

SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS

UNIMILITÂNCIA MÉDICA:

A posição do Superior Tribunal de Justiça à luz da Regulação e da Concorrência

Monografia apresentada ao FGV Online como pré-requisito para a conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* MBA Executivo em Direito Público, orientado pela Professora Christine de Souza Veviani.

**Rio de Janeiro – RJ
2015**

Martins, Samir José Caetano.

Unimilitância médica: a posição do Superior Tribunal de Justiça à luz da Regulação e da Concorrência. Christine de Sousa Veviani.
– Rio de Janeiro, FGV Online, 2014, 110 p.

Monografia de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público.

SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS

UNIMILITÂNCIA MÉDICA:

A posição do Superior Tribunal de Justiça à luz da Regulação e da Concorrência

Monografia apresentada ao FGV Online como pré-requisito para a obtenção do título de pós-graduado no MBA Executivo em Direito Público.

_____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Christine de Sousa Veviani

FGV Online

Assinatura: _____

Prof.

FGV Online

Assinatura: _____

Prof.

Assinatura: _____

RESUMO

A monografia analisa a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a unimilitância médica, consistente na exigência de exclusividade na prestação de serviços do cooperado para a cooperativa, à luz da regulação e da concorrência, apresentando as características do setor de saúde suplementar brasileiro e sua estrutura de mercado e examinando a unimilitância sob a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sob a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para, afinal, analisar os fundamentos da posição do STJ sobre o tema.

Palavras-chave: Exclusividade - Cooperativa – Regulação – Concorrência

ABSTRACT

The dissertation analyses the jurisprudence of the Superior Court of Justice (“Superior Tribunal de Justiça”) about medical “unimilitância”, consisted in the obligation to the physician member of a medical cooperative that operator health plans of offer exclusivity services to the cooperative, under regulation and antitrust, explaining the features of brazilian healthcare and this market structure; examning the obligation under Law # 9,656, of June, 3, 1998, and Law # 12,529, of November, 30, 2011 and analysing the principles inserts in the STJ position about the theme.

Keywords: Exclusivity – Cooperative - Regulation – Antitrust

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Operadoras em atividade por porte, segundo modalidade	19
Figura 2	Distribuição dos beneficiários de planos privados de assistência médica entre as operadoras, segundo cobertura assistencial do plano	21
Figura 3	Mercados Relevantes de Planos Médico-Hospitalares	32
Figura 4	Número de mercados concentrados segundo critério e tipo de mercado – 2010	33

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg no REsp	Agravo Regimental em Recurso Especial
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
j.	juízo
RDC	Resolução de Diretoria Colegiada
REsp	Recurso Especial
RN	Resolução Normativa
S.	Seção
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
T.	Turma

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO: A UNIMILITÂNCIA MÉDICA E O STJ	9
2.	O CARÁTER BIFACE DA SAÚDE NO BRASIL	12
3.	PANORAMA DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	15
3.1	A saúde suplementar é uma das portas de acesso à saúde	15
3.2	A saúde suplementar enfeixa sistemas de saúde	15
3.3	A Saúde Suplementar e o Complexo Médico Industrial	16
3.4	As Operadoras de Plano de Assistência à Saúde	16
3.5	Os Planos Privados de Assistência à Saúde	19
3.6	Distribuição dos Beneficiários nas Operadoras de Planos Médicos	21
4.	ESTRUTURAS DE MERCADO DE PLANOS MÉDICOS	22
4.1	Perfil do Setor e Estrutura de Mercado	22
4.2	Mercado Relevante	22
4.3	Estruturas de Mercado	24
4.4	Barreiras à Entrada	27
4.5	Concentração Vertical	27
4.6	Concentração Vertical na Saúde Suplementar	29
4.7	Perfil dos Mercados de Planos Médicos no Brasil	29
5	A UNIMILITÂNCIA NO SISTEMA UNIMED	34
5.1	Doutrina Cooperativa	34
5.2	Cooperativas de Trabalho	34
5.3	O Sistema UNIMED	35
5.4	O Sistema UNIMED sob a ótica econômica	36
5.5	Unimilitância	37
6	A UNIMILITÂNCIA SOB O PRISMA REGULATÓRIO	38
6.1	A proibição de unimilitância no marco regulatório	38
6.2	Sanções aplicadas pela ANS contra a unimilitância	38
7	A UNIMILITÂNCIA SOB O PRISMA CONCORRENCIAL	42
7.1	A proibição de unimilitância na lei de defesa da concorrência	42
7.2	Sanções aplicadas pelo CADE contra a unimilitância	44
8	A POSIÇÃO DO STJ SOBRE A UNIMILITÂNCIA MÉDICA	46
8.1	As posições divergentes no STJ	46
8.2	O julgamento do EREsp 191.080/SP: a pacificação do tema no STJ	54
9	ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STJ SOBRE A UNIMILITÂNCIA MÉDICA	56

9.1 Síntese da posição do STJ	56
9.2 Premissa teórica da decisão do STJ: Neoconstitucionalismo	56
9.2.1 Neoconstitucionalismo(s)	57
9.2.2 Parâmetros metodológicos do neoconstitucionalismo	61
9.2.3 A constitucionalização do direito	66
9.2.3.1 A constitucionalização do direito privado	69
9.2.3.2 A dignidade da pessoa humana	74
9.2.3.3 O método tópico aplicado às relações privadas	78
9.2.4 Parâmetros de aplicação dos direitos fundamentais	81
9.2.4.1 Grau de existencialismo da relação	82
9.2.4.2 Grau de essencialidade do bem	84
9.2.4.3 Grau de desequilíbrio entre as pessoas	86
9.2.4.4 Grau de publicismo entre as pessoas	87
9.2.4.5 Grau de ingerência na esfera jurídica alheia	88
9.3 Impacto do neoconstitucionalismo na posição do STJ	90
9.4 Impacto da regulação e da concorrência na posição do STJ	93
10 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

1 Introdução: a unimilitância médica e o STJ

A unimilitância médica é a exigência de exclusividade na prestação de serviços médicos à cooperativa de trabalho médico que atue como operadora de plano de assistência à saúde, imposta ao médico cooperado por disposição inserida no estatuto da cooperativa de trabalho médico.

Operadora de plano de assistência à saúde é a pessoa jurídica de direito privado que oferta plano privado de assistência à saúde, atividade que pode ser exercida por diversos tipos de pessoa jurídica: fundações, associações, sociedades limitadas, sociedades anônimas e sociedades cooperativas.

O plano privado de assistência à saúde consiste na prestação continuada de serviços de saúde ou na cobertura de custos desses serviços, por prazo indeterminado, a preço pré ou pós estabelecido, com a finalidade de garantir a assistência à saúde pelo custeio integral ou parcial dos serviços de saúde por uma operadora, mediante o reembolso ao consumidor ou mediante o pagamento direto ao prestador de serviços de saúde, por conta e ordem do consumidor.

A oferta de planos privados de assistência à saúde é atividade econômica sujeita a regulação estatal, confiada à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial vinculada ao Ministério da Saúde.

Como ente regulador, a ANS tem poderes de fixar as condições de entrada e de permanência no setor regulado, de estabelecer normas para a atuação dos entes regulados e de fiscalizar a atuação desses entes.

A oferta de planos privados de assistência à saúde, como qualquer atividade econômica, também está sujeita à fiscalização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que é responsável pela defesa da livre concorrência e pela repressão ao abuso de poder econômico.

A unimilitância médica tem gerado conflitos entre cooperativas de trabalho médico que atuam como operadoras e seus médicos cooperados, a ANS e o CADE.

Quando esses conflitos são materializados em processos judiciais, eles podem chegar, sob a forma de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão do Poder Judiciário encarregado de uniformizar a interpretação da lei federal.

Os recursos que tramitam no STJ são distribuídos entre suas seis turmas, havendo duas turmas para julgamento de matérias de Direito Público, duas turmas para julgamento de Direito Privado e duas turmas para julgamento de Direito Penal. As duas turmas que tratam da mesma matéria compõem uma Seção, que é um órgão jurisdicional superior às turmas. Na cúpula do STJ, portanto em posição superior às turmas e às seções, se encontra a Corte Especial.

Havendo entendimentos conflitantes entre turmas do STJ, é possível interpor recurso denominado Embargos de Divergência, para o fim de obter a uniformização da jurisprudência.

Se as turmas tratam da mesma matéria, cabe à respectiva seção uniformizar o entendimento entre as turmas.

Se as turmas tratam de matérias diversas, cabe à Corte Especial uniformizar o entendimento para todo o STJ.

Como a unimilitância médica envolve conflitos entre agentes privados – cooperativas e médicos cooperados – e entre agentes privados e públicos – cooperativas e ANS, cooperativas e CADE, os processos judiciais envolvendo o tema tramitam no STJ perante as turmas de Direito Privado e de Direito Público, de modo que, havendo entendimento conflitante entre essas turmas, cabe à Corte Especial uniformizar o entendimento do STJ.

Foi exatamente isso que aconteceu no julgamento do EREsp nº 191.080/SP, originado da divergência entre a decisão da 4ª Turma no REsp nº 191.080/SP e a decisão da 1ª Turma no REsp nº 768.118/SC.

O STJ deu interpretação sistemática ao § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas –, para concluir que é inválida cláusula inserida em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados.

Essa decisão afeta o modo que as cooperativas de trabalho médico que atuam como operadoras se relacionam com seus médicos cooperados, com a ANS e com o CADE e se reflete no modo que se desenvolve a concorrência no setor de saúde suplementar, o que influencia a vida dos milhões de consumidores brasileiros beneficiários de planos privados de assistência à saúde. Daí a relevância estudo do tema.

O presente trabalho objetiva explorar os fundamentos da decisão da Corte Especial do STJ à luz da Regulação e da Concorrência, de modo a formar uma perspectiva mais completa sobre o tema.

A pesquisa consistiu em revisão bibliográfica, a partir de decisões judiciais no endereço eletrônico do STJ; de decisões administrativas e de normas administrativas colhidas no endereço eletrônico do CADE; de decisões administrativas e de normas administrativas colhidas no endereço eletrônico da ANS; de leis colhidas no endereço eletrônico da Presidência da República e de artigos doutrinários e livros consultados na *internet* e em bibliotecas.

O trabalho se divide em sete partes: (i) contextualização da saúde suplementar brasileira na ordem social estabelecida pela Constituição da República; (ii) apresentação de panorama da saúde suplementar brasileira; (iii) análise da estrutura de mercado para a oferta de planos médico-hospitalares no Brasil; (iv) exame da organização do cooperativismo médico no Brasil, em especial para a atuação como operadora de plano de assistência à saúde; (v) análise das normas regulatórias aplicáveis ao tema e da posição da ANS; (vi) análise das normas concorrenciais aplicáveis ao tema e da posição do CADE e (vii) análise da posição do STJ sobre o tema, à luz das premissas extraídas de conceitos extraídos da Regulação e da Concorrência e das normas regulatórias e concorrenciais.

2 O caráter biface da saúde no Brasil

A ordem social instituída pela Constituição da República tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, nos termos do artigo 194 (BRASIL, 1988).

Para atingir o objetivo da ordem social, o Estado deve atuar em diversas áreas, entre elas a seguridade social, disciplinada nos artigos 194 a 204 da Constituição da República, os quais evidenciam que a seguridade social visa a assegurar direitos à saúde, à previdência social e à assistência social.

O direito à saúde tem seus traços fundamentais delineados no artigos 196 a 200 da Constituição da República.

O artigo 196 do texto constitucional dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo garantida por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Nos termos do artigo 197 do texto constitucional, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor por meio de lei sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros, o que inclui pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 1988).

A criação do Sistema Único de Saúde – SUS é objeto do *caput* do artigo 198 do texto constitucional, segundo o qual as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com três diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo para os serviços assistenciais; e (iii) participação da comunidade (BRASIL, 1988), de modo que União, Estados e Municípios devem atuar de forma coordenada e integrada.

Ao SUS compete atuar num amplo espectro de atividades relacionadas à saúde, que vão da vigilância sanitária e epidemiológica até a colaboração na proteção do meio ambiente, nele incluído o do trabalho, nos termos do artigo 200 do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Embora os serviços de saúde sejam um serviço público, sua oferta é livre à iniciativa privada, nos termos do *caput* do artigo 199 do texto constitucional, dispondo o § 1º do mesmo artigo que as “instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”, cumprindo observar que, nos termos do § 2º do mesmo artigo, é “vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

A participação do capital estrangeiro na assistência à saúde é matéria objeto de discussão inconclusa na sociedade brasileira, o que se expressou no § 3º do artigo 199 da CRFB, segundo o qual é “vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1988).

Com efeito, é interessante perceber que o texto constitucional cria uma vedação e ele próprio permite que uma lei, norma de hierarquia inferior, crie exceções a essa vedação.

Desse modo, a assistência à saúde no Brasil deve ser reconhecida como um *serviço compartilhado*, ou seja, é um serviço público social quando prestada pelo Estado e é uma atividade econômica privada quando explorada por particulares (ARAGÃO, 2012, p. 384).

O serviço público de assistência à saúde é objeto do Título II da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual delinea a organização, distribuindo os papéis de cada esfera da federação na prestação desse serviço público, e estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990).

Os serviços privados de assistência à saúde são objeto do Título III da Lei nº 8.080, de 1990, que engloba seus artigos 20 a 26 (BRASIL, 1990).

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (artigo 21), caracterizando-se, quando prestada no âmbito privado, pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais e de pessoas jurídicas de direito privado (artigo 20), devendo ser observados “os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento” (artigo 22), sendo admitida a participação complementar de serviços privados no SUS, observada a disciplina própria dessa parceria entre as esferas pública e privada (artigos 24 a 26) (BRASIL, 1990).

É vedada a participação direta ou indireta de capital estrangeiro na assistência à saúde, salvo “através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos” e “serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social” (artigo 23) (BRASIL, 1990).

Cumprido observar, no entanto, que a participação de capital estrangeiro foi expressamente permitida pelo artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, de modo que só se admite a participação direta ou indireta de capital estrangeiro na assistência à saúde no setor de saúde suplementar (BRASIL, 1998).

Os serviços privados de assistência à saúde prestados no âmbito da saúde suplementar são objeto da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que constituem o marco regulatório do setor.

Inicialmente, a regulação do setor foi instituída pela Lei nº 9.656, de 1998, que confiou à Superintendência de Seguros Privados, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, a regulação do setor, ouvido o Ministério da Saúde quanto a coberturas e a aspectos sanitários e epidemiológicos (BRASIL, 1998).

Em seguida, decidiu-se confiar a regulação do setor à ANS, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 2000, com competência para tratar de todos os aspectos envolvendo a operação de planos privados de assistência à saúde (BRASIL, 2000).

Por razões desconhecidas, optou-se por manter ambas as leis para fixar o marco regulatório da saúde suplementar: enquanto a Lei nº 9.656, de 1998, cuida de aspectos importantes das condições de ingresso, permanência e saída do setor, além de definir os conteúdos mínimos dos planos privados de assistência à saúde, a Lei nº 9.961, de 2000, detalha as competências da ANS e define as diretrizes da composição de seus órgãos.

3 Panorama da Saúde Suplementar no Brasil

3.1 A saúde suplementar é uma das portas de acesso à saúde

A saúde suplementar se insere no cenário brasileiro no contexto de uma sociedade que dispõe de três meios de acesso aos serviços de saúde: (i) o acesso ao Sistema Único de Saúde – público, gratuito e universal; (ii) o acesso aos prestadores de serviços de saúde privados – gratuito ou oneroso, a depender da vontade de quem provê o acesso e (iii) o acesso a sistemas de saúde privados, que compõem o setor econômico designado no Brasil como saúde suplementar.

