação de planos de saúde, nem forma sistema ou grupo econômico com qualquer das operadoras, pois com elas estabelece sempre uma relação de mercado, isto é, estabelece com elas uma oposição de interesses econômicos) e/ou o Sistema Único de Saúde (serviços públicos), para o atendimento de seus respectivos usuários.

As cooperativas de anesthesiologistas portam um significado singular, porque de todas as especialidades médicas é a anesthesiologia a única hoje que conta com um sistema integrado de cooperativas (FEBRACAN), com capilaridade nacional e forte participação na economia da saúde. Existem cooperativas de outras especialidades médicas. Mas ou elas são “solteiras” ou estão agregadas em Federações genéricas (agregam especialidades médicas indistintamente), como é o caso da Federação Nacional de Cooperativas Médicas (FENCOM) e a Federação Brasileira de Cooperativas Médicas (FEBRACEM).

A primeira cooperativa de anesthesiologistas foi fundada há quase 50 anos em Goiás. Da experiência precursora e o vulto dos ideais do seu fundador e presidente, o saudoso Dr. Regis Manata, que foram ecoando nos Congressos de Anesthesiologia e na Sociedade Brasileira de Anesthesiologia, outras cooperativas foram constituídas em diferentes pontos do Brasil. Em 1988, já eram vinte as cooperativas constituídas e foi fundada a Federação Brasileira das Cooperativas de Anesthesiologistas. Atualmente, a Febracan congrega 23 cooperativas. Ainda há outras cooperativas de anesthesiologistas não filiadas, anesthesiologistas que integram quadros de cooperativas que congregam outras especialidades e sociedades por quotas de responsabilidades limitada. Frequentemente, os vínculos são simultâneos. Estima-se que as cooperativas de anesthesiologistas contratam cerca de 35% de todos os procedimentos de anesthesiologia realizados no país. Mas em mercados locais, existem situações em que as cooperativas contratam mais de 80% dos procedimentos e praticamente todas as cirurgias cobertas pelo SUS têm a participação de algum anesthesiologista cooperado. Em termos financeiros, as cooperativas filiadas à Febracan movimentam mais de R\$ 500 milhões em honorários médicos por ano.

Mais do que qualquer outra especialidade médica, os anesthesiologistas aprofundaram a sua experiência de cooperação. Entre os anesthesiologistas, há fertili-

dade singular para essa experiência da cooperação como comunidade organizada na ordem econômica. Mais do que outros médicos, os anesthesiologistas tendem a atuar agrupados. Isso acontece por uma particularidade dessa especialidade médica. Enquanto o estado de suspensão da consciência é excepcional para a medicina em geral, este é o quadro padrão para o anesthesiologista, que atua na indução, manutenção e recuperação dos pacientes em estado de inconsciência reversível, imobilidade, analgesia e bloqueio dos reflexos autonômicos obtidos pela administração de fármacos específicos.

São anesthesiologistas os médicos que buscam e portanto melhor habilitação possuem para reverter quadros de paralização das atividades vitais, isto é, de certo modo, quadros de *quase-morte ou morte virtual, próxima, iminente*. Diante desse desafio radical que é o objeto de sua própria especialidade, os anesthesiologistas se solidarizam entre si, quando a recusa à cooperação é o que exigirá severos questionamentos deontológicos e jurídicos.

Portanto, essa cultura singular da cooperação entre anesthesiologistas nasce do impulso imperioso ao socorro mútuo nos centros cirúrgicos, quando pacientes surpreendem com falências cardio-respiratórias ou com incidentes que exigem a imediata indução ao coma profundo como tática de sobrevivência. Numa situação crítica, muitos braços são necessários na simultaneidade de procedimentos que o quadro clínico exige.

Numa situação limite, os anesthesiologistas, via de regra, preferem que outros anesthesiologistas venham em seu socorro. Pois os anesthesiologistas sabem, pela especialização e prática adquiridas, exatamente o que precisam fazer assim que entram no campo cirúrgico e, diferente do que recorrentemente acontece com colegas de outras especialidades (obstetras, cirurgiões plásticos, oftalmologistas, otorrinolaringologistas etc) ou enfermeiros ou instrumentadores, anesthesiologistas não se desesperam antes da hora fatal, mesmo quando o quadro clínico insiste na “perda” do paciente para a morte.

Essa é a matriz da experiência da cooperação, não somente na ordem econômica, mas também no âmbito associativo-científico: a coesão massiva dos anesthesiologistas em torno da Sociedade Brasileira de Anestesiologia é notável, quando comparada a outras especialidades médicas organizadas no Brasil.

Como compreender a experiência de cooperação deontológica entre anesthesiologistas no seu transbordamento para a ordem econômica?

