

O COMPLIANCE COMO TÉCNICA DE ENFORCEMENT DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE – O “CASO FEBRACAN”¹

Eduardo de Avelar Lamy²

Anna Carolina Faraco Lamy³

1 INTRODUÇÃO

Em 2014 o CADE procedeu a investigações em cooperativas e outros órgãos representativos da classe de médicos anesthesiologistas. As investigações apontaram condutas potencialmente lesivas à concorrência, o que ensejou a instauração do processo administrativo nº. 08700.001830/2014-82, em que figurou como ré a Federação Brasileira das Cooperativas de Anestesiologia (Febracan).

O CADE, que frequentemente atua de ofício exercendo controle constante em empresas nacionais e naquelas que negociam com o Brasil, neste caso foi provocado por notícia formulada por operadora de saúde suplementar, que se sentiu lesada pela imposição da tabela CBHPM⁴ nas negociações conduzidas por algumas cooperativas de anesthesiologistas.

Segundo o que foi consignado pelo CADE, as organizações de defesa das prerrogativas médicas teriam excedido os limites do referencial remuneratório a que se propunha a CBHPM, exigindo que ela fosse cumprida peremptoriamente pelos planos, sob pena de não prestarem serviços por meio da saúde suplementar.

¹ A implantação do programa de *compliance* da Febracan foi conduzido pelo escritório dos autores do presente artigo. A Febracan autorizou a divulgação por meio deste artigo científico, não havendo violação dos deveres de sigilo e confidencialidade.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com período de pesquisa no Instituto Max Planck de Direito Comparado em Luxemburgo, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Professor dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), onde ministra a disciplina *Processo e Conformidade*, Presidente da Comissão de Conformidade e *Compliance* da OAB/SC, sócio do escritório Lamy & Faraco Lamy.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sócia do escritório Lamy & Faraco Lamy.

⁴ CBHPM é a sigla que representa Classificação brasileira hierarquizada de procedimentos médicos, e surgiu para que médicos resgatassem prerrogativas da profissão: “*A CBHPM (Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos) teve sua primeira edição em 2003. Surgiu da necessidade dos médicos resgatarem a prerrogativa de recuperar a valorização de seu trabalho no sistema de saúde suplementar (operadoras de planos de saúde). Há anos cada operadora ‘criava’ seus procedimento e códigos, sem qualquer lógica de hierarquização e com um enorme viés, focado principalmente na lógica ‘remunerar menos’. Foi uma luta árdua, mas vitoriosa, graças à união das principais entidades médicas nacionais (SMB, CFM e FENAM), entidades estaduais e das Sociedades de Especialidade*”. Fonte: <<https://sbacvsp.com.br/Procedimentos/Tabela-CBHPM-Geral.pdf>>, acesso em 30.12.2018.

Isso afetaria sobremaneira o consumidor final, que não conseguiria se valer de todo o catálogo de serviços que o plano de saúde deveria oferecer – e imagine não haver a opção de contratar anestesista por plano de saúde.

A gravidade se acentuaria quando o consumidor contratou um determinado plano que contemplava a prestação de serviço anestésico, e os médicos decidem não renovar com o plano pelo não cumprimento da tabela.

O Caso Febracan, que poderia acarretar uma condenação significativa à organização (o que acabou ocorrendo com outros réus do processo administrativo deflagrado pelo CADE, como se verá adiante), teve um final menos oneroso e muito mais eficiente do ponto de vista do estímulo ao cumprimento efetivo das normas de proteção à livre concorrência.

Ao invés de aguardarem o trâmite do processo, e desconsiderando a submissão da controvérsia para revisão pelo Judiciário, a Febracan decidiu propor ao CADE a celebração de um acordo.

Por meio de termo de compromisso de cessação a Febracan se comprometeu a revogar normas que previam punição aos profissionais que não utilizassem a CBHPM peremptoriamente em suas negociações, bem como a implementar programa de *compliance* concorrencial, com o propósito de sensibilizar os cooperados e as filiadas acerca do limite tênue que existe entre influência sobre o mercado e abuso do poder econômico.

Embora o CADE já tivesse à época um Guia aos Programas de *Compliance*, mostrando o interesse indiscutível da instituição nesta ferramenta, o Caso Febracan foi um dos primeiros em que o *compliance* foi previsto como requisito à obtenção dos benefícios decorrentes do TCC.

E os bons resultados dele podem ser confirmados pelo estudo do caso.

2 O CASE FEBRACAN – NOVOS PARADIGMAS À EFETIVIDADE DAS NORMAS

Como mencionado na introdução, a Febracan foi ré em processo administrativo deflagrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao argumento que estaria propagando entre seus cooperados práticas que poderiam afetar os livres e naturais movimentos do mercado.