3.2 A saúde suplementar enfeixa sistemas de saúde

Conforme a definição do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, sistema de saúde é um rede horizontal interligada por pontos de atenção à saúde, ou seja, por prestadores de serviços de saúde (BRASIL, 2007, p. 24).

No caso da saúde suplementar, o consumidor busca acesso não a um serviço de saúde específico, mas sim a uma rede de serviços de saúde posta à disposição do consumidor mediante remuneração ao provedor do acesso, a ser paga pelo próprio consumidor ou por terceiro.

A oferta dessa rede de serviços de saúde posta à disposição do consumidor é denominada *plano privado de assistência à saúde*, definido pelo artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656, de 1998, como prestação continuada de serviços de saúde (por rede própria, ou seja, serviços de saúde mantidos pela própria operadora) ou cobertura de custos (por rede credenciada, referenciada ou cooperada), a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com o objetivo de assegurar, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso a prestadores de serviços de saúde, a ser paga integral ou parcialmente pela operadora contratada, por reembolso ao consumidor ou pagamento direto ao prestador de serviços de saúde por conta e ordem do consumidor (BRASIL, 1998).

3.3 A Saúde Suplementar e o Complexo Médico Industrial

Conforme VIANNA, o conceito de *complexo médico-industrial* contempla “as diferentes articulações entre assistência médica, as redes de formação profissional, a indústria farmacêutica e a indústria produtora de equipamentos médicos e de instrumentos de diagnóstico” (2002, p. 376).

Para compreender o funcionamento da saúde suplementar, é preciso entender que as operadoras de plano de assistência à saúde se inserem na cadeia de uma indústria de saúde.

A cadeia dessa indústria de saúde tem a montante os produtores de medicamentos, de materiais e de equipamentos, cujos produtos são demandados por profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, odontólogos, psicólogos, fisioterapeutas) e por prestadores de serviços de saúde que podem assumir a forma de pessoas jurídicas (laboratórios, clínicas, hospitais), sendo essa demanda concentrada principalmente no médico, que presta seus serviços tanto em consultórios quanto em laboratórios, clínicas e hospitais, serviços esses demandados por operadoras de planos de assistência à saúde, que, por sua vez, são demandadas por consumidores (SANTACRUZ, 2010, p. 112).

Desse modo, é impossível uma operadora estruturar um plano privado de assistência à saúde sem ter acesso aos profissionais de saúde, especialmente do médico, cuja atuação é objeto do presente trabalho.

3.4 As Operadoras de Plano de Assistência à Saúde

Os planos privados de assistência à saúde só podem ser ofertados por “operadora de plano de assistência à saúde”, conforme a denominação dada pelo artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.656, de 1998, qualificação dada à pessoa jurídica de direito privado que obtenha autorização de funcionamento a ser concedida pela ANS, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.656, de 1998 (BRASIL, 1998).

Para obter autorização de funcionamento para operar plano privado de assistência à saúde, a pessoa jurídica interessada deve atender às exigências previstas na Resolução Normativa – RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004.

O parágrafo único do artigo 1º da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000, define operar plano privado de assistência à saúde como “as atividades de administração, comercialização ou disponibilização dos planos” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2000).

Compete à ANS definir “a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades”, conforme o artigo 4º, inciso X, da Lei nº 9.961, de 2000 (BRASIL, 2000).

Com base nessa competência, a ANS adotou a já citada RDC nº 39, de 2000, que define a classificação em que as operadoras devem ser enquadradas e o tipo de atenção e a segmentação assistencial em que devem ser inseridas.

O artigo 10 da RDC nº 39, de 2000, classifica as operadoras em: (1) administradora; (2) cooperativa médica; (3) cooperativa odontológica; (4) autogestão; (5) medicina de grupo; (6) odontologia de grupo e (7) filantropia.

As administradoras eram definidas pelo artigo 11 da RDC nº 39, de 2000, que veio a ser revogado pela Resolução Normativa nº 196, de 14 de julho de 2009, que disciplina a atuação das Administradoras de Benefícios, classe de entes sujeitos à regulação da ANS que não ofertam planos privados de assistência à saúde, concentrando-se na sua administração, assim entendida pela ANS como a intermediação entre as pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos e as operadoras.

As cooperativas médicas são definidas pelo artigo 12 da RDC nº 39, de 2000 como “as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam Planos Privados de Assistência à Saúde”.

As cooperativas odontológicas são definidas pelo artigo 13 da RDC nº 39, de 2000, como “as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente Planos Odontológicos”.

As autogestões eram definidas pelo artigo 14 da RDC nº 39, de 2000, que veio a ser revogado pela Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, que disciplina a atuação dessas entidades.

O que caracteriza as autogestões é o atendimento de um público restrito, que abrange os sócios, os administradores, os empregados, os aposentados, os pensionistas vinculados ou que tenham sido vinculados a uma determinada pessoa jurídica ou a um grupo determinado de pessoas jurídicas (ditas instituidoras, patrocinadoras ou mantenedoras), além de seus grupos familiares (assim entendidos pela ANS como pessoas ligadas por parentesco, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau), sem finalidade lucrativa (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2006).

As filantropias são definidas pelo artigo 17 da RDC nº 39, de 2000, como “as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social [...] bem como da declaração de utilidade pública”.

As medicinas de grupo são definidas pelo artigo 15 da RDC nº 39, de 2000, como operadoras que oferecem Planos Privados de Assistência à Saúde e que não possam ser enquadradas nas categorias anteriores.

As odontologias de grupo são definidas pelo artigo 16 da RDC nº 39, de 2000, como operadoras que oferecem Planos Exclusivamente Odontológicos e que não possam ser enquadradas nas categorias anteriores.

Existe uma classe de operadoras que não está prevista no rol do artigo 10 da RDC nº 39, de 2000: as seguradoras especializadas em saúde. Essa classe de operadoras surgiu a partir da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, que determinou que as seguradoras que desejassem operar plano privado de assistência à saúde deveriam constituir pessoa jurídica com esse objeto exclusivo, a qual passaria a se sujeitar à regulação da ANS (BRASIL, 2001).

Nos termos do artigo 2º da Lei nº 10.185, de 2001, o seguro saúde deve ser considerado plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde deve ser considerada operadora de plano de assistência à saúde.

As seguradoras especializadas em saúde estão sujeitas às normas sobre ativos garantidores de provisões técnicas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, por força do que dispõe o § 5º do artigo 1º da Lei nº 10.185, de 2001 (BRASIL, 2001), o que constitui uma peculiaridade face às demais operadoras, que contam com normas diferentes para a constituição de seus ativos garantidores, previstas na Resolução Normativa nº 159, de 3 de julho de 2007.

Essas classes de operadoras criadas em função do modo de constituição de cada pessoa jurídica pode ser explicada pelo fato de que cada uma dessas classes foi surgindo desde os anos 1940 e 1950, quando surgiram a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil e a o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários, de modo que o surgimento da saúde suplementar no Brasil se deu muito antes da existência do marco regulatório do setor, deparando-se com diversos tipos de atores com peculiares trajetórias de formação (FIGUEIREDO, 2006, p. 130).

As diferentes classes de operadoras em atividade no Brasil estão distribuídas conforme a tabela a seguir:

Figura 1 – Operadoras em atividade por porte, segundo modalidade (Brasil – dezembro/2013)

Modalidade da operadora	Total	Sem beneficiários	Pequeno porte (Até 20.000)	Médio porte (20.000 a 100.000)	Grande porte (Acima de 100.000)
Total	1.469	211	837	323	98
Administradora de benefícios	107	107	-	-	-
Autogestão	207	19	147	31	10
Cooperativa médica	319	1	148	134	36
Cooperativa odontológica	118	3	84	25	6
Filantropia	78	3	53	20	2
Medicina de grupo	353	33	211	84	25
Odontologia de grupo	275	45	193	25	12
Seguradora especializada em saúde	12	-	1	4	7

Fonte: ANS
Caderno de Informação da Saúde Suplementar – março/2014

3.5 Os Planos Privados de Assistência à Saúde

Como referido acima, o *plano privado de assistência à saúde* é definido pelo artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656, de 1998, como prestação continuada de serviços de saúde ou cobertura de custos, a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com o objetivo de assegurar, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso a prestadores de serviços de saúde, a ser paga integral ou parcialmente pela operadora contratada, por reembolso ao consumidor ou pagamento direto ao prestador de serviços de saúde por conta e ordem do consumidor (BRASIL, 1998).

Os planos privados de assistência à saúde podem ser divididos conforme o tipo de contratação (individual/familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão), conforme a segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem cobertura obstétrica –, exclusivamente odontológico e as combinações entre essas segmentações) e conforme a abrangência geográfica (municipal, grupos de municípios, estadual, grupo de estados e nacional), levando-se em consideração na formatação de um plano privado de assistência à saúde, ainda, outras variáveis, como o tipo de acomodação (particular ou coletiva), o tipo de formação do preço (pré ou pós estabelecido), se haverá ou não acesso livre a prestadores de serviços de saúde (caso em que deve haver reembolso) e a possibilidade ou não de custeio de parte do procedimentos cobertos pelo próprio contratante (por co-participações ou por franquias), como se extrai do Anexo II da Resolução Normativa nº 85, de 7 de dezembro de 2004 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2004).

As variáveis decisivas para diferenciar planos privados de assistência à saúde são o tipo de contratação e a segmentação assistencial.

Com relação ao tipo de contratação, observa-se que planos coletivos empresariais e por adesão só podem ser contratados por pessoas jurídicas e só podem ter como beneficiários pessoas vinculadas a essas pessoas jurídicas, nos termos dos artigos 5º e 9º da Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2009).

E, com relação à segmentação assistencial, percebe-se do exame do artigo 12 da Lei nº 9.656, de 1998, que o tipo de atenção à saúde que é assegurado por cada segmentação assistencial é substancialmente distinto. Para ilustrar essa constatação basta observar que planos exclusivamente odontológicos oferecem cobertura muito distinta dos planos médicos e que apenas a segmentação hospitalar assegura a cobertura de internações hospitalares (BRASIL, 1998).

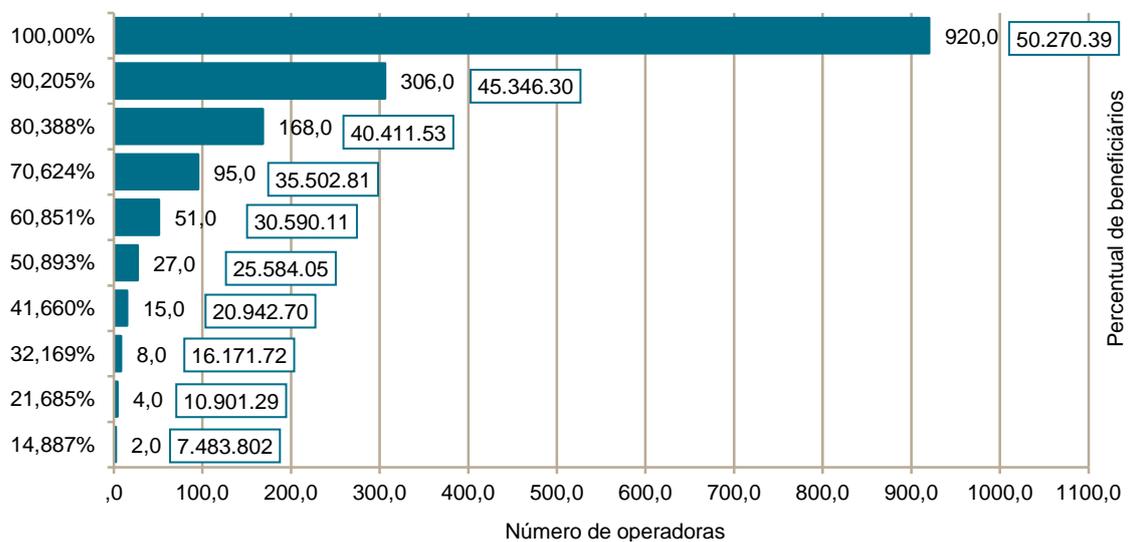
Conforme dados da ANS, dentre os consumidores de planos médicos, 79% (setenta e nove por cento) estão vinculados a planos coletivos e 93% (noventa e três por cento) estão vinculados a planos que oferecem cobertura ambulatorial e hospitalar (2014).

Ainda conforme dados da ANS, dentre os consumidores de planos exclusivamente odontológicos, 81,7% (oitenta e um vírgula sete por cento) estão vinculados a planos coletivos (2014).

3.6 Distribuição dos Beneficiários nas Operadoras de Planos Médicos

No Brasil, poucas operadoras de planos de assistência à saúde reúnem a maior parte dos beneficiários de planos médicos, conforme se observa no gráfico a seguir, divulgado pela ANS (2014):

Figura 2- Distribuição dos beneficiários de planos privados de assistência médica entre as operadoras, segundo cobertura assistencial do plano (Brasil – dezembro/2013)



Fontes: SIB/ANS/MS – 12/2013 e CADOP/ANS/MS – 12/2013

Caderno de Informação da Saúde Suplementar – março/2014

Nota: O termo “beneficiário” refere-se a vínculos aos planos de saúde, podendo incluir vários vínculos para um mesmo indivíduo.

Curva A: 168 operadoras (18,1% do total) detêm 80,0% dos beneficiários.

Curva B: 306 operadoras (33,0% do total) detêm 90,0% dos beneficiários.

Curva C: 926 operadoras (100,0% do total) detêm 100,0% dos beneficiários.

A distribuição de muitos beneficiários entre poucas operadoras, a ponto de 27 operadoras reunirem mais de 50% dos beneficiários do setor, indica que existem agentes com significativo porte econômico no setor.

Resta saber se o mercado de plano de saúde médico é concentrado no Brasil, o que depende da determinação do mercado relevante, conceito que não se confunde com setor econômico, como se verá a seguir.

4 Estruturas de Mercado de Planos Médicos

4.1 Perfil do Setor e Estrutura de Mercado

A distribuição de muitos beneficiários de planos médico-hospitalares entre poucas operadoras no setor de saúde suplementar brasileiro nada diz sobre a estrutura de mercado e, conseqüentemente, nada diz sobre o grau de concentração de mercado entre os agentes econômicos que nele atuam.

O fato de poucas operadoras concentrarem muitos beneficiários indica apenas que o setor conta com *players* de significativo porte econômico, o que gera preocupações maiores com seu monitoramento por parte da ANS, considerando que a descontinuidade da assistência à saúde prestada por essas operadoras geraria um impacto social de dimensão nacional que repercutiria negativamente sobre a imagem da ANS como ente regulador. Trata-se do *too big to fail*, que se popularizou com a observação das repercussões econômicas da quebra de instituições financeiras de grande porte nos Estados Unidos da América na crise de 2008.

Ocorre que porte econômico não é sinônimo de poder de mercado, assim como o perfil do setor não é sinônimo da estrutura de mercado.

Para identificar o poder de mercado é preciso conhecer sua estrutura e, para definir essa estrutura, é preciso delimitá-la. Essa delimitação tem sido feita no Brasil, assim como nos Estados Unidos da América e na União Europeia, pelo método de determinação do mercado relevante (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 82).