O mercado de serviços médicos tem por característica a tensão entre a intensidade aparentemente inesgotável do capital tecnológico na medicina aliada ao

custo progressivo da química farmacêutica e a limitada capacidade da população em absorver os impactos econômicos desse processo. No mundo, através das cooperativas, os médicos, por cooperarem entre si, se dão um poder compensatório num mercado que se mostra imperfeito pelo domínio de oligopsônios; imperfeição dramática pela singular valoração da saúde e pela inelasticidade de sua demanda essencial e urgente.

As cooperativas de especialidades médicas são constituídas para que se possa preservar a dimensão humana e defender a sua dignidade nesse mercado imperfeito, que tem sua face não somente no paciente, mas também no profissional que o atende. Portanto, são as cooperativas existentes para se encontrar uma solução adequada para um paradoxo nas sociedades de economia de escala e consumo de massa: na medida em que o domínio científico aumenta cada vez mais o poder humano sobre a morte, as doenças, a dor, os transtornos e os traumas, a preservação do elemento humano na economia da saúde fica cada vez menos viável, se objetivada no mesmo nível das expectativas criadas.

Nesta dimensão, o fenômeno das cooperativas de especialidades médicas vai encontrar um paralelo histórico na organização das cooperativas de produtores rurais, no início do séc. XX. Aliás, naquele momento é que se deu a primeira percepção do poder compensatório como desejável num mercado, quando ele foi cada vez mais marcado pela concentração da indústria alimentícia e onde se consolidou uma situação de oligopsônio, que se tornou dramática ao combinar com a inelasticidade da demanda por bens alimentícios.

No Brasil, o contexto de imperfeição do mercado da saúde assume contornos ainda mais dramáticos para os médicos, diante da crônica e aparentemente insólvel deficiência orçamentária para a saúde pública.

No início da década de 90, duas situações se somaram e afastaram os médicos do serviço público: o achatamento dos salários dos médicos concursados detentores de empregos públicos e a piora das condições de trabalho nos hospitais. As Cooperativas de anestesiológicos foram contratadas como complementares ao serviço público. Essa foi a alternativa encontrada para a recomposição da remuneração digna do médico.

Porém, o grande aumento da demanda, que passou de complementar para, na prática, ser fundamental pela necessidade de preenchimento da escala de plantões, levou a um aumento muito grande da responsabilidade das cooperativas de anestesiológicos junto ao Serviço Único de Saúde.

Apesar da melhoria da remuneração, os médicos cooperados continuam trabalhando em hospitais públicos sucateados e são submetidos a grandes atrasos no pagamento dos seus honorários pelas Secretarias de Saúde Municipais e Estaduais.

Ao assumirem plantões na rede pública, as Cooperativas de Anesthesiologistas viraram alvo do Ministério Público, que tenta, através de ações civis públicas, coagir aos médicos a se conformarem com o status de meros funcionários ou empregados e, em alguns casos, dissolver as cooperativas.

É preciso lembrar que os poderes públicos, ao oferecerem, seja por via do concurso público, seja pela remuneração por procedimento no Sistema Único de Saúde, remunerações cômodas para a conveniência financeira dos entes públicos e condições inadequadas de atendimento à população usuária, contribui para os efeitos mais perversos do oligopsônio, pressionando ainda mais para baixo o valor do serviço médico na saúde suplementar, eis que se apresenta como uma oferta em larga escala de trabalho ainda mais desvantajoso para o médico.

Na saúde suplementar, é cediça a agregação de valor promovida pelas cooperativas de anesthesiologistas ao oferecer aos seus cooperados uma estrutura profissionalizada em processos para tratar das glosas realizadas pelas operadoras e seguradoras, que recorrem a esse expediente para melhorar o seu fluxo de caixa, ainda que isso seja eticamente questionável e se configure como um abuso banalizado face aos médicos que integram a rede credenciada de cada uma delas.

Outra agregação de valor menos conhecida, mas muito importante: o desestímulo ao que a literatura da economia da saúde chama de *demand induzida* - ação oportunista bastante difundida em especialidades médicas numa escala inversa ao cultivo da cultura da cooperação na defesa profissional. Aliás, devido às características próprias da anesthesiologia (ninguém procura um anesthesiologista para se tratar, exceto nas clínicas especializadas em dor), a demanda induzida não é uma opção para o anesthesiologista por impossibilidade de se criar essa oportunidade na solução de seus problemas de baixa remuneração. Resta então a cooperação para a defesa profissional, onde o oportunismo não pode prosperar. Diga-se de passagem: a demanda induzida é evidência de que a concorrência entre médicos pode ser nociva aos interesses dos usuários dos serviços de saúde, seja pelo aumento da sinistralidade a ser suportada nas contas das operadoras e seguradoras, seja pelo tempo e esforço despendido em procedimentos desnecessários.

Mas, o que é demanda induzida?