Provocado por plano de saúde suplementar, o CADE lavrou nota técnica que indicava haver indícios de cometimento de infrações à concorrência, notadamente em razão da potencial lesão direta aos consumidores que tinham optado por plano que continha o serviço de anestesia, posteriormente suprimido pela ausência de bases à renegociação.

Também em razão de operadoras de saúde suplementar se verem privadas de oferecer o serviço em uma opção não particular, porque não teria elementos à negociação e para tentar convencer a classe médica a refluir quanto à irredutibilidade do valor almejado.

O caráter coercitivo, traduzido por boicotes e pela cessação de prestação de serviços em contratos em curso (assim como *greve* em contratos firmados com órgãos públicos), foi considerado pelo CADE como o elemento que apontava para a potencialidade de os atos dos médicos acarretarem lesão à concorrência.

A imposição e a coerção foram consideradas como elementares em identificar a potencialidade lesiva das condutas, de modo que não se tratou de dizer que o simples uso de tabelas como referencial remuneratório seria ilegal.

A imposição da tabela é que tinha o condão de eliminar a concorrência, notadamente em razão do *Market share* que a maioria das cooperativas tinha em seus respectivos mercados.

Em seu relatório, o Conselho sintetizou suas evidências nos seguintes termos:

Cabe lembrar, com base no que restou aqui exposto que, de início, médicos individualmente considerados concorrem entre si; médicos concorrem com as cooperativas médicas que também são competidoras entre si. Sendo assim, o contratante de um serviço médico – seja ele um paciente, um plano de saúde ou o SUS – a princípio possui uma séria de opções entre médicos, clínicas e cooperativas. A existências dessas diferentes opções concorrentes é que garante que o consumidor particular ou de um plano de saúde, ou mesmo do SUS, possa escolher entre vários, e não apenas um prestador, levando em consideração diferentes qualidades, preços ofertados e outros fatores⁵.

Diante da possível condenação administrativa, a Febracan⁶ optou por celebrar termo de compromisso de cessação com o CADE, e um dos requisitos previstos à

⁵ Processo Administrativo nº. 08700.001830/2014-82, colacionado na segunda edição do livro *Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal*.

⁶ “A atenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência voltada às cooperativas de especialidades médicas no contexto do dissenso com o Conselho Federal de Medicina se deu porque é de conhecimento do CADE através de seis procedimentos investigatórios levados à cabo por sua Superintendência-Geral que tais sociedades formam pontas de lança na adoção da CBHPM para a formação de preços em mercados locais de modo generalizado por todo território nacional. A posição reativa do CADE e essa conjugação da CBHPM e cooperativas médicas na estratégia de defesa profissional ficou patente na decisão proferida no procedimento administrativo 0812.005101/2014-81, conforme consta do voto da

obtenção das benesses – como já consignado – foi a implantação de um programa de *compliance* concorrencial.

Não qualquer programa, mas um que efetivamente mudasse as rotinas da organização, eliminando dela aquelas condutas apontadas como potencialmente lesivas à concorrência. Tratava-se, pois, de implantar o que a legislação denomina programa efetivo.

O programa efetivo se distingue do simples programa de fachada porque efetivamente altera as rotinas e os hábitos da organização, não servindo apenas para dar uma aura de conformidade.

O cenário era peculiar, ao passo que a organização não tinha optado livremente pela implantação do programa, que envolvia, inclusive, dispêndio financeiro na contratação de profissionais que pudessem conduzir esse processo internamente.

A implantação de programas de *compliance* depende do trabalho de consultorias especializadas e com experiência na área, que tenham as competências necessárias à criação e consolidação de ferramentas que estabeleçam um ambiente conforme.

Diante da possibilidade de ser condenada, a Federação optou pelo caminho mais seguro, e se submeteu a efetivamente implantar o programa nos termos do almejado pelo CADE; mas jamais por uma escolha sua e de gestão.

Acabou também escolhendo traçar o caminho menos usual evitando o trâmite do processo administrativo, o que ao CADE também acaba sendo mais vantajoso, já que provoca o cumprimento das normas concorrenciais sem a coação decorrente da condenação administrativa, mas pela conscientização escolhida pela própria organização processada.