4.2 Mercado Relevante

Chama-se mercado relevante o campo em que os ofertantes travam uma competição pela preferência dos demandantes. Para delimitar esse campo o ideal é vislumbrar três dimensões: produto, geográfica e temporal. Costuma-se usar as dimensões produto e geográfica, reservando-se a dimensão temporal um papel mais sutil, mas nem por isso menos importante (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 108).

Na dimensão produto são inseridos os produtos ou os serviços substitutos entre si, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta. Pelo lado da demanda, consideram-se na determinação do mercado relevante não apenas produtos ou serviços rigorosamente idênticos, mas todos aqueles que o demandante pode preferir em substituição ao produto ou serviço considerado face a um aumento de preço desse produto ou serviço (como no clássico exemplo da substituição da manteiga pela margarina face a um aumento no preço da manteiga). E pelo lado da oferta consideram-se não apenas os atuais concorrentes, que podem reagir a um aumento de preço tentando aumentar suas participações de mercado com a oferta de um produto ou serviço mais barato, mas também os potenciais concorrentes, isto é, os agentes econômicos que podem decidir ingressar no mercado atraídos pela margem de lucro que o mercado considerado oferece.

Na dimensão geográfica é considerado o raio de deslocamento, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta. Pelo lado da demanda, considera-se a propensão de deslocamento do demandante por um produto ou um serviço mais barato, reagindo a um aumento de preço. E pelo lado da oferta consideram-se os raios de atuação dos ofertantes atuais ou potenciais, que podem ser ampliado para tentar conquistar ou aumentar participações de mercado atraídos pela margem de lucro que o mercado considerado oferece. Nesse contexto, as possibilidades de ampliação de redes de distribuição e de importações influem no resultado.

Diz-se que a dimensão temporal se faz presente na determinação do mercado relevante porque os movimentos de oferta e de demanda nas dimensões produto e geográfica são considerados num limite de tempo determinado, que revela uma perspectiva de curto prazo.

Uma vez delimitado o mercado relevante, calculam-se as participações de cada agente econômico naquele mercado, em percentuais (o agente econômico considerado pode ser o ofertante ou o demandante, dependendo do objetivo da análise econômica: determinar o poder de oferta ou o poder de compra).

O número de agentes econômicos e suas respectivas participações de mercado indicarão a estrutura de mercado, sabendo-se que cada estrutura de mercado tem características peculiares, sendo certo que essas características podem gerar diferentes preocupações com a preservação da livre concorrência.

4.3 Estruturas de Mercado

Em teoria, um mercado relevante pode apresentar uma dentre seis tipos de estrutura: pelo lado da oferta, pode se apresentar como competitivo, concorrência monopolística, firma dominante, oligopólio, monopólio e monopólio natural; pelo lado da demanda, usam-se categorias simétricas.

Interessa para o presente trabalho o lado da oferta, que permite visualizar mais claramente o poder de mercado das operadoras de planos de assistência à saúde frente aos consumidores, embora não se ignore a relevância da estrutura de mercado pelo lado da demanda, dado que as operadoras se inserem como intermediárias entre os prestadores de serviços de saúde e os consumidores, sendo, a um só tempo, demandantes em relação aos prestadores de serviços de saúde e ofertantes em relação aos consumidores.

Uma estrutura de mercado competitiva, ou de concorrência perfeita, é um modelo ideal, no qual há um grande número de ofertantes e de demandantes, que realizam operações econômicas envolvendo produtos homogêneos (ou seja, substitutos perfeitos), com completa informação sobre os agentes econômicos e os produtos, inexistindo barreiras à entrada de novos concorrentes.

Nesse cenário, nenhum ofertante tem poder para influenciar o preço; a maximização do lucro do ofertante se dá no ponto em que a receita marginal se iguala ao custo marginal (ou seja, a receita da última unidade produzida se iguala ao seu custo; a partir daí, não seria racional produzir, pois a tendência seria de o produto adicional exigir custos individualmente maiores do que seu preço); o preço de mercado equivale ao custo total médio de produção e os ofertantes não conseguiriam sustentar um hipotético aumento de preço, pois, dada a ausência de barreiras à entrada, novos ofertantes ingressariam no mercado e sua presença, invariavelmente, faria o preço de todos voltar ao nível competitivo.

Uma estrutura de mercado de concorrência monopolística difere da competitiva pelo produto: os produtos não são homogêneos, mas similares. Nesse cenário, o ofertante consegue obter um lucro supracompetitivo porque seu produto é diferenciado, mas não consegue sustentar uma margem de lucro extraordinária no longo prazo porque novos ofertantes tenderiam a ingressar no mercado e os demandantes tenderiam a reagir buscando os produtos similares.

Uma estrutura de mercado de firma dominante é caracterizada pela existência de um ofertante líder, com poder de mercado, que é a “firma dominante”, e de outros ofertantes menores, sem poder de mercado, que são as “firmas seguidoras”. Nesse cenário, o ofertante líder comporta-se como um monopolista, ou seja, define sozinho o preço do produto, sendo esse preço tomado como dado pelos ofertantes menores, o que evidencia que ele obtém um lucro supracompetitivo. Mas, dado que os produtos são similares e que não há barreiras à entrada, o ofertante líder não conseguiria sustentar uma margem de lucro extraordinária no longo prazo porque novos ofertantes tenderiam a ingressar no mercado e os demandantes tenderiam a reagir buscando os produtos similares ofertados pelas “firmas seguidoras”.

Uma estrutura de mercado de oligopólio é caracterizada por um pequeno número de ofertantes e por altas barreiras à entrada, podendo os produtos se apresentarem como homogêneos ou como diferenciados. Caso esses ofertantes ajam competitivamente, seu desempenho será semelhante ao de um mercado de concorrência perfeita mas, caso esses ofertantes cooperem entre si, combinando preços ou quantidades produzidas, obterão resultado próximo ao de um monopólio, impondo ao mercado um preço que lhes assegure o máximo lucro supracompetitivo. Seja qual for a postura adotada pelos ofertantes, o fato é que cada um deles levará em conta a possível reação dos demais (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 371), sendo certo que o grau de competição tende a ser menor quando poucos ofertantes dominam o mercado (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 206).

Uma estrutura de mercado de monopólio é caracterizada pela existência de um único ofertante e de altas barreiras à entrada. Nesse cenário, o monopolista impõe um preço que maximize o seu lucro por unidade produzida e, conseqüentemente, oferta uma quantidade menor de produtos a um preço maior do que o observável numa estrutura de mercado competitiva, o que resulta numa perda de bem estar para a sociedade em geral e para os demandantes em especial, dado que a quantidade de produtos consumida é menor do que a possível e dado que o ofertante retira parcela do bem estar dos demandantes ao impor-lhes o pagamento de um preço maior do que o que seria cobrado num cenário competitivo.

Uma estrutura de mercado de monopólio natural é caracterizada pela existência de um único ofertante e de altas barreiras à entrada, como ocorre em qualquer monopólio, mas com uma peculiaridade: dados os altos custos fixos e dada a economia de escala, o monopólio é a estrutura de mercado mais eficiente.

Dada a característica peculiar dos monopólios naturais, é comum que as atividades que apresentam essa estrutura de mercado sejam sujeitas à regulação, como ocorre, por exemplo, com a distribuição de energia elétrica para residências. Nesse caso, cabe ao regulador evitar abusos do monopolista, o que é possível, ainda tomando como exemplo a energia elétrica para residências, fixando qual o preço-teto a ser cobrado do consumidor, que pode ser o custo médio de produção.

Na prática, poucas atividades econômicas apresentam estruturas de mercado de concorrência perfeita ou de monopólio, sendo mais comum que os ofertantes apresentem algum grau de concorrência (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 205).

Para avaliar o grau de concentração em uma estrutura de mercado, podem ser usados diversos índices, que primariamente servem para a análise de atos de concentração horizontal (movimentos de fusões e aquisições entre concorrentes) mas que se prestam a análise da estrutura de mercado em geral.

Na experiência brasileira, são comuns os manejos dos índices C4 e Herfindahl-Hirschmann (HHI). O C4, coeficiente da soma dos quatro, corresponde à soma aritmética das participações de mercado dos quatro maiores ofertantes, considerando-se haver probabilidade do exercício coordenado do poder de mercado se o produto dessa soma for igual ou superior a 75% (setenta e cinco por cento) e se o agente econômico considerado alcançar o incremento, num ato de concentração, de 10% (dez por cento) em sua participação de mercado. O HHI é composto pela soma dos quadrados das participações de mercado de todos os ofertantes. Caso o produto dessa soma seja inferior a 1000, o mercado será considerado pouco concentrado; caso o produto esteja entre 1000 e 1800, o mercado será considerado moderadamente concentrado e caso o produto seja superior a 1800, o mercado será considerado altamente concentrado. Se o produto revelar um mercado pouco concentrado, seria viável aprovar um ato de concentração sem restrições; se o produto revelar um mercado moderadamente concentrado, seria viável aprovar um ato de concentração sem restrições somente se a variação do HHI decorrente do ato fosse inferior a 100 e, se o produto revelar um mercado altamente concentrado, só seria viável aprovar um ato de concentração se a variação do HHI decorrente do ato fosse inferior a 50 ou, em casos excepcionais, superior a 50 e inferior a 100, tomando-se como muito improvável a aprovação de um ato de concentração que gerasse uma variação no HHI superior a 100 em um mercado altamente concentrado (SCHUARTZ *et al*, 2008, p. 69).

4.4 Barreiras à Entrada

Como a exposição das diversas estruturas de mercado evidencia, a existência de barreiras à entrada de novos competidores é o elemento chave para a persistência de estruturas de mercado que gerem lucros supracompetitivos.

São barreiras à entrada: economias de escala (é preciso atingir um nível de produção alto para que o custo da unidade produzida seja baixo, o que dificulta a entrada de ofertantes com baixa capacidade de produção); economias de escopo (é mais barato produzir dois produtos juntos do que separadamente, o que dificulta a entrada de ofertantes incapazes de produzir os dois produtos juntos); exigência de capital mínimo elevado para a entrada (é preciso lançar mão de investimentos altos para iniciar a produção); existência de *sunk costs* (os custos de instalação da produção são irrecuperáveis – daí serem chamados “custos afundados” – ou seja, caso a produção não tenha sucesso, o investidor não conseguirá aplicar os materiais e equipamentos investidos em outras atividades econômicas); acesso difícil à tecnologia (caso das patentes); acesso difícil às matérias primas; custo de aprendizado (é preciso investir em treinamento para iniciar a atividade econômica) e grau de lealdade do consumidor à marca (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 122).

As barreiras à entrada diminuem o nível de contestabilidade do mercado, ou seja, diminuem a possibilidade de uma entrada tempestiva, suficiente e provável de potenciais ofertantes atraídos pelo lucro supracompetitivo no mercado, o que resultaria, ao longo do tempo, na redução do lucro em todo o mercado em função da competição entre os ofertantes (SCHUARTZ *et al*, 2008, p. 68).

4.5 Concentração Vertical

A concorrência entre ofertantes no mesmo nível da cadeia produtiva pode ser influenciada pela concentração econômica entre ofertantes de diversos níveis da cadeia produtiva, a chamada concentração vertical.

Em teoria, a concentração vertical tende a gerar eficiência econômica para o ofertante que a adota porque reduz os custos de transação entre os níveis da cadeia produtiva. É fácil imaginar a economia alcançada por uma operadora de plano de assistência à saúde que se integra verticalmente a um hospital, na medida em que a operadora reterá para si a margem de lucro que o hospital lhe importaria, além de eliminar as incertezas inerentes a uma negociação.

Na prática, contudo, o que se observa é a falta de evidências empíricas de que a concentração vertical sempre geraria eficiência econômica para o ofertante que a adotasse, especialmente no exemplo dado, na medida em que a construção de um hospital exige uma elevada imobilização de recursos, o que reduz a liquidez da operadora e, conseqüentemente, limita sua capacidade de implementar decisões de investimento com maior rapidez (ALBUQUERQUE, 2006, p. 123).

As concentrações verticais trazem quatro preocupações do ponto de vista da concorrência: primeiro, diminuem o nível de informação dos concorrentes, pois a informação ao mercado naturalmente gerada pelo fato de haver negociações entre integrantes dos diversos níveis da cadeia produtiva é eliminada; segundo, tornam mais difícil a atuação de concorrentes independentes e de potenciais entrantes, que necessitam também eles buscar concentrações verticais ou alianças estratégicas para disputar mercado com o ofertante verticalizado; terceiro, tendem a gerar um processo de concentração vertical em cadeia que, especialmente em estruturas de mercado oligopolizadas, deixa poucas opções para os concorrentes independentes atuarem nos diferentes níveis de cadeia produtiva, de modo que a concentração vertical acaba resultando na elevação das barreiras à entrada (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 310) e quarto, tornam mais fácil a implementação de cartéis, na medida em que facilitam o controle dos preços praticados pelos participantes do cartel, contribuindo, dessa forma, para sua estabilidade (SCHUARTZ, 2008, p. 77).

Dado que a existência de barreiras à entrada diminui o nível de contestabilidade do mercado, mostra-se especialmente relevante o fato de a concentração vertical elevar as barreiras à entrada.

Como se vê, a concentração vertical gera um potencial efeito positivo, que é a redução dos custos de transação, e potenciais efeitos negativos, destacando-se a elevação das barreiras à entrada, o que gera para o legislador a necessidade de definir se a concentração vertical deve ser permitida e, em caso afirmativo, se devem ser impostos limites à concentração vertical.

4.6 Concentração Vertical na Saúde Suplementar

O marco regulatório da saúde suplementar contém duas decisões com relação às concentrações verticais: primeiro, toma-las como um dado no setor, o que se evidencia pelo fato de o plano privado de assistência à saúde ser definido pelo inciso I do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais”; segundo, remedia-las com a vedação da exigência de exclusividade na relação entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde, o que se evidencia pelo fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, dispor que é “expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional” (BRASIL, 1998).

4.7 Perfil dos Mercados de Planos Médicos no Brasil

É possível determinar os mercados relevantes no setor de saúde suplementar brasileiro, na dimensão produto, para planos de assistência à saúde contratados na vigência da Lei nº 9.656, de 1998, a partir do tipo de contratação e da segmentação assistencial (excluindo-se os planos privados de assistência à saúde ofertados por autogestões, que atendem a um público específico) e, na dimensão geográfica, dado que oferta e demanda se dão em âmbito local, a partir de um modelo gravitacional que captura a propensão do consumidor ao deslocamento em busca de serviços de saúde, considerando a rede assistencial disponível, tomando como base de aproximação o fluxo de deslocamento das internações na rede pública de saúde, sendo essa aproximação sustentada pela constatação de que, no Brasil, há considerável compartilhamento de redes assistenciais entre a saúde pública e a saúde suplementar, pois ambas se servem de prestadores de serviços de saúde privados que oferecem seus serviços indistintamente aos entes do SUS e às operadoras de planos de assistência à saúde (ANDRADE *et al*, 2012, p. 336-340).

Partindo dessas premissas, na dimensão produto são identificados os mercados relevantes formados por planos de saúde do tipo de contratação individual/familiar e coletiva empresarial e por adesão e que oferecem as segmentações assistenciais ambulatorial, “médico-hospitalar” (incluindo-se nesse grupo as segmentações assistenciais hospitalar, referência e a conjugação da segmentação assistencial hospitalar com as demais segmentações, dado que todas são ancoradas na prestação de serviços hospitalares).