O plano de saúde existe para reduzir a incerteza dos segurados quanto ao risco de adoecer. Isso significa que a operadora concorda em cobrir as despesas médicas

do segurado, desde que este se comprometa a pagar o preço do contrato de seguro. Contudo, o plano de saúde funciona como um bem coletivo para a carteira de segurados, de modo que a operadora precisa transferir a renda dos indivíduos saudáveis para cobrir as despesas dos maiores utilizadores.

Porém, as informações acerca das relações que compõem o mercado da saúde são escassas e desigualmente distribuídas, abrindo margem para a ação oportunista. Por assimetria de informação, a dependência do grupo de segurados para com o médico abre essa possibilidade. No limite, essa tendência à demanda induzida pode levar as operadoras de planos de saúde, em especial aquelas com rede saturada de médicos, a se tornarem insustentáveis pelo aumento da sinistralidade, cujo índice é calculado pela divisão dos eventos indenizáveis líquidos por contra-prestações efetivas. No Brasil, considerando que a sinistralidade recomendada pela Agência Nacional de Saúde gira em torno dos 75%, a média tem batido a casa dos 80%, conforme se verifica nos relatórios setoriais divulgados pela própria Agência.

Que a oferta de serviços médicos determina a sua demanda, isso é conhecido da economia desde a década de 60. Ou seja, uma nova oferta de serviço médico tem capacidade de gerar sua própria demanda, mesmo em mercados saturados.

Desde a década de 90, já existem modelos econômicos que demonstram como variáveis de custos de transação capturam a maioria dos comportamentos médicos relacionados à renda do trabalho e suas decisões para maximizar a utilidade para si de seus procedimentos em detrimento dos demais agentes no mercado: operadoras, seguradoras e usuários. Segundo o modelo, três mecanismos influenciam no volume de renda do médico: *acionamento*, *esforço* e *persuasão*. O *acionamento* é definido pela quantidade máxima de horas de trabalho que pode ser ofertada pelo médico. O *esforço* corresponde ao atendimento médico mais caro, através da solicitação de exames e procedimentos complementares que previnem erros de diagnóstico ou de tratamento. Por fim, a *persuasão* é incutir a esperança de ausência ou minoração de sofrimento por adoção de procedimentos mais caros.

Dependendo dos incentivos concorrenciais a que está condicionado, o médico pode alterar seu comportamento, passando a manipular as ações do paciente. Isto é, pode compensar a queda de renda por conta do aumento do número de médicos disponíveis em proporção ao número total de usuários, com um aumento da demanda imediata por seus serviços mais rentáveis, ainda que tal aumento não represente a utilização dos recursos financeiros da forma mais eficiente por parte da operadora ou seguradora. Isso é potencializado, eis que o paciente arca apenas

com parte de seus gastos decorrentes da demanda induzida. Afinal, o estoque de ativos pela operadora é da essência do oligopsonio formado com a gestão de riscos no mercado da saúde.

Outrossim, há a *comoditização* do serviço médico promovida pela remuneração padronizada com base na quantidade de procedimentos realizados, independentemente dos resultados obtidos com eles em termos de ganhos de eficiência. A comoditização é um fator determinante para a indução de demanda neste quadro de imperfeição do mercado promovida paradoxalmente pelo estímulo imponderado da concorrência entre médicos no mercado da saúde.

Nesta perspectiva, a permissividade ao uso do poder compensatório mediante a organização econômica da comunidade médica numa negociação coletiva com as operadoras pode minorar o efeito deletério da concorrência sobre a renda dos médicos, ao tempo que pode estimular inibições deontológicas à indução de demanda por parte de indivíduos oportunistas. Isso pode ser feito por meio de pactos de metas na utilização eficiente de recursos financeiros. Isto é, condicionar ganhos de remuneração aos médicos à queda dos índices de sinistralidade.

No Sistema Único de Saúde, a agregação de valor para o seu usuário final existe por permitir que o agrupamento dos profissionais se dê por afinidade, e não por simples contingência de uma lotação no serviço público por critério exclusivo da conveniência da administração pública. É sabido que médicos cobrem uns aos outros em plantões, dadas as necessidades ou conveniências em se ausentarem da escala que foi programada, ou em procedimentos eletivos. A contratação das cooperativas viabiliza que a alocação de anesthesiologistas em plantões e em procedimentos eletivos se dê seguindo a lógica de agrupamento solidário. Com isso, a comunidade médica organizada em cooperativa se responsabiliza pelo conjunto das escalas e seu suprimento, minimizando potencialmente o crônico problema da falta de médicos aos plantões no serviço público, estimulados pela estabilidade do funcionalismo público e a burocracia processual na apuração de responsabilidades deontológicas no interior da administração pública.