A Federação escolheu aderir ao acordo e implantar o *compliance* inicialmente para evitar que sofresse a multa prevista às lesões à concorrência desta natureza, de modo que naturalmente encontrou resistência de algumas cooperativas filiadas, que não se

relatora 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 e/ou de trabalho. Ausente a disparidade na relação entre cooperativas e OPs, é forçoso reconhecer que, ao negociar honorários médicos em nome de suas filadas, 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, mas também participando da imposição da CBHPM e da coordenação de movimentos de boicote’. KRUEGER, Guilherme. **Cooperativas e Madalenas: direito cooperativo, direito penal econômico e compliance**. In LAMY, Eduardo de Avelar (Org.) *Compliance – aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 93.

sentiam contempladas pelo acordo, e cujas diretorias não concordava com o encerramento amigável.

Inobstante filiadas à Federação, que é um órgão a quem incumbe fortalecer suas prerrogativas, as cooperativas são descentralizadas, e cada estado tem sua cooperativa que pode ou não ser filiada à Federação. Cada cooperativa possui sua própria diretoria, e nem todas eram plenamente concordes com os termos do acordo firmado.

Algumas insistiam em discutir no processo administrativo a legalidade dos atos considerados potencialmente lesivos à concorrência pelo CADE e, em caso de perda, submeter a questão também ao crivo do Judiciário.

Entretanto, o Poder Judiciário não tem a mesma expertise na condução de casos de infração à concorrência, de modo que acaba utilizando, com alguma frequência, as decisões do CADE como referencial a sua própria tomada de decisão.

A decisão do acordo acabou se mostrando ainda mais vantajosa quando a Sociedade Brasileira de Anestesiologia (SBA), corré no processo administrativo indicado, optou por não alinhar um TCC e acabou condenada a multa de R\$ 532.050,00⁷, em decisão assinada em 25.11.2015⁸.

⁷ Fonte:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPMXWzpj0SSYRTJTSMOpBnm3gSyrI9zsEwLukBATSWqH0K5YrNVS-WVGclKy0dgcQg8qRKHOw8KRSCiQjduW8Zo#_Toc436127127, acesso em 01.01.2019.

⁸ Além da sanção pecuniária, a SBA também foi condenada a Além da penalidade pecuniária, determino que a Representada condenada:

Abstenha-se de tentar implementar tabelas e/ou de promover negociações coletivas que tenham por objeto reivindicações que visem a uniformizar preços e/ou condições de prestação de serviços médicos, uma vez que cada médico deverá entabular sua própria negociação com as operadoras de planos de saúde e com os hospitais;

Abstenha-se de promover, sugerir, apoiar ou fomentar movimentos de boicote, paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo longo ou indeterminado ou descredenciamentos em massa;

Disponibilize síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 30 (trinta) dias corridos, de forma visível e legível, a contar da data da publicação da decisão, comprovando tal divulgação perante o CADE ao final dos 30 (trinta) dias;

Divulgue aos médicos filiados o teor da presente decisão, por qualquer meio eficaz à sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão.

A principal evidência utilizada pelo CADE para fundamentar a decisão condenatória foi uma entrevista prestada por membro da Diretoria da SBA, e publicada em uma revista da classe, em que dizia:

*“Os anestesistas, portadores de uma grande experiência associativa e cooperativista, conseguiram na grande maioria dos estados a adoção da CBHPM, ou pelo menos, valores dentro dos preceitos éticos. Mostrou-se de fundamental importância a união dos colegas, aliado à experiência das diretorias das cooperativas e regionais, **nas negociações com os tomadores de serviços.** Pela primeira vez, **a SBA e a Febracan uniram-se para estabelecer acordos nacionais, com instituições de abrangência nacional, procurando viabilizar e consolidar a CBHPM.** O sistema Unimed, finalmente, através de deliberação da Unimed do Brasil, passou a adotar a CBHPM no seu sistema de intercâmbio. **Procura-se no momento o convencimento do maior número possível de singulares para que passem a adotar integralmente a***

Na mesma data e sessão foi homologado o acordo entre Febracan e CADE, e pouco mais de um ano após o início da implantação do programa o CADE registrou nos autos aspectos positivos dos esforços envidados pela Federação:

Fica evidente que o Manual de Compliance apresentado pela Febracan atende, com bastante propriedade, às preocupações concorrenciais externadas no TCC pelo CAD, por refletir com precisão o propósito de estabelecer, institucionalmente, a política antitruste, prevenindo e impedindo toda e qualquer ação concertada entre a Compromissária e terceiros⁹.

Em fevereiro de 2018 o CADE declarou cumprido o período de prova do acordo celebrado, de modo que a Febracan não restou condenada, ou mesmo voltou a ser investigada pela instituição.

O Manual mencionado pelo CADE em seu parecer é público e pode ser acessado pela Internet (<http://www.febracan.com.br/PoliticaComplianceManual/index>).