A separação entre o tipo de contratação individual/familiar e coletiva empresarial e por adesão se dá pela impossibilidade de substituição entre esses tipos de contratação pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, pois somente pessoas naturais podem contratar planos individuais/familiares e somente pessoas jurídicas podem contratar planos coletivos empresariais e por adesão.

Seria possível vislumbrar também uma separação entre mercados de planos coletivos empresariais e planos coletivos por adesão, dado que existem regras diferentes de legitimidade para a pessoa jurídica contratar cada um desses planos, nos termos dos artigos 5º e 9º da RN nº 195, de 2009, segundo os quais, grosso modo, planos coletivos empresariais só podem ser contratados por empregadores e planos coletivos por adesão só podem ser contratados por associações profissionais (BRASIL, 2009).

Ocorre que só seria viável proceder a essa separação a partir da RN nº 195, de 2009, pois a norma que tratava do tema até então, a Resolução nº 14, de 3 de novembro de 1998, do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, atribuía a ambas as espécies o mesmo público (empregados, associados ou sindicalizados), diferenciando os planos coletivos empresariais e por adesão de forma mais sutil, considerando planos coletivos empresariais os que tivessem adesão automática do público beneficiado e planos coletivos por adesão os que tivessem adesão opcional do público beneficiado, como se extraía de seus artigos 3º e 4º (BRASIL, 1998).

Como seria impossível comparar planos coletivos empresariais e por adesão contratados na vigência da Resolução CONSU nº 14, de 1998, com os planos coletivos empresariais e por adesão contratados na vigência da RN nº 195, de 2009, seria inviável formar uma série histórica consistente que permitisse avaliar a evolução do grau de concentração nesses mercados. Talvez por isso não se encontre menção a essas novas dimensões de mercado no trabalho de ANDRADE *et al* (2012) publicado após o advento a RN nº 195, de 2009.

Os planos privados de assistência à saúde oferecidos pelas autogestões, necessariamente classificados como coletivos, são excluídos da dimensão produto porque cada autogestão só pode ofertar planos para seu público específico, nos termos do artigo 2º da RN nº 137, de 2006 (BRASIL, 2006), e modo que não existe substituíbilidade, pelo lado da oferta, entre os planos de saúde oferecidos pelos autogestões e pelas demais modalidades de operadoras.

Com relação às segmentações assistenciais, é evidente que não há substituíbilidade, pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, entre um plano ambulatorial, um plano hospitalar e um plano exclusivamente odontológico, pois o tipo de atenção à saúde oferecida em cada um deles é muito distinta e a estrutura de custos de cada um deles é muito distinta.

Mas é possível vislumbrar substituíbilidade entre planos hospitalares e planos referência e combinações entre a segmentação assistencial hospitalar e as demais segmentações assistenciais (ambulatorial e exclusivamente odontológica), pois o tipo de atenção à saúde prestado é semelhante (por envolver a prestação de serviços hospitalares) e a estrutura de custos é semelhante (dado que a cobertura de serviços hospitalares é o principal item na estrutura de custos).

Também partindo das premissas acima alinhadas, sabendo-se que as áreas geográficas de abrangência possíveis para um plano de saúde são municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional, nos termos do item 4 do Anexo II da RN nº 85, de 2004 (BRASIL, 2004), já se começaria a delimitar a dimensão geográfica do mercado relevante pelo município e, a partir daí, só restaria observar o fluxo de pacientes entre municípios para, afinal, determinar o agrupamento de municípios que compõe cada mercado relevante.

Esse agrupamento pode ser mais ou menos extenso dependendo da dispersão da rede de serviços disponíveis em cada local, especialmente para cobrir a internação em leitos de alta tecnologia (Unidade de Tratamento Intensivo, Unidade de Tratamento Semi-intensivo, Unidade Coronariana e UTI Neonatal) e a realização de procedimentos de alta complexidade (como é o caso de quimioterapia e de hemodiálise), podendo-se cogitar que a oferta desses serviços no interior do país tende a ser mais dispersa do que a observada nas principais capitais brasileiras, especialmente no eixo Rio-São Paulo.

Para operacionalizar o modelo gravitacional, o passo seguinte é definir a força de polarização de cada município em relação aos demais.

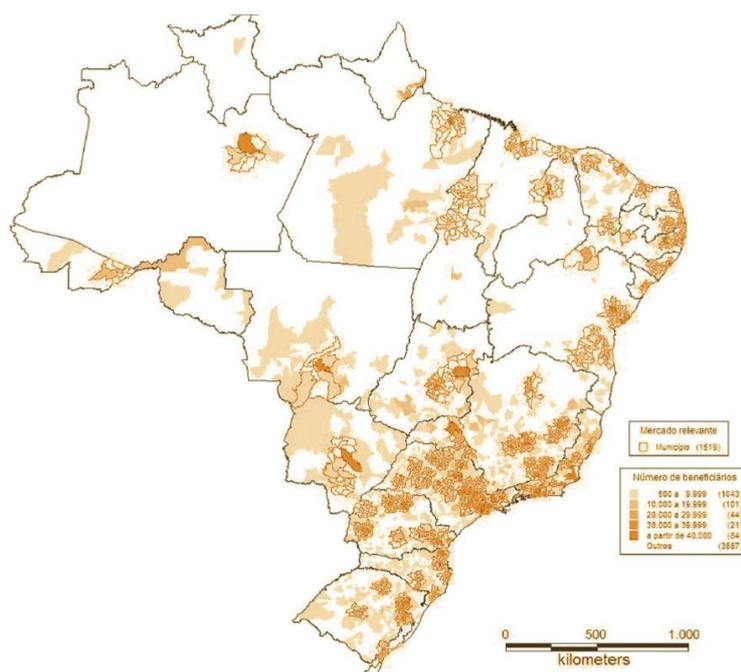
A força de polarização de cada município é definida a partir das informações disponíveis sobre o município de residência e o município de atendimento, mais exatamente de internação hospitalar, para os usuários do SUS, por ser esta a única informação disponível. Essas informações são aproveitadas para mapear o fluxo de deslocamento dos consumidores no setor de saúde suplementar considerando que os prestadores de serviços hospitalares brasileiros, em larga medida, oferecem seus serviços tanto aos entes integrantes do SUS quanto às operadoras.

Após definir as forças de polarização, é preciso definir os centroides, isto é, os polos que, a princípio, poderiam ser considerados o centro de gravidade de cada mercado relevante. A definição do ponto de corte que definirá os centroides é necessariamente arbitrária, sendo proposto por ANDRADE *et al* (2012, p. 341) o ponto de corte de 500 leitos.

Finalmente, observa-se se cada município centroide tem como primeira força de polarização ele mesmo ou outro município. Caso o município centroide tenha como primeira força de polarização ele mesmo, ele é reconhecido como o centro de um mercado relevante.

Seguindo essa metodologia, alcançam-se 89 dimensões geográficas de mercados relevantes com a seguinte distribuição:

Figura 3 – Mercados Relevantes de Planos Médico-Hospitares (ANDRADE *et al*, 2012)



O modelo gravitacional utilizado cobre 88% dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde que contém a segmentação assistencial hospitalar, exclusivamente ou combinada com outras segmentações. Não são capturados pelo modelo gravitacional os beneficiários localizados em municípios situados em locais tão distantes dos centroides que acabam não sendo atraídos pela força de polarização de nenhum deles (ANDRADE *et al*, 2012, p. 343).

Calculando os índices de concentração de mercado, observa-se que em quase todos os mercados o líder ocupa posição dominante (CR1>25%) e a estrutura de mercado se apresenta como altamente concentrada (CR4>75% e HHI>1800), conforme ilustra a figura abaixo:

Figura 4 – Número de mercados concentrados segundo critério e tipo de mercado – 2010 (ANDRADE *et al*, 2012)

Critério	Individual		Coletivo	
	Mercados	%	Mercados	%
CR1 > 25%	87	97,8	86	96,6
CR4 > 75%	84	94,4	82	92,1
HHI > 1800	85	95,5	85	95,5

Os mercados não concentrados são os mais populosos, agregando municípios com maior densidade demográfica e apresentando maior oferta de serviços de saúde, o que indica que a desconcentração dos mercados está associada às economias de escala, ao passo que os mercados concentrados não apresentam escala populacional suficiente para viabilizar a formação de uma estrutura de mercado com múltiplas operadoras (ANDRADE *et al*, 2012, p. 353).

Desse modo, percebe-se que a adoção de condutas tendentes a aumentar as barreiras à entrada de novos competidores se mostram significativamente gravosas à livre concorrência no setor de saúde suplementar brasileiro, formado por mercados altamente concentrados e sem perspectiva de desconcentração face à atual situação socioeconômica brasileira.

5 A unimilitância no Sistema UNIMED

5.1 Doutrina Cooperativa

Doutrina Cooperativa é a proposta de reforma social por meio da cooperação entre as pessoas, tendo como principal instrumento a formação de cooperativas, que são associações criadas para atender a determinadas necessidades sociais e econômicas de seus membros, que podem ser de qualquer natureza (produção, consumo, crédito etc). Essa doutrina apresenta duas vertentes: a de base rochdaleana, mais antiga e mais difundida, que busca a reforma da sociedade por meio das cooperativas, e a baseada na proposta da Universidade de Munster (Alemanha), que concebe a cooperativa como uma empresa modernamente administrada (PINHO, 2004, p. 162).

5.2 Cooperativas de Trabalho

Cooperativas de Trabalho ou de Trabalhadores são associações de trabalhadores com o objetivo de “enfrentar a concorrência do mercado de trabalho em melhores condições” ou “conseguir melhores possibilidades de produção ou de comercialização de seus produtos”, representando, idealmente, a Emancipação do Produtor no conflito entre capital e trabalho. Embora possam ser enxergadas, na perspectiva marxista, como uma forma de transição entre o capitalismo e socialismo utópico, foram encaradas com ceticismo por Rosa Luxemburgo, que apontou a contradição entre um sistema de produção socializada seguido de um sistema de troca capitalista, no contexto de uma economia capitalista, em que a troca domina a produção, o que conduz as cooperativas de trabalho a uma alternativa inexorável: ou se transformam em empresa capitalista com o domínio do comando da cooperativa sobre os trabalhadores, ou se dissolvem com a suplantação do comando da cooperativa pelos trabalhadores (PINHO, 2004, p. 131 e 132).

5.3 O Sistema UNIMED

O Sistema UNIMED surgiu em 1967, em Santos – SP, na ocasião em que um grupo de médicos liderado por Edmundo Castilho, se propôs a ofertar assistência médica como “alternativa que preservasse a ética profissional, a relação médico-paciente através da livre escolha e da medicina liberal” (PINHO, 2004, p. 307).

No decorrer dos anos, o Sistema UNIMED evoluiu para uma estrutura complexa denominada Complexo Empresarial Comunitário Cooperativo, que conta com uma estrutura politicamente organizada em três níveis – a Confederação Nacional, as Federações e as Singulares – e economicamente organizada em diversas atividades empresariais relacionadas à assistência à saúde, sob o controle da *holding* Unimed Participações (ALBUQUERQUE, 2006, p. 75 e 76).

Hoje, o Sistema UNIMED se organiza sob uma marca avaliada na expressiva cifra de R\$ 2.951.000.000, congregando 352 cooperativas médicas, que reúnem cerca de 110.000 médicos, contando com 107 hospitais próprios e 2.925 hospitais credenciados, respondendo pela cobertura de cerca de 20.000.000 de consumidores, que representam aproximadamente um terço dos consumidores do setor de saúde suplementar brasileiro (UNIMED, 2014).

O Sistema UNIMED se comporta como um único agente econômico, na medida em que compartilha uma única marca e que se organiza politicamente e economicamente para atingir interesses comuns dos integrantes do sistema, o que se percebe não só pela organização sob a forma de confederação mas, principalmente, pela divisão territorial (cada singular atua numa área geográfica definida pelo Sistema UNIMED), pelo sistema de intercâmbio entre singulares (caso o consumidor de uma singular seja atendido por outra singular, as singulares procedem a um encontro de contas) e pelo sistema empresarial construído em torno do sistema confederativo (ANDRADE *et al*, 2012, p. 348).

Não há dúvida de que o Sistema UNIMED se afastou do modelo de cooperativismo de vertente rochedaleana, comportando-se hoje de forma próxima às sociedades empresárias típicas, como decorrência do esforço em ganhar competitividade no setor de saúde suplementar (ALBUQUERQUE, 2006, p. 77).

5.4 O Sistema UNIMED sob a ótica econômica

Como sua proposta evidencia, o objetivo do Sistema UNIMED era apresentar aos médicos a alternativa de associar-se para fundar operadoras de planos de assistência à saúde, sob a forma de cooperativas de trabalho médico, as quais se relacionariam com os médicos de modo diverso do relacionamento das operadoras que começavam a se formar no Brasil.

Examinando a cadeia produtiva da assistência à saúde, percebe-se que o Sistema UNIMED nada mais é do que uma forma de verticalização, integrando-se dois níveis da cadeia produtiva: os prestadores de serviços de saúde e as operadoras de plano de assistência à saúde, buscando eliminar os custos de transação entre os agentes econômicos situados em cada um desses dois níveis.

Esses custos de transação, na relação entre operadoras e prestadores de serviços de saúde, se apresentam de diversas formas: primeiro, na necessidade de pactuar o valor do serviço (em condições teoricamente menos vantajosas para o prestador de serviços de saúde, dada a necessidade de a operadora extrair sua margem de lucro na intermediação entre o prestador e o consumidor); segundo, na necessidade de pactuar a sistemática de autorização dos procedimentos (operadoras determinam que dependem de autorização prévia determinados procedimentos indicados pelos médicos, especialmente os de alto custo); terceiro, na necessidade de pactuar uma sistemática de pagamento (operadoras definem prazos para pagamento, geralmente de até 60 dias após a cobrança, submetendo as contas encaminhadas a auditorias técnicas que podem resultar no não reconhecimento de parte ou de todo o valor cobrado – “glosas”).

Logo, a ideal “alternativa que preservasse a ética profissional, a relação médico-paciente através da livre escolha e da medicina liberal”, nada mais representa do que a reação de um agente econômico, o médico, aos interesses contrapostos de outro agente econômico, a operadora, expressos de modo geral na intermediação entre o consumidor-pagador e o médico e de modo especial no controle dos procedimentos demandados (a “ética profissional”, aqui, é uma referência à não interferência na decisão do médico sobre o procedimento indicado) e no controle dos valores cobrados pelos procedimentos demandados.

5.5 Unimilitância

Dado que a formação das UNIMEDs nada mais representa do que um processo de concentração vertical, o risco que se coloca à preservação da livre concorrência é a elevação das barreiras à entrada, risco esse ainda maior diante da realidade brasileira, de mercados altamente concentrados.

Esse risco se converte em efetivo dano à livre concorrência se os médicos que se vincularem a cada singular do Sistema UNIMED estabelecerem com ela uma relação de exclusividade, eliminando a possibilidade de concorrentes do Sistema UNIMED terem acesso aos serviços prestados por esses médicos, e se esses médicos representarem a maioria dos médicos do local, qualquer que seja a especialidade médica considerada, pois, nesse cenário, ter-se-á um fenômeno econômico conhecido como fechamento de mercado (*foreclosure*).

Com efeito, como as operadoras precisam oferecer aos consumidores uma rede prestadora de serviços de saúde que inclua todas as especialidades médicas, a impossibilidade de acesso aos médicos locais implica a impossibilidade de estruturação de suas redes assistenciais e, conseqüentemente, a impossibilidade de competição com o Sistema UNIMED.