E a afinidade torna mais eficiente a retaguarda de cada anesthesiologista em caso de uma situação de emergência durante uma intervenção cirúrgica. Serão seus pares mais afins ao seu convívio que acorrerão em socorro. O ganho de eficiência aí é aquele que pode significar a diferença entre vida e sobrevivida.

Os grupos por afinidade existentes no corpo das cooperativas de anesthesiologistas minoram significativamente o deletério efeito da comoditização do serviço médico, seja pela remuneração de procedimentos, seja pela fixação do valor dos

plantões, independentemente dos horários e dias mais ou menos preferidos entre a comunidade médica. Isso porque a afinidade tende a criar lógicas singulares na distribuição das remunerações, autônomas em relação às cláusulas contratuais firmadas pela cooperativa. Ou seja, os grupos formam um caixa único para o seu conjunto de remunerações repassadas pela cooperativa. E eles então redistribuem o bolo conforme pactuam. Não é incomum então anestesiológicos mais experientes terem um ganho que não está diretamente relacionado ao número de procedimentos que realizam ou ao volume de plantões a que são escalados, mas pela retaguarda e aconselhamento que dão aos anestesiológicos mais jovens. De certo modo, as cooperativas de anestesiológicos perpetuam um relacionamento profissional amoroso, quase sacerdotal, que nasce nas residências médicas.

Portanto, as cooperativas de anestesiológicos viabilizam economicamente o agrupamento de anestesiológicos por afinidade em mitigação dos efeitos deletérios da remuneração médica tal como é hoje padronizada por procedimentos. Seja a comoditização causada pelo tabelamento do SUS, seja pelo fetiche que a Agência Nacional da Saúde Suplementar cultivou até hoje ao rol de procedimentos como eixo de sua regulação para o setor.

A cooperação entre sócios objetiva fundamentalmente a defesa econômica da atividade profissional face à imperfeição do mercado de prestação de serviços médicos e freqüentemente as cooperativas possuem algum elo com as Associações Médicas, pois entre elas vai se configurar naturalmente uma complementaridade: estas atuam na promoção não econômica da profissão (científica, ética, social), enquanto aquelas operam no campo econômico.

4. A solução dos casos

Em que pese o sentimento de injustiça com que muitos anestesiológicos se ressentiram ante a alegada autoria de cartéis ao tornarem suas cooperativas bem sucedidas, não se furtaram a compreender o temor que motiva os agentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência diante do fato dessas cooperativas terem ultrapassado a zona de segurança concorrencial.

Ainda em 2009, a FEBRACAN promoveu um primeiro encontro entre agentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dirigentes das cooperativas filiadas para um reconhecimento mútuo. Depois desse encontro, a assembléia geral da FEBRACAN aprovou a sua Carta de Identidade das Cooperativas de Especialidades Médicas em que estabeleceu diretrizes para a conduta das filiadas

em observância à legislação antitruste vigente no Brasil. Desde então, as cooperativas passaram a moderar suas posições de força durante as negociações e crises de relacionamento com seus contratantes. Em 2012, a Superintendência-Geral do CADE retomou a investigação do comportamento dos anesthesiologistas organizados em cooperativas. Então, a FEBRACAN apresentou sua primeira proposta conciliatória ao CADE. A proposta estava baseada nas diretrizes constantes na sua Carta de Identidade. Sucederam-se outros encontros entre dirigentes das cooperativas filiadas e agentes do CADE e mais 3 propostas de conciliação foram redigidas até que finalmente a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE anunciou em 2014 que as bases de entendimento haviam sido encontradas.

Enquanto isso, se deterioravam as relações institucionais entre as entidades médicas e o CADE a respeito da edição e aplicação da CBHPM, redundando no pedido de condenações estruturais pela superintendência-geral do CADE em face a 6 cooperativas filiadas da FEBRACAN, bem como a instauração de um procedimento administrativo contra ela e a Sociedade Brasileira de Anesthesiologistas.

Num contexto marcado pela disseminação de conflitos envolvendo médicos e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi dada a notícia de que 6 termos de compromisso e 2 acordos judiciais foram celebrados entre 7 cooperativas de anesthesiologistas e o CADE no dia 10/12/2014. Nestes acordos, fica claro que as cooperativas fora da zona de segurança concorrencial deverão observar regras de conduta, sem as quais serão forçadas a reduzir sua atividade operacional nos mercados em que atuam até os limites impostos pelo CADE. Assim sendo, o CADE reconhece que as cooperativas de anesthesiologistas são legítimas, mesmo quando atuam em domínio de mercado. Por outro lado, as cooperativas reconhecem que a zona de segurança concorrencial pode se tornar uma variável objetiva de impossibilidade técnica de prestação de serviço aos seus cooperados como uma ponderação republicana entre os princípios das portas abertas e da preocupação com a comunidade que regem a identidade universal das cooperativas.