No ano de 2016, logo após a homologação do acordo, foram tomadas as medidas de *due diligence*, estudo dos precedentes do CADE – notadamente da decisão proferida em face da SBA nos autos em que a Febracan também era ré – a fim de estabelecer quais seriam os parâmetros dos atos considerados potencialmente anticompetitivos pelo CADE e que, portanto, deveriam ser evitados.

A análise das condutas tidas como anticoncorrenciais foi essencial para que se estabelecessem rotinas para evitar suas consequências, buscando provocar entre as cooperativas a fixação de rotinas de conformidade concorrencial.

O Manual decorre deste estudo e reflexão dos dados coletados, e prevê medidas como: não estimular os cooperados a proceder a boicotes, jamais reduzir as negociações à imposição da CBHPM (ela deve ser apenas um referencial remuneratório, de onde a negociação pode partir) e não punir médicos que optem por atuar fora da cooperativa e operar valores menores que aqueles contratados com a Cooperativa.

Concomitantemente ao Manual foi instituído o Canal de Denúncia da Febracan, denominado *hotline* (que também pode ser visualizado no site da Federação), e passaram a ser confeccionados *mailings* mensais com o escopo de fomentar o debate institucional e fortalecer a cultura de *compliance*.

CBHPM. Cabe neste momento, ***a todos nós anesthesiologistas, respeitar o contido na CBHPM, bem como envidar esforços para que o maior número possível de operadoras de planos de saúde a adotem***” (Sr. Jurandir Coan Turazzi, então Diretor de Defesa Profissional da SBA, na Anestesia em Revista, julho/agosto de 2006, sem destaques no original, fl. 121 dos autos do PA).

⁹LAMY, Anna Carolina Faraco. LAMY, Eduardo de Avelar. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal – a influência do *compliance* concorrencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 195.

Após a consolidação do Manual e a criação dos canais de comunicação, foi necessária a realização de treinamentos¹⁰, e a equipe que conduziu o processo de implantação do programa esteve presente em diversos eventos importantes da classe durante o ano de 2017.

Os eventos foram escolhidos a fim de garantir adesão das filiadas. Como a participação é massiva nos grandes eventos anuais, esse espaço foi aproveitado para difundir a mensagem da equipe de *compliance*.

Em uma das oportunidades houve palestra de Conselheiro do próprio CADE, que falou aos médicos cooperados acerca da construção que o Conselho fez quando procedeu à investigação da Febracan, suas premissas e as provas consideradas relevantes.

Esse envolvimento de pessoas do próprio CADE no processo de sensibilização foi extremamente valioso, à medida que tornou mais claro aos médicos cooperados que a não celebração do acordo poderia levar a uma condenação administrativa que poderia, inclusive, inviabilizar a atividade da Febracan.

Após a declaração pelo plenário do CADE de que o acordo havia sido integralmente cumprido, em fevereiro de 2018, a Febracan não sofreu novas investigações ou auditorias pelo Conselho.

A cultura do boicote e do uso da CBHPM com a imposição de tabela de preços fixos foi progressivamente eliminada do dia a dia das filiadas, e a *hotline* e os *mailings* recebem acessos constante dos cooperados, tanto a fim de tirar dúvidas a respeito de situações limítrofe de suas rotinas de negociação, quanto para reportar suspeitas de desvios ao conteúdo do manual.

A Febracan optou por manter sua estrutura de *compliance*, e a mesma equipe que procedeu à implantação também monitora os canais de confiança, faz medição e treinamentos constante e periódico, atuando como oficiais isentos e externos à organização.

Em 2019, em mais uma iniciativa de propagação dos valores de conformidade concorrencial, a Febracan lançou a série *Curtas do Compliance*, vídeos no formato EAD que podem ser acessados gratuitamente em suas redes sociais (@Febracan), e que tratam de temas sensíveis à garantia do equilíbrio entre cooperativismo e livre concorrência.

É possível afirmar – pela satisfação esboçada pelo órgão de controle econômico e por não ter havido novas autuações, ou mesmo auditorias e investigações

¹⁰ Os treinamentos também podem ser assistidos na íntegra no item *downloads* da aba *compliance* do site da Febracan: <<http://www.febracan.com.br/PoliticaComplianceDownload/index>>.

após a celebração do acordo – que o programa conduzido foi bem-sucedido em garantir *enforcement* à legislação concorrencial.

Também parece ser válido constatar que tal modelo poderia ser utilizado como referência no que tange à condução de programas anticorrupção ou em outras áreas do Direito como trabalhista, ambiental, contratual, e criminal em geral.