Ocorre que o Sistema UNIMED adotou a exigência de exclusividade em relação aos médicos que desejassem integrar suas singulares (unimilitância), qualificando essa exigência como “fidelidade societária”, o que traz à tona a necessidade de examinar esse fenômeno à luz do marco regulatório da saúde suplementar e da legislação de defesa da concorrência, além de examinar a evolução da posição do STJ sobre o tema, examinando os fundamentos jurídicos envolvidos, o que se fará nos capítulos seguintes, sem perder de vista os fundamentos econômicos alinhados até o presente momento e tendo em conta que, dentre as 89 dimensões geográficas de mercados relevantes identificadas, em nada menos que 81 o Sistema UNIMED detém posição de liderança, o que denota o seu enorme poder de mercado (SCHUMACHER, 2014, p. 50).

6 A unimilitância sob o prisma regulatório

6.1 A proibição de unimilitância no marco regulatório

Como apontado no item 4.6, o marco regulatório da saúde suplementar veda a exigência de exclusividade na relação entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde, o que se evidencia pelo fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, dispor que é “expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional” (BRASIL, 1998).

Note-se que a expressão “independente de sua natureza jurídica constitutiva” foi inserida pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, destinando-se exatamente a deixar claro que o espectro de abrangência do dispositivo às sociedades cooperativas, alcançando, portanto, as operadoras integrantes do Sistema UNIMED.

6.2 Sanções aplicadas pela ANS contra a unimilitância

Compete à ANS autorizar o funcionamento das operadoras de plano de assistência à saúde, bem como sua incorporação, fusão, cisão ou alteração de controle societário, “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994” (observe-se que a referência atual é a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº 8.884, de 1994, passando a disciplinar a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a aplicação de penalidades por infrações à ordem econômica), “fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação” e, conseqüentemente, “aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação”, nos termos, respectivamente, dos incisos XXII, XXIX e XXX, todos do artigo 4º da Lei nº 9.961, de 2000 (BRASIL, 2000).

Com base nessas normas de competência, a ANS adotou a Resolução Normativa nº 175, de 22 de setembro de 2008, que impõe, como condição para a concessão e a manutenção de autorização de funcionamento, a inserção no estatuto social das operadoras de plano de assistência à saúde que adotem a forma de cooperativas a seguinte disposição (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2008):

Nenhum dispositivo deste Estatuto deverá ser interpretado no sentido de impedir os profissionais cooperados de se credenciarem ou referenciarem a outras operadoras de planos de saúde ou seguradoras especializadas em saúde, que atuam regularmente no mercado de saúde suplementar, bem como deverá ser considerado nulo de pleno direito qualquer dispositivo estatutário que possua cláusula de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

O objetivo da norma é informar aos cooperados, que podem não ter conhecimento da disposição legal, mas certamente têm acesso ao estatuto da cooperativa, de que a cooperativa não pode impor-lhes a unimilitância.

A consequência da não inserção da cláusula no estatuto da cooperativa é o cancelamento compulsório do registro de operadora e, via de consequência, a cassação da autorização de funcionamento, implicando a retirada da operadora do setor de saúde suplementar.

Também com base nessas normas de competência, a ANS sempre considerou a unimilitância uma infração administrativa, tipificada inicialmente no inciso I do artigo 4º da Resolução de Diretoria Colegiada nº 24, de 13 de junho de 2000, que punia a conduta “exigir exclusividade do prestador de serviços” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2000), e do artigo 41 da vigente Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006, que também pune a conduta “exigir exclusividade do prestador de serviços” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2006).

O artigo 41 da RN nº 124, de 2006, se insere na Seção III, intitulada “Do relacionamento da operadora com o prestador”, do Capítulo I, intitulado “Das infrações de natureza estrutural” do Título II, intitulado “Das infrações”. Observa-se da posição topográfica do tipo que seu bem jurídico tutelado é a liberdade de contratar do prestador de serviços de saúde e não propriamente a livre concorrência, sabendo-se que não compete à ANS punir infrações à ordem econômica.

Note-se, a propósito, que o marco regulatório da saúde suplementar teve o claro cuidado de prevenir possível conflito de competência entre a ANS e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A redação original do inciso XXII do artigo 4º da Lei nº 9.961, de 2000, dispunha que competia à ANS autorizar o funcionamento das operadoras de planos de assistência à saúde “bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário”, o que podia dar margem à interpretação de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica teria papel meramente consultivo em atos de concentração econômica envolvendo operadoras de plano de assistência à saúde.

Convinha afastar essa possível interpretação para evitar um conflito positivo de competência entre a ANS e o CADE em torno da aprovação de atos de concentração econômica, como ocorreu no célebre conflito de competência envolvendo o Banco Central do Brasil e o CADE, que resultou na aprovação pelo Presidente da República do Parecer nº GM – 020, que, por sua vez, adotou como fundamentos os termos do Parecer nº AGU/LA-01/2001, no qual se firmou o entendimento de que a aprovação de atos de concentração econômica envolvendo instituições financeiras caberia ao Banco Central do Brasil e não ao CADE, por especificidades da então vigente redação dos incisos I a IV e do § 1º, todos do artigo 192 da Constituição da República, e dos artigos 10, IX, “c” e 18, § 2º, ambos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, especificidades essas consistentes no fato de a Constituição da República dispor que lei complementar disporia sobre as atribuições do Banco Central do Brasil e no fato de a Lei nº 4.595, de 1964, ter sido recebida pela atual ordem constitucional como lei complementar, diante do que as regras que atribuíam ao Banco Central do Brasil competência para autorizar alterações de controle societário e operações societárias (justamente as formas jurídicas mais usuais de promover concentrações econômicas) não poderiam ser afastadas por uma lei ordinária posterior, no caso, a Lei nº 8.884, de 1994, que conferia ao CADE competência para aprovar atos de concentração econômica (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2001).

A Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, que deu a atual redação do inciso XXII do artigo 4º da Lei nº 9.961, de 2000, substituiu a expressão “ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência” pela expressão “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994”.

A atual redação, que é posterior à aprovação do parecer da AGU pelo Presidente da República, o que ocorreu em 5 de abril de 2001, deixa claro que a competência da ANS para aprovar as alterações de controle societário e as operações societárias não exclui a competência do CADE para aprová-las quando implicarem atos de concentração econômica, o que se explica pelo fato de que o bem jurídico tutelado pela ANS é diverso do bem jurídico tutelado pelo CADE.

Essa mesma lógica se aplica no cotejo da sanção à unimilitância prevista no artigo 41 da RN nº 124, de 2006 com a sanção que eventualmente possa ser aplicada pelo CADE sobre o mesmo fato. Daí porque não cabe cogitar de *bis in idem* caso a operadora seja alvo de sanção pela prática da unimilitância simultaneamente pela ANS e pelo CADE (FIGUEIREDO, 2006, p. 476).

Cumprir observar que o marco regulatório da saúde suplementar e as normas da ANS vedam a prática da unimilitância independente de considerações sobre a eventual existência de poder de mercado pela operadora, de modo que as sanções aplicadas pela ANS prescindem da determinação do mercado relevante, da identificação de participação de mercado suficiente para viabilizar o exercício de poder de mercado e da avaliação da existência de condições suficientes para que o poder de mercado seja efetivamente exercido, não sendo necessário demonstrar risco ou dano à livre concorrência para que a sanção seja aplicada.

As sanções previstas no artigo 41 da RN nº 124, de 2006, para sancionar a prática de unimilitância são advertência ou multa de R\$ 50.000,00, sendo a aplicação da advertência ou da multa, bem como a quantificação do valor final da multa, dependentes do exame das circunstâncias de cada caso e do porte de cada operadora (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2006).

7 A unimilitância sob o prisma concorrencial

7.1 A proibição de unimilitância na lei de defesa da concorrência

A lei de defesa da concorrência veda a unimilitância no contexto do risco ou do dano à livre concorrência. Este aspecto, aliás, é fundamental para entender as infrações à ordem econômica na legislação brasileira. Uma conduta descrita na lei de defesa da concorrência não é considerada típica tão-somente pelo fato de estar descrita na lei, sendo necessário, ainda, que essa conduta seja tendente a atingir um dos objetivos vedados pela lei.

Sob a vigente Lei nº 12.529, de 2011, isso significa que não basta a conduta encontrar enquadramento no § 1º do artigo 36 (que traz um rol de condutas proibidas, rol esse meramente exemplificativo), sendo necessário que essa conduta seja tendente a atingir um dos objetivos previstos nos incisos do mesmo artigo 36, em sistemática similar à engendrada pelos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994.

Essa sistemática de duplo enquadramento é fruto da preocupação do legislador brasileiro em encontrar um meio termo entre os dois critérios de caracterização do ilícito antitruste: a regra da razão, que tem a virtude de ser flexível e o defeito de ser pouco adaptável ao sistema legislativo brasileiro – baseado na Civil Law –, e a regra *per se*, que tem a virtude de se enquadrar facilmente no sistema legislativo brasileiro e o defeito de ser excessivamente rígida ao limitar a descrição do ilícito antitruste a um figurino formal (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 102).

A dicotomia entre a regra da razão e a regra *per se* parte da ideia de que nem todas as restrições à livre concorrência são prejudiciais. Seguindo essa linha de entendimento, em regra as condutas devem ser examinadas segundo a regra da razão, de modo que só devem ser consideradas ilícitos antitruste se os agentes econômicos que as adotam detiverem poder de mercado e praticarem as condutas com o objetivo de consolidar esse poder. Em casos de excepcional gravidade, em que a conduta se mostra particularmente desafiadora da ordem econômica e revela a falta de legítima racionalidade econômica da conduta do agente para além de qualquer dúvida razoável, como é o caso clássico dos cartéis (*hard-core cartels*), a conduta deve ser considerada ilícita *per se* (SCHUARTZ, 2008, p. 129 e 130).

A ilicitude da unimilitância é aferida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência segundo a regra da razão (DUCLOS, 2006, p. 918) pela conjugação dos objetivos previstos nos incisos I e IV do *caput* do artigo 36 (“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” e “exercer de forma abusiva posição dominante”) com as descrições de condutas contidas nos incisos III e IV do § 3º do mesmo artigo 36, ambos da Lei nº 12.529, de 2011 (“limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” e “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”), correspondentes aos incisos I e IV do artigo 20, combinados com os incisos IV e V do artigo 21 da revogada Lei nº 8.884, de 1994 (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2009).

Para caracterizar o ilícito antitruste, é necessário caracterizar o poder de mercado, de modo que é necessário determinar o mercado relevante e definir a participação de mercado do agente econômico para, a partir daí, caracterizar o poder de mercado e, de modo especial, a posição dominante do líder.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vinha delimitando os mercados relevantes, na dimensão produto, de modo idêntico ao apontado no presente trabalho (considerando as variáveis de tipo de contratação e de segmentação assistencial) e, na dimensão geográfica, pela área de abrangência de cada cooperativa (os seja, pelo grupo de municípios em que a cooperativa atuava segundo a divisão territorial definida pelo Sistema UNIMED) e vinha definindo a participação de mercado da cooperativa pelo lado demanda, efetuando o cruzamento da informação sobre o número total de médicos de cada especialidade na dimensão geográfica do mercado relevante com a informação sobre o número total de médicos cooperados de cada especialidade, definindo, a partir daí, se a participação de mercado da cooperativa era suficiente para caracterizar uma posição dominante no mercado relevante (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2009).

A ilicitude da unimilitância também se evidencia pelo critério de análise contido no item B do Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE, segundo o qual as restrições verticais devem ser consideradas anticompetitivas – e, portanto, ilícitos antitruste – quando implicarem “a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 1999).

A posição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se consolidou no verbete nº 7 da Súmula do CADE, segundo o qual (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009):

Constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante.

7.2 Sanções aplicadas pelo CADE contra a unimilitância

A Lei nº 12.529, de 2011, prevê em seus artigos 37 a 45 as sanções aplicáveis pelo CADE, destacando-se os artigos 37 e 38, segundo os quais são aplicáveis pela prática de infrações à ordem econômica as seguintes sanções: multa; determinação de publicação de extrato da decisão condenatória em jornal indicado na decisão; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito, e para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; a determinação da cessação parcial de atividades, da venda de ativos, da alteração do controle societário ou da cisão da sociedade; a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos e “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (BRASIL, 2011), o que evidencia que o CADE tem à sua disposição amplo poder de tutela inibitória e de tutela de remoção do ilícito.

O CADE aplica à unimilitância diversas sanções: multa; determinação de publicação de extrato da decisão condenatória, conforme texto definido pelo CADE, em um dos dois jornais diários de maior circulação dentro da área geográfica de atuação da cooperativa, por dois dias seguidos de uma semana; determinação de que a cooperativa informe a seus cooperados, o teor da decisão condenatória do CADE; determinação de exclusão do texto do estatuto social e do regimento interno da cooperativa de texto que imponha a unimilitância e determinação de inserção no estatuto social da cooperativa de texto idêntico ao veiculado na RN nº 175, de 2008 (o qual foi extraído das decisões do CADE), sendo as sanções de imposição de obrigações de fazer sujeitas a multa diária em caso de descumprimento (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2007).

8 A posição do STJ sobre a Unimilitância Médica

8.1 As posições divergentes no STJ

Para conhecer a posição do STJ sobre a unimilitância médica, procedeu-se a pesquisas de acórdãos no *site* do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira pesquisa se deu a partir da expressão “exclusividade cooperativa”, que resultou na exibição de 57 acórdãos, examinados individualmente¹.

Identificou-se que a Corte Especial do STJ pacificou o entendimento daquela Corte sobre a legalidade da unimilitância no julgamento do REsp nº 191.080/SP, ocorrido em 16 de dezembro de 2009. Para examinar a existência de posições divergentes sobre o tema, prosseguiu-se no exame dos acórdãos resultantes de julgamentos anteriores a esse julgamento, identificando-se 48 acórdãos.

No sentido da legalidade da unimilitância: REsp nº 191.080/SP, 4ª T., j. 04.11.2008; AgRg no REsp nº 685.327/RS, 3ª T., j. 27.09.2005; REsp nº 431.106/SP, 4ª T., j. 07.10.2004; AgRg no REsp nº 260.958/MG, 4ª T., j. 05.08.2004; REsp nº 261.155/SP, 2ª S., j. 10.03.2004 e REsp nº 367.627/SP, 3ª T., j. 04.06.2002. E no sentido da ilegalidade da unimilitância: AgRg no REsp nº 910.525/RS, 3ª T., j. 18.08.2009; REsp nº 883.639/RS, 3ª T., j. 14.10.2008 e REsp nº 768.118/SC, 1ª T., j. 11.03.2008.

Os demais acórdãos encontrados não examinam o tema sob estudo.

A segunda pesquisa se deu a partir da expressão “fidelidade cooperativa”, que resultou na exibição de 2 acórdãos², um no sentido da legalidade da unimilitância – AgRg no REsp nº 685.327/RS, 3ª T., j. 27.09.2005 e outro no sentido da ilegalidade da unimilitância – REsp nº 768.118/SC, 1ª T., j. 11.03.2008.

¹ A pesquisa de verbetes da súmula de jurisprudência predominante e de acórdãos no *site* do STJ seguiu o caminho Início > Consultas > Jurisprudência > Pesquisas > Jurisprudência do STJ, digitando-se no campo Pesquisa Livre as palavras “exclusividade cooperativa”. O resultado dessa pesquisa não apresentou verbetes e identificou 57 acórdãos, cuja listagem está disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=EXCLUSIVIDADE+COOPERATIVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 dez. 2014.