Pelos acordos, as cooperativas abstêm-se de:

- Obrigar, por qualquer maneira, anesthesiologistas a integrarem ou a permanecerem nos seus quadros;
- Constranger, por qualquer forma, anesthesiologistas a exonerar-se do serviço público ou coordenar boicotes a concursos públicos, paralisações na prestação de serviços de anesthesiologia no âmbito do Sistema Único de Saúde (“SUS”) ou serviço de atendimento médico de caráter público;

Constranger, de qualquer modo, anesthesiologistas que pretendam relacionar-

se de forma individualizada junto a operadoras e seguradoras da saúde suplementar;

- Instaurar procedimentos administrativos disciplinares e/ou sindicâncias ou quaisquer outros expedientes cujo objetivo seja punir ou retaliar os anestesiológicos que resolvam pactuar livremente honorários médicos;
- Criar quaisquer óbices à atuação de anestesiológicos fora do seu domicílio, incluindo aqueles que não fazem parte das suas estruturas associativas. Tal medida impede também que sejam solicitadas à Federação Brasileira das Cooperativas dos Anestesiológicos (FEBRACAN) ou à Sociedade Brasileira de Anestesiologia (SBA) medidas limitadoras da atuação profissional;
- Impedir, de qualquer modo, a formação de qualquer outra cooperativa ou sociedade simples por anestesiológicos dentro de sua área de atuação.

As cooperativas também se comprometem a retirar (ou a comprovar a inexistência) de seus respectivos estatutos sociais qualquer cláusula que imponha os valores de remuneração da tabela CBHPM ao seu sócio. Deverão expor em seus contratos ou em anexos todos os procedimentos e seus respectivos preços pactuados sem remissão a tabelas de valores monetários elaboradas por terceiros.

As cooperativas signatárias e o CADE emitiram um comunicado conjunto que, mais do que noticiar os acordos, faz notável que não se trata simplesmente da aplicação da regra de razão para a solução encontrada, mas também de uma amadurecida compreensão mútua entre anestesiológicos e agentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na qual há pertinência das ideias de percepção e comportamento propostas por Merleau-Ponty:

Cade preza pela dignidade profissional no exercício da medicina sem infração à concorrência

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) firmou com as cooperativas de anestesiológicos Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) e Termo de Acordo Judicial (“TAJ”), por meio dos quais as cooperativas do setor de anestesiologia se comprometeram a observar as preocupações do CADE no setor, sem comprometer a defesa da dignidade no exercício da medicina.

Nesse sentido, entre outras obrigações, as cooperativas de anestesiológicos se abstêm de todas as práticas que impliquem a imposição de preços ou ações coordenadas aos seus cooperados. As signatárias também se comprometeram a expor em seus contratos todos os procedimentos e seus respectivos preços pactuados sem remissão a tabelas de valores monetários elaborados por terceiros.

A celebração do TCC e do TAJ não implica reconhecimento de práticas imputadas pelo CADE e não tem o significado de condenação.

As cooperativas de anesthesiologistas aderentes ao TCC e ao TAJ e o CADE entendem que este acordo põe termo, de forma satisfatória, a processos administrativos e judiciais que se arrastam há anos.

O TCC e o TAJ foram assinados pelas partes e aprovados pelo CADE em 10 de dezembro de 2014 e a íntegra do documento está disponível para consulta no endereço eletrônico www.cade.gov.br.

5. Conclusão

A cooperação pode ensejar comportamentos de fidelidade societária ou exclusividade de áreas de ação ou de admissão de cooperados como algo que se possa chamar de *cooperative share*. Porém, não se trata necessariamente de cooperação uma comunhão de vontades que se estabeleça aí. Ao contrário, pode vir a ser indício de grave infração à ordem econômica.

Se é verdade que a cooperação é um valor suportado pela ordem econômica, a concorrência e a liberdade de iniciativa também são. Neste sentido, nem toda aliança entre cooperados e cooperativas, ou entre elas, será lícita. Como desvalor, se faz a colusão e emerge a prática concertada, que se refere a alguma forma de coordenação entre entes na ordem econômica que, mesmo sem ter sido levada ao ponto da realização de um acordo propriamente dito, inibe a rivalidade entre eles.

Uma das chaves para se chegar aos acordos celebrados entre cooperativas de anesthesiologistas e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 10/12/2014 num contexto de generalização de conflitos entre entidades médicas e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi a suspensão provisória da regra da razão a partir de uma preocupação em comum entre os respectivos interlocutores: as discussões acerca das regras concorrenciais vigentes não deveriam causar turbulência para os anesthesiologistas que estavam proporcionando a todo momento sobrevida nos blocos cirúrgicos. Enfim, tratava-se não somente de uma questão de racionalidades e observações, mas também de sensibilidades acerca dos diversos sentidos para os objetos da interlocução. Nos esforços para se alcançar os acordos, houve um trânsito livre entre os reinos ontológicos dos fatos, valores e lógicas sem o qual a solução não teria sido encontrada, pelo menos, ao tempo em que isso aconteceu.