Sejam eles preventivos – e contratados pela consciência da organização e seu desejo em buscar excelência de operação – seja como medida restaurativa que pode ser proposta em acordos conduzidos pela instituição de *enforcement* seja ela o Ministério Público, o Ministério do Trabalho, o BACEN, a CVM; os programas de *compliance* parecem ser uma ferramenta alternativa ao *enforcement* por meio da sanção.

A exemplo do que fez o CADE, a inclusão do *compliance* como requisito à obtenção de benefícios decorrentes de acordos sobre sentença e sobre procedimento parece ser uma boa opção caso o intuito seja a alteração de paradigma e proliferação de uma cultura organizacional de conformidade.

O sucesso encontrado pela Federação, e ainda mantendo as bases do que é determinante no modelo jurídico do cooperativismo (portanto não traíndo sua essência), dependeu de uma construção interna – proporcionada pelo diálogo institucional entre o Conselho e os representantes da organização.

Um diálogo que tinha o escopo de construir juntos um modelo que tornasse harmônica a relação entre o modelo cooperativista – regido por princípios específicos como o das portas abertas – e a livre concorrência.

Visando equilibrar a relevância que as cooperativas profissionais têm nos seus mercados com rotinas que rechacem qualquer imposição e que afetem o mercado e, principalmente, o consumidor final.

Trata-se de uma visão preventiva e utilitarista, que pensa nos benefícios advindos (a médio e longo prazo) da efetiva alteração de rotinas de uma organização em face dos efeitos (supostamente) positivos que a sanção pode ter como ferramenta de controle da conduta.

Naturalmente se trata da redução da importância que se poderia dar às multas e ao modelo coercitivo, que tem sido propagado como preponderante na garantia do cumprimento das normas.

A ideia de que as pessoas poderão ser punidas quando descumprirem uma norma pode ser menos efetiva do que a construção de rotinas por meio da sensibilização e da compreensão dos motivos pelos quais determinadas normas existem.

Parece ser possível afirmar que a compreensão dos motivos pelos quais determinadas regras existem, e o que visam assegurar, é um fator de estímulo ao seu cumprimento.

Se o CADE estivesse mais focado em estabelecer multas altas do que mudar paradigma, não estaria utilizando o *compliance* como condição à redução ou mesmo isenção de qualquer sanção pecuniária.

É evidente que seu propósito é pedagógico e para o futuro. Que quer dar às organizações a oportunidade de agirem voluntariamente dentro dos limites da lei de proteção à concorrência, provavelmente por pensar que assim terá mais sucesso na garantia da liberdade de mercado.

3 CONCLUSÕES

Três parecem ser os elementos que podem levar à consolidação do *compliance* como ferramenta de *enforcement* (não só no âmbito antitruste – como tem feito o CADE de maneira bem-sucedida – mas em outras áreas do Direito):

- A criação de uma cultura institucional mais pedagógica, e menos apegada ao aspecto retributivo e sancionatório;
- O respaldo normativo, por meio da edição de leis que estabeleçam o *compliance* com alternativa à provocação do cumprimento normativo e que estabeleça suas métricas de adequação (programa efetivo), notadamente em se tratando de um país de *civil law*;
- O fomento educacional e o incentivo ao diálogo entre instituições de controle e empresas, a fim de que se estabeleça *a priori* o que é considerado ideal do ponto de vista legal em sua opinião. Isso poder-se-ia alcançar pela capacitação dos atores do Direito, para que se desafiem a utilizar alternativas ao modelo clássico que consiste na aplicação de sanção como influencia ao cumprimento de normas.

A melhor formatação é o próprio órgão de controle estabelecer com segurança e certeza o que considera conforme e o que tipo de condutas interpreta como contrárias à lei.

Uma das vantagens da atuação junto ao CADE é a segurança de sua jurisprudência, já que possui o único tribunal administrativo do Brasil com competência para avaliar o que será considerado infração à concorrência. Apenas o próprio CADE tem competência para alterar sua jurisprudência.

Nos âmbitos criminal, trabalhista, tributário, cível, etc., poderá haver interpretações diversas que dificultem o estabelecimento de parâmetros seguros (e claros) à criação do programa.

A base à criação do programa da Febracan foram justamente as descrições feitas pelo CADE quanto ao que considerava condutas de trustee. Na justiça comum é necessário pensar em uma maneira que dê mais certeza aos conceitos e à interpretação das normas, notadamente quando se trata de apontar uma determinada conduta como ilegal.

Com efeito, a segurança jurídica e a coerência institucional na interpretação da lei parecem ser essenciais para que se possa utilizar o *compliance* como ferramenta de *enforcement* legal. Mas isso parece tema para um outro artigo!