² Seguindo o mesmo procedimento indicado na nota 1, o resultado dessa pesquisa não apresentou verbetes e identificou 2 acórdãos, cuja listagem está disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=fidelidade+cooperativa&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 dez. 2014.

A terceira pesquisa se deu a partir da expressão “fidelidade societária”, que resultou na exibição de apenas um acórdão³, no sentido da legalidade da unimilitância: AgRg no REsp nº 685.327/RS, 3ª T., j. 27.09.2005.

A quarta pesquisa se deu a partir da expressão “unimilitancia”, que resultou na exibição de dois acórdãos⁴, um deles resultante de julgamento posterior ao julgamento do EREsp nº 191.080/SP e outro relativo à exigência de unimilitância em edital de concurso público.

E a quinta pesquisa seu deu a partir da palavra “unimed”, que resultou na exibição de 67 acórdãos⁵, examinados individualmente.

No sentido da legalidade da unimilitância, encontraram-se os seguintes acórdãos: REsp nº 191.080/SP, 4ª T., j. 04.11.2008; AgRg no REsp nº 179.711/SP, 4ª T., j. 29.11.2005; AgRg no REsp nº 685.327/RS, 3ª T., j. 27.09.2005; REsp nº 431.106/SP, 4ª T., j. 07.10.2004; AgRg no REsp nº 260.958/MG, 4ª T., j. 05.08.2004; REsp nº 261.155/SP, 2ª S., j. 10.03.2004 e REsp nº 126.391/SP, 3ª T., j. 03.08.1999. E no sentido da ilegalidade da unimilitância, encontrou-se o seguinte acórdão: AgRg no REsp nº 910.525/RS, 3ª T., j. 18.08.2009.

Os demais acórdãos encontrados não examinam o tema sob estudo ou são posteriores ao julgamento do EREsp nº 191.080/SP.

Examinando o inteiro teor dos acórdãos mencionados acima em busca de referências a outros acórdãos do STJ, foram encontrados apenas mais dois acórdãos: um no sentido da legalidade da unimilitância, o REsp nº 83.713/RS, 3ª T., j. 03.02.1998 e outro que acabou por não examinar o mérito do recurso, mas tratou do tema em *obter dictum*: o REsp nº 212.169/SP, 4ª T., j. 14.12.1999.

Para compreender a discussão do tema no STJ, tem-se, então 14 acórdãos para exame.

³ Seguindo o mesmo procedimento indicado na nota 1, o resultado dessa pesquisa não apresentou verbetes e identificou um acórdão, cuja listagem está disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=fidelidade+societaria&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 dez. 2014.

⁴ Seguindo o mesmo procedimento indicado na nota 1, o resultado dessa pesquisa não apresentou verbetes e identificou 2 acórdãos, cuja listagem está disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=unimilitancia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 dez. 2014.

⁵ Seguindo o mesmo procedimento indicado na nota 1, o resultado dessa pesquisa não apresentou verbetes e identificou 67 acórdãos, cuja listagem está disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=unimed&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 dez. 2014.

O *leading case* sobre o tema foi o REsp nº 83.713/RS, 3ª T., j. 03.02.1998. Nesse julgamento, a unimilitância foi examinada exclusivamente sob a ótica da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que veio a se revogada pela Lei nº 8.884, de 1994, que, por sua vez, foi revogada pela Lei nº 12.529, de 2011, ou seja, o tema foi examinado exclusivamente sob a ótica da legislação de defesa da concorrência.

Colhe-se do inteiro teor do acórdão que a aceitação da unimilitância se baseou somente no entendimento de que *“Não se vislumbra, com efeito, possa daí resultar a dominação do mercado nacional ou mesmo a eliminação, ainda que parcial, da concorrência”*.

O erro do *leading case* do STJ consistiu em subestimar os efeitos anticompetitivos da unimilitância, erro esse que teve sua raiz na crença de que a dimensão geográfica do mercado relevante no setor de saúde suplementar seria nacional quando, como examinado no presente trabalho, sua dimensão se estende apenas a grupos de municípios. O conhecimento de elementos de teoria econômica fundamentais para o manejo dos conceitos da legislação de defesa da concorrência talvez houvesse mudado os rumos do julgamento.

O segundo julgamento no STJ sobre o tema foi o do REsp nº 126.391/SP, 3ª T., j. 03.08.1999. Nele se examinou o tema à luz da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que trata do regime jurídico das cooperativas, tendo o resultado do julgamento sido proclamado por maioria.

A maioria, formada pelos Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Nilson Naves, entendeu que o cooperado *“não pode vincular-se a outra entidade congênere, provocando concorrência à cooperativa e desvirtuando a finalidade com que foi instituída”*, tendo-se aceitado a tese de que a unimilitância encontraria respaldo no § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, segundo o qual *“Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”* (BRASIL, 1971).

Ficaram vencidos os Ministros Ari Pargendler e Eduardo Ribeiro, os quais observaram que a atuação do médico cooperado como prestador de serviço de uma concorrente do Sistema UNIMED não o caracterizava como “agente de comércio” e tampouco como “empresário”, não se podendo empregar uma interpretação extensiva a dispositivo legal que basearia uma restrição de direito do cooperado.

O acórdão não considerou os efeitos econômicos da unimilitância, nem examinou as consequências sociais da unimilitância.

O terceiro julgamento no STJ sobre o tema foi o do REsp nº 212.169/SP, 4ª T., j. 14.12.1999. Nele não se julgou o mérito do recurso, que não foi conhecido por questões processuais.

Em *obter dictum*, os Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Cesar Asfor Rocha se manifestaram pela legalidade da unimilitância. Colhe-se do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que *“é livre o ingresso na sociedade cooperativa, é livre a aceitação das restrições que disso decorrem, e é livre a retirada do sócio cooperativado”*, extraindo-se daí que não haveria restrição à liberdade de exercício da profissão, acrescentando-se que *“a proibição ao profissional de prestar serviços a outra entidade que está no mercado e os explora comercialmente não significa violação à liberdade de concorrência, sendo comum a exigência de exclusividade”*.

Também em *obter dictum*, o Ministro Aldir Passarinho Junior se manifestou pela ilegalidade da unimilitância. Colhe-se de seu voto que não se aplica o § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, pois o cooperado que atua como prestador de serviço de operadora concorrente não atua como agente de comércio ou empresário, acrescentando que não há prejuízo algum à satisfação das obrigações do cooperado para com a cooperativa na prestação de serviços para operadoras concorrentes e, afinal, conclui: *“Tudo soa não como uma tentativa de preservação do ‘espírito cooperativo’, mas como uma batalha comercial, em que as vítimas, lamentavelmente, são os doentes”*.

Colhe-se do *obter dictum* no voto do Ministro Aldir Passarinho Junior a percepção exata do problema: a unimilitância é um mecanismo de restrição vertical que afeta a relação concorrencial e tem repercussão social.

O quarto julgamento no STJ sobre o tema foi o do REsp nº 367.627/SP, 3ª T., j. 04.06.2002. Nele se entendeu pela legalidade da unimilitância, com a simples invocação do decidido no REsp nº 83.713/RS e no REsp nº 126.391/SP.

O quinto julgamento no STJ sobre o tema foi o do REsp nº 261.155/SP, 2ª S., j. 10.03.2004. Este julgamento foi de particular relevo porque afefado à 2ª Seção, órgão do STJ ao qual compete a unificação do entendimento da 3ª e 4ª Turmas, que, por sua vez, são os órgãos competentes para tratar de Direito Privado, ramo do qual se enquadra o exame isolado da relação entre cooperado e cooperativa, tendo o resultado do julgamento sido proclamado por maioria.

A maioria entendeu pela legalidade da unimilitância.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar repisou o que já manifestara em *obiter dictum* no julgamento do REsp nº 212.169/SP, examinado acima, acrescentando que o artigo 18, III, da Lei nº 9.656, de 1998 (em sua redação original, que já vedava a imposição de exclusividade, lembrando-se que hoje está em vigor a redação dada pela MP nº 2.177-44, que tornou mais explícito que a vedação da imposição de exclusividade independe de natureza constitutiva da operadora), não se aplicaria ao Sistema UNIMED porque seria incompatível com as sociedades cooperativas.

O Ministro Ari Pargendler mudou de opinião quanto à interpretação do § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, retratando-se da posição que manifestara no julgamento do REsp nº 126.391/SP, para passar a entender que “os médicos são agentes das empresas que exploram comercialmente a medicina”, considerando que essa interpretação seria a mais correta porque reconheceria às cooperativas de trabalho (como é o caso do Sistema UNIMED), assim como aos demais tipos de cooperativas, “um instrumento de combate à concorrência”.

O Ministro Menezes Direito reiterou posição manifestada no julgamento do REsp nº 126.391/SP, já examinada acima.

A Ministra Nancy Andrichi entendeu que a unimilitância seria legítima porque potencializaria o sucesso econômico da cooperativa, o que seria a finalidade do pacto cooperativo; porque não violaria a legislação de defesa da concorrência, na medida em que, segundo a regra da razão – da forma como aplicada pela referida Ministra – a unimilitância fomentaria a concorrência ao invés de restringi-la, pois, segundo a Ministra, “a Unimed [...] compete no Brasil com rivais formidáveis em tradição, qualidade e porte financeiro”, acreditando ser “acirrada a competição no setor”, competição essa que pensou ser “em âmbito nacional, porquanto coberturas meramente estaduais ou regionais são, cada vez mais e mais, insuficientes ao atendimento das necessidades do consumidor”, realçando, ainda a Ministra, que “a Unimed [...] possui baixo grau de competitividade no setor”.

Particularmente quanto ao manifestado no voto da Ministra Nancy Andrichi quanto à legislação de defesa da concorrência, o quanto já se expôs neste trabalho demonstrou a sucessão de equívocos no raciocínio empreendido: o Sistema UNIMED possui posição de domínio, os mercados relevantes são altamente concentrados e a dimensão geográfica dos mercados relevantes não é nacional.

Ficaram vencidos os Ministros Aldir Passarinho Junior e Antônio de Pádua Ribeiro, que entenderam ser ilegal a unimilitância.

O Ministro Aldir Passarinho Junior repisou o que manifestara em *obter dictum* no julgamento do REsp nº 212.169/SP acrescentando, em exame ao artigo 18, III, da Lei nº 9.656, de 1998 que *“não pode a natureza da instituição prevalecer sobre toda e qualquer norma direcionada, especificamente, ao exercício de uma atividade vinculada à área da saúde”*, especialmente uma norma que visa a proteger o consumidor e acrescentando que a vedação da unimilitância *“beneficia, sem dúvida, a população, porquanto notadamente em uma cidade interiorana, com menor número de médicos, deve ser proporcionado amplo acesso aos mesmos”*.

E o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro observou haver investigações apontando no sentido de que a unimilitância *“vem trazendo transtornos às empresas concorrentes, sobretudo em cidades do interior e, conseqüentemente, aos usuários de modo geral”*, apontando haver violação à legislação de defesa da concorrência pelo fato de se *“Impedir ou criar dificuldades para que a coletividade possa ser atendida por profissionais de outras empresas, principalmente em locais onde o número de médicos nem sempre é suficiente para atender a população”*.

Colhe-se desse julgamento que os conceitos econômicos fundamentais para o manejo da legislação antitruste começaram a ser ventilados, mas foram percebidos de forma flagrantemente equivocada pela Ministra Nancy Andrighi, registrando-se nos votos vencidos uma percepção ainda intuitiva, mas acertada, sobre a situação concorrencial e uma visão mais clara dos impactos sociais da prática da unimilitância.

O sexto julgamento sobre o tema foi o do AgRg no REsp nº 260.958/MG, 4ª T., j. 05.08.2004, no qual foi adotado o posicionamento firmado pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 261.155/SP, já examinado.

O sétimo julgamento sobre o tema foi o do REsp nº 431.106/SP, 4ª T., j. 07.10.2004, no qual foi adotado o posicionamento firmado pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 261.155/SP, já examinado.

O oitavo julgamento sobre o tema foi o do AgRg no REsp nº 685.327/RS, 3ª T., j. 27.09.2005, no qual foi adotado o posicionamento firmado pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 261.155/SP, já examinado, colhendo-se do voto relator a referência a outros julgados, já examinados: REsp nº 126.391/SP, AgRg no REsp nº 260.958/MG e REsp nº 431.106/SP.

O nono julgamento sobre o tema foi o do AgRg no REsp nº 179.711/SP, no qual foi adotado o posicionamento firmado em outros julgados, já examinados: REsp nº 126.391/SP, REsp nº 367.627/SP e REsp nº 431.106/SP.

O décimo julgamento sobre o tema foi o do REsp nº 718.118/SC, 1ª T., j. 11.03.2008, de particular relevância com ensejar a divergência entre a 2ª Seção, que unificou a posição das Turmas de Direito Privado, e a 1ª Turma, componente da 1ª Seção, que reúne as Turmas de Direito Público.

Nesse julgamento, entendeu-se que a unimilitância é ilegal, salientando-se que os dispositivos da Lei nº 5.764, de 1971, devem ser interpretados à luz da Constituição da República, que consagra a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego (artigo 170, incisos IV, V e VIII), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos III e IV), com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), observando-se ainda que os direitos dos trabalhadores têm como *ratio essendi* a liberdade de associação (artigo 8º) e que a unimilitância compromete, por via oblíqua, o direito à saúde (artigo 196) *“na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa”*.

Em arremate, observou-se que os interesses privados da sociedade cooperativa não se podem sobrepor ao interesse público e que o artigo 18, inciso III, da Lei nº 9.656, de 1998, se aplica a todas as operadoras de plano de assistência à saúde, incluindo as constituídas sob a forma de sociedade cooperativa, para concluir-se que os preceitos que embasariam a unimilitância *“não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência”*.

O décimo primeiro julgamento sobre o tema foi o do REsp nº 883.639/RS, j. 14.10.2008, no qual se entendeu que a unimilitância é ilegal, por violação ao disposto no artigo 18, inciso III, da Lei nº 9.656, de 1998, desde a redação dada pela Medida Provisória nº 1.908-20, de 25 de novembro de 1999, texto que atualmente vigora por força da Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001.

Observou-se que as condutas restritivas da concorrência deveriam ser examinadas segundo a regra da razão e, em seguida, ponderou-se que *“o legislador [referindo-se à Lei nº 9.656, de 1998] fez sua própria leitura da ‘regra da razão’, considerando ilícitas as cláusulas de exclusividade”*.

Acrescentou-se que o disposto no inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, prevalece sobre o disposto no § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, por se tratar de norma posterior e especial, e que o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, se aplica imediatamente, atingindo inclusive os estatutos sociais que já vigoravam quando de seu advento, pois *“Tal norma integra o estatuto jurídico da concorrência. Não se pode, assim, reconhecer que a recorrida tenha direito adquirido a uma concorrência limitada”*.

O aspecto mais interessante desse julgamento foi a mudança de posição da 3ª Turma do STJ, especialmente da Ministra Nancy Andrighi, relatora do acórdão, contrariando a posição pacífica da 2ª Seção e prenunciando que as turmas de Direito Privado do STJ estariam dispostas a rever a orientação consolidada diante dos fundamentos advindos do acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp nº 718.118/SC.