A coexistência da cooperação e concorrência na ordem econômica significa pluralidade e vitalidade suportadas. Mas, para que não haja conflitos na ponderação de ambas, é preciso perceber a presença do desvalor colusão a que se correlacionam a cooperação e a concorrência. Nos casos envolvendo os anesthesiologistas e os agentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, essa percepção foi possível a partir de uma receptividade qualificada para com o usuário dos serviços de saúde prestados em blocos cirúrgicos; este usuário é totalmente outro na relação societária entre médicos. As interlocuções institucionais entre a FEBRACAN e o CADE sempre estiveram assombradas (LÉVINAS, 2002:119-121):

Pergunto-me se, às vezes, não se justifica assim: tornar possível uma responsabilidade des-interessada por outrem exclui a reciprocidade; mas o outro ficaria sem dedicação ao seu outro? É mister um terceiro. Seja como for, na relação com outrem, sempre estou em relação com o terceiro. Mas, ele é também meu próximo. A partir deste momento, a proximidade torna-se problemática: é preciso comparar, pesar, pensar, é preciso fazer justiça, fonte da teoria - da filosofia e da fenomenologia - isto é, explicitar o aparecer se faz, a meu ver, a partir do terceiro.

(....)

Se só houvesse o outro diante de mim, diria até o fim: devo-lhe tudo. Sou para ele. E isto vale inclusive para o mal que me faz: não sou semelhante, estou par sempre sujeito a ele. Minha resistência começa quando o mal que me faz é feito contra um terceiro que também é meu próximo. É o terceiro que é a fonte da justiça e, por aí, da repressão justificada; é a violência sofrida pelo terceiro que justifica que se pare com violência a violência do outro.

A pertinência da ética à partir do totalmente outro (um terceiro espectral) para o comportamento cooperativo foi evidenciado pelo Papa Francisco em seu discurso de 28 de fevereiro de 2015 aos representantes da Confederação Cooperativa Italiana:

Não digo que não se deve crescer no rendimento, mas isso não é suficiente: é necessário que a empresa gerida pela cooperativa cresça deveras de modo cooperativo, ou seja, envolvendo todos. Um mais um é igual a três! Esta é a lógica.

Sob a perspectiva do discurso institucional positivado na Declaração sobre a Identidade Cooperativa publicada pela Aliança Cooperativa Internacional em 1995, *“as cooperativas se baseiam nos valores da ajuda mútua, responsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade. Seguindo a tradição de seus fundadores, seus membros creem nos valores éticos de honestidade, transparência, responsabilidade social e preocupação pelos demais.”* Juan Luis Moreno (2014:20), debruçado sobre o Informe (Analítico) da ACI sobre a Declaração sobre a Identidade Cooperativa, esclareceu que *“com relação a sua ética normativa, a ACI é utilitarista e entende os valores cooperativos como meios para alcançar um valor último, condições ótimas de vida humana”*.

Ocorre que a Declaração sobre a Identidade Cooperativa não explicitara qual é este valor último, que em um discurso utilitarista se evidenciaria se expressas quais seriam essas condições ótimas de vida humana. Em 2013, a ACI então publicou seu Plano de Ação para uma Década Cooperativa, no qual afirma: *“Em 2020, teremos de ser capazes de voltar a olhar para 2012 como representando o ponto de viragem no ideal cooperativo, e o contributo que deu para a segurança, bem estar e felicidade das pessoas.”* No discurso institucional da ACI, portanto, a felicidade se apresenta então como o valor último, o norte polar para o qual se voltam as práticas utilitaristas de otimização das condições de vida humana - a *economia da felicidade* a que se refere o documento da ACI.

Qual sentido de felicidade que pode articular o discurso institucional da ACI e a ética de totalmente outro adotada pelo magistério eclesiástico? O descanso da vontade na consecução (participativa) do que for percebido como bem comum duradouro (sustentável). Pela teoria de Rawls para a Justiça, a definição do bem, na tradição aristotélica, é determinada por um plano racional de vida que uma pessoa escolhe (vontade manifesta) a partir de um grupo superior de planos. Daí, ele define o bem de uma pessoa como a execução bem-sucedida de um plano racional de vida (2002:469). A felicidade então é reconhecida como bem último por ser, como admite, autossuficiente (2002:611-612):

Um plano racional, quando implementado com confiança, torna a escolha de uma vida totalmente válida e não exige mais nada. Quando as circunstâncias são particularmente favoráveis, e a execução especialmente bem-sucedida, nossa felicidade é completa. Na concepção geral que buscamos seguir, não falta nada de essencial, e não existe possibilidade de melhorá-la de forma significativa.

Portanto, essa felicidade escatológica, radicalmente pessoal, não está reduzida à consecução de um bem incognoscível. Ao contrário, recorrendo à tradição aristotélica, os bens humanos mostram-se numa teleologia com a qual as atividades assumem um lugar de destaque nos planos racionais. (RAWLS, 2002:478).

Fica, no entanto, pendente de solução encontrar uma felicidade pessoal que venha a ser completa em comunidade. Se as heteronomias inerentes às diversidades existenciais reconhecíveis nas sociedades contemporâneas colocam em xeque soluções exclusivamente utilitaristas, antes de falar em subjetividades, posto que o sujeito é plural, a chave ética está na alteridade que não se reduz a um imperativo ético, mas que aponta para a possibilidade de pensar a felicidade completa como uma dimensão sabática da existência, horizonte de gratuidade, de encontro de uma relação dialógica entre o “eu” e o “tu” que se enriquecem mutuamente. Tanto quanto o sujeito é plural, outros são o “tu”. É o “tu” totalmente outro quem dirige todo o processo de realização do “eu” pela diversidade de sua vigência. Na presença espectral de um terceiro, “Eu” e “Tu” se constituem reciprocamente num evento ontológico de identidade e diferença.

Daí, a advertência de Martin Heidegger na sua memorável conferência proferida na Universidade de Freiburg em 27.06.1957 sobre o *Princípio da Identidade* (1978:50-51):

A fórmula mais adequada para o princípio da identidade $A \text{ é } A$, não diz apenas: cada A é ele mesmo o mesmo. Em cada identidade reside a relação “com”, portanto, uma mediação, uma ligação, uma síntese: a união numa unidade. Por isso, a identidade aparece, através da história do pensamento ocidental, com o caráter da unidade. Mas, esta unidade não é absolutamente o insípido vazio daquilo que, em si mesmo desprovido de relações, persiste na monótona uniformidade.”

Necessariamente através de linguagens plurais e multiformes que o ser humano vai sendo descoberto no fluxo da existência (LEÃO, 2013:55-56). Tanto quanto o ser humano conduz uma linguagem, as linguagens o lançam na pluralidade de suas relações pessoais, nas quais alguém vai percebendo nuances disso ou daquilo por interagir e assim se revelar para si mesmo a partir da presença dos outros. Este sentido é encontrado no parágrafo vestibular da monumental obra *Em busca do tempo perdido* de Marcel Proust (1990:9), que se mostra relevante para o Direito por sua evidente implicação hermenêutica:

“Adormeço”. (...) não havia cessado de refletir sobre o que acabara de ler, mas essas reflexões tinham assumido uma feição um tanto particular; parecia-me que eu era o assunto de que tratava o livro: uma igreja, um quarteto, a rivalidade entre Francisco I e Carlos V. Essa crença (...) não chocava minha razão, mas pairava-me como um véu sobre os olhos (...). Depois (...) o tema da obra destacava-se de mim, ficando eu livre para adaptar-me ou não a ele (...).”

De modo que a felicidade completa não provém de todo com uma adequação formal de meios à sua realização finalística, senão na realidade do “nós”. Pois as linguagens, moradas do ser, tornam mundo um comum-pertencer: a mesmidade entre pensar e ser. (HEIDEGGER, 1978:53-54).

Retomando o magistério eclesiástico, a partir do fundamento ético por ele proposto à ontologia da cooperação, vem então à tona a pertinência dos textos de Merleau-Ponty para percepção e comportamento de um corpo entendido como campo fenomênico. Um corpo não pode ser inteiramente determinado nem por ser, nem por ter. Só na relação entre “Eu” e “Tu”. Daí as palavras interessantes de Emmanuel Carneiro Leão à propósito da máxima de Martin Buber - *Eu estou em você*⁵ (2013:58):

“Eu me identifico com o meu corpo [societário cooperativo, por exemplo] por diferenciar-me dele e na medida desta diferenciação (...). É a vigência do desconhecido em toda relação em que o homem se descobre inserido em todo encontro e em qualquer desencontro. A diferença da relação Eu-Tu diante da relação Eu-isso está precisamente na presença do mistério. Na relação eu-isso eu me refiro a algo que se acha por completo diante, fora de mim, que eu, como espectador, posso contemplar, posso operar, posso agir sobre. Na relação Eu-Tu eu me encontro referido a um mistério que me penetra, que me empenha todo, que não pode estar fora de mim, pela simples condição ontológica de me encontrar sempre dentro do mistério de ser e realizar-se a todo instante. Só o mistério importa ao ser-homem do homem, por isso sua realização humana nunca pode ser objetiva ou subjetiva, nunca se pode dar, como coisa nem como pessoa ou sujeito. É sempre trans-objetiva, é sempre trans-pessoal, é sempre trans-subjetiva para vir a ser dramática, dialogal ou mesmo trágica”