O décimo segundo julgamento sobre o tema foi o do AgRg no REsp nº 910.525/RS, j. 18.08.2009, que seguiu a virada jurisprudencial sobre o tema acompanhando o posicionamento adotado no REsp nº 883.639/RS.

O décimo terceiro julgamento sobre o tema foi o do REsp nº 191.080/SP, 4ª T, j. 04.11.2008, no qual foi adotado o posicionamento firmado pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 261.155/SP, já examinado, colhendo-se do voto relator a referência a outros julgados, já examinados: REsp nºs 83.713/RS, 126.391/SP e 367.627/SP, AgRg no REsp nº 260.958/MG e REsp nº 431.106/SP, com a ressalva do ponto vista contrário do relator, Ministro Luis Felipe Salomão.

Nesse julgamento, o Ministro Aldir Passarinho Junior também ressaltou seu ponto de vista contrário e alertou a turma julgadora para a existência de posicionamento contrário no REsp nº 718.118/SC e arrematou: *“O que existe, na verdade, é uma grande reserva de mercado, em que essas normas restritivas só constam de cooperativas médicas de interior”*, para finalizar: *“Jamais compreendi exatamente qual é o propósito de se proteger a cooperativa em detrimento do beneficiário final, que é a população”*.

Apesar do resultado do julgamento, a virada jurisprudencial do STJ avançava: a 3ª Turma já modificara a sua posição e dois Ministros da 4ª Turma declararam seu ponto de vista pessoal em alinhamento com a nova posição da 3ª Turma.

Estava claramente delineada a oportunidade de virar a jurisprudência do STJ interpondo Embargos de Divergência nesse recurso. E foi exatamente o que ocorreu, consolidando-se a virada jurisprudencial do STJ.

8.2 O julgamento do EREsp 191.080/SP: a pacificação do tema no STJ

A posição do STJ sobre unimilitância médica foi uniformizada pela decisão da Corte Especial no EREsp nº 191.080/SP, julgado em 16 de dezembro de 2009.

Nesse recurso figuraram como recorrentes a ANS e Argemiro Dolce e outros, tendo o CADE como assistente, e figurou como recorrida a Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Essa configuração processual mostra que os entes de regulação e de defesa da concorrência uniram forças para influir no convencimento dos membros da Corte Especial do STJ, numa articulação institucional histórica.

O julgamento foi unânime, dele tendo participado os ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Félix Fischer, Aldir Passarinho Júnior e Hamilton Carvalhido, tendo este último sido o relator. Estavam ausentes os ministros Gilson Dipp e Eliana Calmon.

O STJ entendeu ser *“inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados (interpretação sistemática do artigo 29, parágrafo 4º, da Lei nº 5.576/71”* (BRASIL, 2009).

A fundamentação do acórdão da Corte Especial é composta pelo voto condutor do Ministro Hamilton Carvalhido e pelos votos da Ministra Nancy Andrichi e do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

O Ministro Hamilton Carvalhido examinou o conteúdo do § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, destacando que desse dispositivo não se extrai a vedação de que o cooperado preste serviço a uma operadora concorrente, mesmo porque *“médico não é agente de comércio ou empresário, nem opera no mesmo ramo econômico”*, mas destacou que o ponto central da questão não era o exame dos termos do § 4º do artigo 29 da Lei nº 5.764, de 1971, em si, mas sim sua interpretação sistemática, sobretudo à luz da Constituição da República, da qual destacou dispositivos já apontados no julgamento do REsp nº 718.118/SC, de cuja fundamentação, aliás, extraiu grande parte de seu voto.

Destacaram-se no voto condutor a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a liberdade de associação profissional ou sindical, a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica e o direito à saúde, situados nos artigos 1º, III e IV; 8º; 170, IV, e 196 da Constituição da República.

O Ministro Hamilton Carvalhido também destacou em seu voto condutor que o inciso III da Lei nº 9.656, de 1998, tanto em sua redação original quanto em sua redação hoje vigente, veda a unimilitância, estando esse dispositivo alinhado com os fundamentos constitucionais já expostos, arrematando:

De todo o exposto, resulta que, mesmo antes da edição da Lei nº 9.656/98, é inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados, seja por força da dignidade da pessoa humana e seu direito à saúde, seja por força da garantia à livre concorrência, à defesa do consumidor, aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa.

A Ministra Nancy Andrighi proferiu seu voto trazendo o inteiro teor de voto por ela proferido no julgamento do REsp nº 883.639/RS, já examinado.

O Ministro Aldir Passarinho Júnior proferiu seu voto lembrando que sempre se posicionou contra a unimilitância médica e destacou que *“essa cláusula só existe em cooperativas que atuam em pequenas cidades”*, observando que, em pequenas cidades, a unimilitância médica prejudica a formação da rede prestadora de serviços médicos das operadoras concorrentes porque elas não conseguem credenciar os médicos vinculados à cooperativa, concluindo que *“em essência, quem acaba prejudicado é o assistido, o doente”*.

9 Análise da posição do STJ sobre a Unimilitância Médica

9.1 Síntese da posição do STJ

No julgamento do EREsp nº 191.080/SP, a Corte Especial do STJ pacificou a posição de que a unimilitância é ilegal, colhendo-se dos votos que integraram o acórdão o exame das Leis nºs 5.764, de 1971; 9.656, de 1998, e 8.884, de 1994, à luz da Constituição da República, da qual se destacou a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a liberdade de associação profissional e sindical, a livre concorrência e o direito à saúde, tendo-se observado que a unimilitância causava impactos concorrenciais negativos e que esses impactos concorrenciais afetavam o consumidor.

9.2 Premissa teórica da decisão do STJ: Neoconstitucionalismo

Convencionou-se apelidar provisoriamente de *Neoconstitucionalismo*⁶ o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico (expressas em declarações de direitos amadurecidas e em instrumentos de salvaguarda diversificados, incluindo o controle de constitucionalidade por meio de uma jurisdição constitucional) e com pretensão à efetividade (neste particular, tributável muito mais ao sentimento constitucional nutrido pelos povos do que a uma específica característica das normas constitucionais), verificado a partir de meados do século XX, como resultado das lições duramente aprendidas com os horrores da Segunda Guerra Mundial.

⁶ O próprio conteúdo do Neoconstitucionalismo é instável, como observa CARBONELL: “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas. Pensemos simplemente en la técnica de la ponderación de bienes constitucionales, la cual no se presta a soluciones generales que sirvan para todos los casos y para todos los países.” (2003, p. 9-12).

Usualmente, são apontados como marcos normativos desta evolução a Constituição Italiana (1947), a Lei Fundamental da Alemanha (1949), a Constituição Portuguesa (1976) e a Constituição Espanhola (1978).

No Brasil, a vigente Constituição da República exerce o papel de referência legislativa desta corrente de pensamento, que tem como um de seus principais vetores a *constitucionalização* dos diversos setores do ordenamento jurídico, fenômeno que influenciou profundamente o modo de interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas, trazendo a reboque especulações que tornaram mais complexo o raciocínio jurídico, que se pretende seja calcado em valores humanitários.

9.2.1 Neoconstitucionalismo(s)

Para ilustrar a amplitude teórica do *Neoconstitucionalismo*, é oportuno reproduzir, em linhas gerais, a análise meta-teórica proposta por COMANDUCCI (2003, p. 75-98), a partir das acepções de positivismo jurídico sintetizadas por BOBBIO, que consiste em agrupar o tema em três vertentes: como Teoria do Direito; como Ideologia do Direito e como Método de Análise do Direito.

Como Teoria do Direito, o Neoconstitucionalismo se propõe a descrever as transformações dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, consistentes na configuração de uma Constituição “invasora”, na positivação de um catálogo de direitos fundamentais, na onipresença de princípios e regras na Constituição e na existência de peculiaridades na interpretação e aplicação das leis a partir da incidência da Constituição.

Neste passo, conquanto haja divergência entre os estudiosos quanto à existência de uma solução de continuidade entre as metodologias adotadas pelo positivismo e pelo neoconstitucionalismo (para alguns, em ambos os casos se aplica a mesma metodologia, identificando-se apenas uma ligeira modificação de seu objeto), o Neoconstitucionalismo representaria uma alternativa ao Positivismo Jurídico tradicional (caracterizado pelo estatalismo, pelo legicentrismo e pelo formalismo interpretativo).

Como Ideologia de Direito, o Neoconstitucionalismo consistiria no esforço de colocar em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais, representando um salto de qualidade em relação ao constitucionalismo clássico, que se preocupava predominantemente com a limitação do poder estatal.

Esta mudança de foco se explicaria pela ascensão do Estado Democrático de Direito, no qual o Estado é tido, idealmente, como promotor de direitos e não mais meramente como um potencial usurpador de direitos.

Não há dúvida de que um subproduto necessário desta vertente ideológica é o fortalecimento do Estado para a promoção de direitos individuais, políticos e sociais, voltado especialmente para a defesa direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e para a superação das desigualdades sociais.

Segundo COMANDUCCI, a circunstância de DWORKIN, ALEXY e ZAGREBELSKY entenderem que nos ordenamentos democráticos e constitucionalizados contemporâneos se produziria uma conexão necessária entre Direito e Moral – que, vale o registro, fora rompida pelo positivismo jurídico, destacando-se neste contexto a Teoria Pura do Direito de KELSEN⁷ – conduziria a acreditar-se na existência de uma obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis conformes à Constituição, de modo que o Neoconstitucionalismo Ideológico poderia ser apontado como uma variante do Positivismo Ideológico, que pregava a obrigação moral de obediência à lei⁸.

Neste ponto, cabe uma ressalva à exposição do mestre italiano.

Como observa HOERSTER (2000, p. 17), o Positivismo Ideológico, ou Legalismo, não é de ser levado a sério nos meios acadêmicos por encerrar uma evidente incoerência com a própria neutralidade que caracteriza o positivismo jurídico: justamente porque o positivismo não impõe ao conceito de Direito qualquer limitação de conteúdo é que o positivismo se mostra alheio à questão da obrigatoriedade das normas jurídicas vigentes. Uma coisa é reconhecer a obrigatoriedade jurídica de uma norma; coisa bem diversa é reconhecer sua obrigatoriedade moral.

⁷ Nas palavras de KELSEN, Hans: “A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade.” (2003, p. 78).

⁸ A convicção de que haveria um dever moral de obedecer às leis pode ser associada ao ideal socrático, entre outros ideários.

Sem embargo do ligeiro reparo ao paradigma invocado, é de rigor reconhecer que, de fato, se desenha uma crença na importância de se cultivar o respeito à Constituição, traduzida pelo *sentimento constitucional*, sintetizado por BARROSO como “resultado último do entranhamento da Lei maior na vivência diária dos cidadãos, criando uma consciência comunitária de respeito e preservação, como um símbolo superior, de valor afetivo e pragmático” (2001, p. 48).

O ponto preocupante é o de que, em um ambiente de Estado Democrático de Direito, o dogma da obediência à Constituição é salutar. Mas seria conveniente pregar o amor à Constituição imaginando-se o endurecimento do regime político (o que não é de todo descabido na realidade latino-americana) e sua consolidação em uma Constituição de matiz totalitário (pregando, por exemplo, a radical nacionalização dos recursos naturais, com o verdadeiro confisco de instalações de uma companhia petrolífera cujo controle acionário pertence a governo estrangeiro)?

Uma resposta negativa, que é a que se espera de uma consciência esclarecida, poria em evidência que convém pregar antes o respeito aos *valores* que podem ser colhidos na Constituição da República do que o amor cego ao documento jurídico-político em que eles estão inscritos.

Dentre os filósofos apontados por COMANDUCCI como arautos da coligação ente Direito e Moral, é proveitoso debruçar-se, ainda que de passagem, na análise da tese central de pelo menos um deles: DWORKIN, segundo o qual o Direito, formado por regras e por princípios que têm sua fonte em uma moral objetiva, é, ou pode chegar a ser, totalmente determinado (a tese da única resposta correta).

A tese da única resposta correta é funcionalizada pelo famoso Juiz Hércules, definido pelo próprio DWORKIN como “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (2003, p. 287 e 314), ou seja, aceita o Direito como uma comunidade de princípios, extraídos da melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade ou, noutras palavras, fia-se na melhor interpretação do ponto de vista da moral política como um todo⁹.

⁹ É interessante observar que o direito como integridade não se presta apenas aos chamados *hard cases* (casos difíceis). Como assevera DWORKIN: “O direito como integridade explica e justifica tanto os casos fáceis quanto os difíceis; também mostra porque são difíceis.” (2003, p. 317).

A grande dificuldade nesta tese é a falta de parâmetros mais palpáveis de como atingir o Direito como Integridade, o que enseja o subjetivismo judicial.

O próprio DWORKIN (2003, p. 452), percebendo esta objeção, defendeu sua tese rotulando o “ativismo” de forma irônica, como “teoria bicho-papão”. Após apontar o ativismo como “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, na medida em que o juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”, o filósofo anglo-americano se conforta na certeza de que o juiz aplicaria a Constituição por meio de uma interpretação – e não por um ato de fé – ciente de que sua decisão deve se ajustar à prática constitucional, alinhando-se às tradições e à cultura política da nação.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 é tão prolixa e traz em seu bojo a consagração de interesses tão díspares que, com certa habilidade retórica, um juiz poderia facilmente decidir de forma subjetivista invocando dispositivos colhidos da Lei Maior. E nisso não se poderia sequer apontar um indício de má-fé, diante da ambigüidade com que certos princípios se apresentam. Basta lembrar que a dignidade da pessoa humana foi invocada tanto para fundamentar quanto para criticar a decisão do STF no sentido de proibir a condução *manu militari* do suposto pai para a realização de exame de DNA¹⁰.

Como método de análise do Direito, o Neoconstitucionalismo sustentaria a conexão necessária entre Direito e Moral, ao menos quanto ao Direito Constitucional, no qual os direitos fundamentais seriam a ponte entre a esfera moral e a esfera jurídica.

ALEXY (2003, p. 75-98), ao avaliar a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico alemão (com observações que podem ser aplicadas ao sistema jurídico brasileiro), descreve a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico da seguinte forma: ocupam o patamar mais alto (por estarem inscritos na Constituição), detêm a máxima força jurídica (vinculando as três funções do poder estatal), encerram bens jurídicos da máxima importância e possuem o máximo grau de indeterminação.

¹⁰ O exemplo, que se debruça sobre o julgamento do Habeas Corpus nº 71.373/RS (Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 10.11.1994), é de BARROSO, retirado do ensaio “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, (2001, p. 32 e 33).

O máximo grau de indeterminação, tributado ao caráter necessariamente vago de uma declaração de direitos contida na Constituição, enseja o reconhecimento pelo filósofo alemão de que existe um ponto de tensão entre os direitos fundamentais e a democracia, na medida em que uma decisão do Tribunal Constitucional retira a matéria da agenda política nacional.

Daí sua conclusão de que o substrato dos direitos fundamentais é aquilo que cidadãos racionais, com distintas concepções pessoais do Bem, consideram como condições de cooperação social justa tão importantes que não se pode deixar ao simples Legislador a deliberação sobre elas: a “representação argumentativa” do Tribunal Constitucional se contraporia à “representação política” do Parlamento.

Por todos os ângulos apresentados, fica claro que o Neoconstitucionalismo, em qualquer de suas acepções, entrega a última palavra ao Poder Judiciário, que retira a legitimação de suas decisões de um processo que assegure a ampla possibilidade de participação dos interessados e seja calcado na apreciação racional sobre os fatos e normas aplicáveis ao caso.