5. Ich werde am Du.

A lógica a que se referiu o Papa Francisco à propósito das cooperativas não é razão formal, daí seu jogo de palavras. Mas, é razão primordial - uma imagem estritamente metafísica da perfeição, que é um princípio genético de liberdade e poder e, ao mesmo tempo, encarnado num apaixonado, alguém arrebatado por um amor escatológico, que vem a ser ágape:

*“Em contraposição ao amor indeterminado e ainda em fase de procura, este vocábulo exprime a experiência do amor que agora se torna verdadeiramente descoberta do outro, superando assim o caráter egoísta que antes claramente prevalecia. Agora, o amor torna-se cuidado do outro e pelo outro. Já não se busca a si próprio, não busca a imersão no inebriamento da felicidade; procura, ao invés, o bem do amado: torna-se renúncia, está disposto ao sacrifício, antes procura-o”. (BENTO XVI, Carta Encíclica *Deus Caritas Est*, § 6º)*

Pensar em ágape como felicidade completa e fundamento primeiro e fim último do bem comum - “*Conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos como a cada pessoa humana em comunidade alcançar mais plena e facilmente a própria perfeição*” (VATICANO, 2007:35) - é resgatar para o cidadão organizado em cooperativa a nobreza em sua servidão que consubstancia a preocupação com a comunidade como princípio universal de identidade cooperativa. O ágape não é só olhar de desejo por felicidade, é também a escuta de quem nos chama e nos convoca à promessa de amor e nos mantém fiéis a ela. O ágape não endurece, mas põe a cidadania no caminho do diálogo que respeita o totalmente outro, porque antes o acolhe no que há de mais espantoso, estranho e difícil de ser aceito por nossas próprias razões. Algo transcendente aos direitos e obrigações e aos cálculos de utilidade. Então, já não é o Estado, nem a cooperativa os promitentes de uma felicidade pessoal sempre posta adiante; construtores de uma utopia. Uma comunidade organizada em cooperativa sob o Estado soberano já vem a ser esse lugar, ainda que preenhe de esperança por dias melhores.

Referências Bibliográficas

- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Cooperativas médicas e concorrência na jurisprudência do CADE: In KRUEGER, Guilherme (coord). *Cooperativas na ordem econômica constitucional*. T. II. Mandamentos, Belo Horizonte, 2008
- DE ALMEIDA, Sílvia Fagá; DE AZEVEDO, Paulo Furquim: Cooperativas médicas: cartel ou legítima defesa. In KRUEGER, Guilherme; DA ROCHA, Lucila Carvalho Medeiros (coord.) *Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde*. Del Rey, Belo Horizonte, 2012.
- GICO Jr, Ivo Teixeira: *Cartel: Teoria unificada da colusão*. Lex, São Paulo, 2007.
- HEIDEGGER, Martin: *Que é isto - a filosofia; identidade e diferença*. trad. Ernildo Stein. Duas Cidades, São Paulo, 1978.
- JOHNSTON, David: *The idea of a liberal theory: A critique and reconstruction*. Princeton University Press, New Jersey, 1996.
- JUNG, Carl Gustav (org.): *O homem e seus símbolos*. Trad. Maria Lúcia Pinho. Nova Edição, Rio de Janeiro, 2008
- LEÃO, Emmanuel Carneiro: *Filosofia contemporânea*. Daimon, Petrópolis, 2013.
- LÉVINAS, Emmanuel: *De Deus que vem à ideia*. Vozes, Petrópolis, 2002.
- MERLEAU-PONTY, Maurice: *Fenomenologia da percepção*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Martins Fontes, São Paulo, 1994.
- _____: *Estrutura do comportamento*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- MORENO, Juan Luis: “Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional”. CIRIEC. *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 25, 2014. pp.1-22
- NETTO, Ana Maria Melo ; DA SILVA, Alessandra Lopes; LEANDRO, Tainá: CBHPM: A conciliação entre a livre concorrência e a defesa da dignidade médica é possível? In: KRUEGER, Guilherme; DA ROCHA, Lucila Carvalho Medeiros (coord.). *Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde*. Del Rey, Belo Horizonte, 2012.
- PROUST, Marcel: *No caminho de Swann*. 12ª ed. Trad. Mario Quintana. Globo, São Paulo, 1990 (Em busca do tempo perdido: I).
- RAWLS, John: *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimole Esteves. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

VATICANO: *Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no mundo de hoje*. 15ª ed. Paulinas, São Paulo, 2007.

Sites consultados

http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est.html

http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2015/february/documents/papa-francesco_20150228_confcooperative.html

<http://www.aciamericas.coop/Co-operative-Identity-Principles-4484>

http://ica.coop/sites/default/files/media_items/ICA%20Blueprint%20%20Final%20-%20June%202013%20Portuguese.pdf