9.2.2 Parâmetros metodológicos do neoconstitucionalismo

O emaranhado de nuances que podem ser observadas impõe a adoção de determinados parâmetros metodológicos.

Uma síntese dos contornos do Neoconstitucionalismo, ao menos no que encontra maior difusão no Brasil, foi formulada por BARROSO, em ensaio no qual são apontados o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico do Neoconstitucionalismo (2006, p. 43-92), a seguir expostos.

O *marco histórico* é o período do pós-guerra, especialmente nas experiências italiana e alemã (que mais marcantemente influenciam o sistema jurídico brasileiro) e, no caso da experiência brasileira, a redemocratização pós-regime militar.

O *marco filosófico* é o pós-positivismo, no bojo do qual é identificado um conjunto de idéias heterogêneo, que congrega a normatividade dos princípios; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.

As características do pós-positivismo são analisadas por BARROSO em estudo anterior¹¹, onde fica consignado que “o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional”.

Um dos traços característicos do pós-positivismo, talvez o mais marcante, é o aprofundamento da distinção das normas jurídicas entre princípios e regras.

Na dogmática tradicional, regras e princípios eram diferenciados apenas pelo grau de generalidade, sendo conferido à regra grau mais elevado de normatividade do que o atribuído ao princípio, por trazer um comando específico, ao passo que ao princípio se atribuía um papel de mero coadjuvante, pelo seu conteúdo vago.

Os princípios serviam como argumento de realce ou como diretrizes para a exposição didática de um instituto jurídico, mas em geral não se ousava reconhecer um direito e uma correspondente obrigação com base, tão-somente, em um princípio.

Prova disso é que o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942), emprestava realce aos princípios gerais de direito apenas como fonte subsidiária do Direito, aplicável na omissão da lei, e ainda assim, segundo entendimento corrente à época, somente após a tentativa de aplicação da analogia e dos costumes.

Na dogmática pós-positivista, a lógica da equação foi invertida, passando-se a reconhecer um grau maior de normatividade aos princípios precisamente porque esta espécie de norma apresenta de forma mais explícita o valor que pretende salvaguardar, embora não evidencie uma consequência jurídica específica.

A preeminência dos princípios se revela no papel que lhes é reconhecido atualmente, resumido na feliz definição de *mandamentos nucleares de um sistema*¹²: atuam como vetores interpretativos e servem como elementos de integração das lacunas deixadas pela regras, exercendo um evidente papel de harmonização dos elementos que compõem o sistema normativo.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, cit., p. 5-37.

¹² A definição, tributada a Celso Antônio Bandeira de Mello, encontra relevo em sua tese de titularidade na cadeira de Direito Constitucional da UERJ, convertida em livro. Confira-se: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 143.

É interessante tomar de empréstimo os três critérios distintivos entre princípios e regras propostos por BARROSO: a) quanto ao conteúdo; b) quanto à estrutura normativa e c) quanto às particularidades de aplicação.¹³

Quanto ao *conteúdo*, as regras se limitam a estabelecer uma conduta, ao passo que os princípios identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados.

Quanto à *estrutura normativa*, as regras especificam os atos a serem praticados, ao passo que os princípios não detalham a conduta a ser adotada para sua realização, exigindo maior esforço interpretativo do seu aplicador.

Por fim, quanto à sua *aplicação*: as regras se aplicam segundo a lógica binária do tudo ou nada (se a situação concreta se subsume ao relato contido na norma, ela é aplicável, caso contrário, ela não é aplicável); por outro lado, os princípios podem ser fracionados em seu conteúdo em um “núcleo duro” (sua carga essencial) e em sua extensão passível de compressão na colisão com outros princípios, podendo-se falar na aplicação de um dado princípio em diferentes graus.

Sem embargo desta distinção, é possível reconhecer princípios com caráter extremamente dúctil, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta de forma intransigente em relação aos demais princípios que se coloquem em rota de colisão com ele. Quem sustentar o contrário dificilmente encontrará adesão na comunidade (e, muito menos, a adesão do juiz).

Da mesma forma, é possível reconhecer hipóteses em que a regra cede passo a peculiaridades do caso concreto que, remontando a princípios, fazem com que a regra não seja aplicada a caso concreto que, a rigor, estaria subsumido à norma.

Neste particular, é oportuno observar que esta constatação nada tem de original ou recente: há milhares de anos, ARISTÓTELES já pregava a aplicação da equidade para afastar a aplicação da regra geral justa que se mostrasse injusta no caso concreto (2005, p. 124 e 125).

A novidade não está, portanto, no esquema de pensamento, mas sim no seu ambiente metodológico: o reconhecimento desta conclusão agora se situa no âmbito da Teoria Geral do Direito e não apenas no âmbito da Teoria da Justiça.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. **Temas de direito constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-59, especialmente p.16 a 20.

Outro elemento complicador na distinção entre regra e princípio é que, por vezes, a regra conterá conceitos jurídicos indeterminados, como ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor¹⁴.

Os conceitos jurídicos indeterminados são refratários à pura e simples subsunção, exigindo um esforço integrativo do aplicador da lei para alcançar seu significado, que deverá ser buscado no acervo cultural da sociedade.

Antes de avançar na exposição, é importante observar que a superação do velho esquema de aplicação das normas mediante a subsunção não é fenômeno tributável ao Neoconstitucionalismo.

Muito antes de esta corrente de pensamento ganhar notoriedade nos meios acadêmicos, ENGLISH já observava que as leis eram elaboradas de maneira que o juiz não lograsse aplicá-las tão-somente por meio da subsunção a conceitos jurídicos fixos, sendo antes chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e agir de um modo semelhante ao do legislador. Na conclusão da sua exposição, o grande jurista previa: “E assim continuará a ser no futuro.” (1983, p. 207)¹⁵. De fato, assim é atualmente.

A dogmática fundada na normatividade dos princípios (especialmente no tocante aos princípios constitucionais) e a constatação evidente de que a convivência de princípios no sistema geraria, nos casos concretos, conflitos que não poderiam ser resolvidos pelos métodos de solução de antinomias entre regras (hierarquia, cronologia e especialidade) gerou a necessidade de se estabelecer uma metodologia para sua conjugação, traduzida na *ponderação de bens e interesses*, a qual deve apresentar uma linha de argumentação capaz de conquistar a adesão da comunidade em geral e do juiz em particular (seara própria da *teoria da argumentação*), de modo a que a atividade interpretativa não se resuma ao puro e simples subjetivismo.

Também aqui, é interessante observar que não se trata de esquema de pensamento novo: como notou ENGLISH, o princípio já era há muito utilizado no Direito Penal (basta pensar na aferição das excludentes de ilicitude, especialmente do estado de necessidade e da legítima defesa), vindo, num segundo momento, a

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto Barroso. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, cit., p. 5-37.

¹⁵ A edição consultada é de 1983 mas a primeira edição do original alemão é de 1956.

ganhar corpo no Direito Constitucional (a partir do célebre caso Lüth), no Direito Administrativo (sopesamento entre interesse público e interesse privado no exercício do poder discricionário) e até mesmo no Direito Civil (no paradigmático conflito entre a proteção do direito à privacidade e do direito à informação) (1983, p. 350 e 351).

O *marco teórico* do Neoconstitucionalismo pode ser identificado em três vetores: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A promoção da força normativa da Constituição é tributável à emblemática conferência de HESSE¹⁶, onde o professor alemão pôs em relevo a necessidade de observar o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, de desenvolver a consciência dos limites e possibilidades da atuação da Constituição jurídica e de investigar os pressupostos de eficácia da Constituição, tendo como fio condutor a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A jurisdição constitucional no Brasil, como se sabe, é praticada sobre um sistema eclético de controle de constitucionalidade (são agregados o controle por via incidental e o controle por via principal)¹⁷.

A nova dogmática de interpretação constitucional consistiria na identificação de princípios de interpretação especificamente constitucional (que se destacariam dos métodos hermenêuticos tradicionais – gramatical, histórico, sistemático e teleológico), sistematizados por BARROSO da seguinte forma, à qual se adere¹⁸:

- a) princípio da supremacia da Constituição;
- b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (tributável ao princípio da separação dos poderes – *rectius*, das funções estatais do poder político –, a partir do qual se conclui que só se deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo se sua afronta à Constituição for indubitosa – “beyond any reasonable doubt”);

¹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes (aula inaugural do ano acadêmico de 1959 na Universidade de Freiburg). O desenvolvimento desta temática foi realizado por BARROSO, Luís Roberto em **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁷ Sobre o tema, sem mencionar outros trabalhos de equivalente envergadura, vale a referência ao trabalho de BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, cit., p. 150-244.

c) princípio da interpretação conforme a Constituição (desdobramento do princípio anterior, consiste em buscar-se, nas várias interpretações possíveis do texto infraconstitucional, afastar apenas a interpretação que não se adeque à Constituição – o que conduz à técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto);

d) princípio da unidade da Constituição (por força do qual, dada a unidade hierárquico-normativa das normas constitucionais, em eventual conflito entre elas, todas devem ser preservadas – aqui há espaço para a ponderação de bens e interesses);

e) princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (equiparados para fins práticos, embora se reconheça sua distinta origem e estrutura teórica, diante do ponto em comum consistente no controle da ingerência excessiva do Poder Público na esfera jurídica do particular¹⁹) e

f) princípio da efetividade (segundo o qual, entre diversas interpretações possíveis do texto constitucional, deve-se adotar a que mais plenamente o realize no mundo dos fatos).

9.2.3 A constitucionalização do direito

GUASTINI denomina *Constitucionalização do Ordenamento Jurídico* o processo de transformação de um sistema jurídico de modo que o ordenamento resulte “impregnado” pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de influenciar a ação dos atores políticos e as relações sociais (2003, p. 49).

O professor italiano sustenta que se podem aferir determinadas *condições de constitucionalização*, que consistiriam em:

¹⁹ A proporcionalidade se afere mediante a adequação entre os fins perseguidos e os meios eleitos, a inexistência de meio menos gravoso para o atingimento do fim e a compensação em adotar-se a medida, no cotejo da relação custo-benefício entre a ingerência promovida e a vantagem pretendida.

a) Constituição rígida, isto é, cujo processo legislativo de modificação seja mais rigoroso do que o da legislação ordinária;

b) garantia jurisdicional da Constituição (ou seja, uma Jurisdição Constitucional);

c) força vinculante da Constituição (ao lado das normas de organização do Estado e das normas definidoras de direitos, também as normas programáticas e as normas não auto-aplicáveis seriam dotadas de eficácia jurídica, para obstar à promulgação de leis com elas incompatíveis e para revogar leis anteriores com ela incompatíveis);

d) “sobreinterpretação” da Constituição (devem-se explorar ao máximo as possibilidades do texto constitucional, extraindo dele normas implícitas, resultando daí que não exista lei que possa fugir ao controle de constitucionalidade e que não haja “questões políticas” na lei insuscetíveis de controle pelo Estado-Juiz;

e) a aplicação direta das normas constitucionais (cabe aqui ajuntar: tanto às relações entre o Estado e o cidadão quanto às relações privadas);

f) a interpretação das leis conforme a Constituição e

g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (que se expressaria na solução do conflito de atribuições entre os órgãos constitucionais; no controle da discricionariedade dos atos legislativos, especialmente por meio do princípio da razoabilidade, e na utilização da Constituição na argumentação política).

De todas as condições de constitucionalização, que, a rigor, se apresentam como *características da constitucionalização*, a única que parece merecer reparo é a da “sobreinterpretação” da Constituição, na parte em que se conclui não haver qualquer espaço para a discricionariedade legislativa – argumento que, *a fortiori*, também se aplicaria à discricionariedade na escolha de políticas públicas.

Levar ao extremo a reserva de jurisdição pelo Poder Judiciário acabará por comprometer o princípio da “separação dos poderes” – *rectius*: harmonia das funções do Estado (art. 2º da Constituição da República), substituindo-se o regime democrático por uma ditadura de juizes, ainda que bem intencionados.

Não é de se ignorar a grave insegurança jurídica que decorreria da possibilidade de substituir a discricionariedade do legislador e do administrador pela opinião ao juiz, que, reconheça-se, em confronto com o administrador e o legislador, é a pessoa menos preparada para tomar uma decisão política.

Cumpra lembrar que a escolha da conveniência e oportunidade de uma política pública esbarra em contingências orçamentárias que, ignoradas por uma decisão arbitrária do Judiciário, poderiam levar a uma decisão inexecutável, que só contribuiria para o desprestígio da atividade jurisdicional.

Aliás, em sede de controle da discricionariedade, é expressivo observar que o STJ já chegou a reconhecer que não caberia ao Judiciário imiscuir-se no campo da discricionariedade inerente ao poder normativo das agências reguladoras, especialmente quanto à adoção de critérios técnicos para a atividade regulatória (cf. Agravo Regimental em Suspensão de Liminar e Sentença nº 163/PE)²⁰.

Neste particular, a razão está com BARROSO, para quem a Constituição não deve ocupar o espaço reservado às escolhas políticas dos representantes do povo em determinada época, devendo ser preservada a *autonomia da função legislativa* ou *liberdade de conformação do legislador*. Nas suas palavras: “Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu”²¹.

Neste sentido, vale relembrar a ponderação de ALEXY, já citada, no sentido de que há uma considerável tensão entre o Neoconstitucionalismo (do qual a constitucionalização é subproduto) e a Democracia, quanto às escolhas políticas exercidas pelos representantes eleitos pelo povo (2003, p. 75-98).

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agência Nacional de Saúde Suplementar e Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Rel. Min. Edson Vidigal. 19 de dezembro de 2005. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 16 out. 2007. Colhe-se do voto do Relator a seguinte passagem:

“Tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar.

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia. [...] Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em “Controle Judicial dos Atos Regulatórios”, anotando que: “se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despidos das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado” (2005, fls. 272/275).”

²¹ BARROSO, Luís Roberto. “Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário.” **Temas de direito constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 303-339, especialmente p. 314 e 315.

9.2.3.1 A constitucionalização do direito privado

Sobre o Direito Privado, as características do neoconstitucionalismo que suscitam maior interesse são a interpretação das leis conforme a Constituição e a aplicação direta da Constituição, aspectos nem sempre conjugados pela doutrina especializada²².

Duas concepções digladiam-se sobre a forma de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas: a teoria da eficácia imediata (direta) e a teoria da eficácia mediata (indireta).

Segundo a teoria da eficácia mediata (indireta), a menos que a Constituição da República expressamente preveja sua aplicação às relações privadas, deve ser respeitada a liberdade dos particulares e a própria autonomia do Direito Privado: as normas constitucionais seriam apenas referencial normativo para a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais, cabendo privativamente ao legislador a tarefa da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

Segundo a teoria da eficácia imediata (direta), a Constituição se aplica diretamente às relações privadas, pois não há motivo razoável para colocar as relações privadas à margem da eficácia normativa da Constituição, pois cabe ao juiz a tarefa de ponderação definitiva entre os direitos fundamentais e a autonomia privada (vale dizer: o juiz não está vinculado à postura do legislador, não havendo razão para conformar-se com a ponderação realizada ou para tomar a ausência de ponderação no caso específico como um silêncio eloquente em favor da autonomia privada).

Ao examinar as relações entre a norma constitucional e as normas infraconstitucionais que regulam as relações privadas, PERLINGIERI faz breve referência à disputa entre as teorias acima expostas, concluindo que as normas constitucionais não devem ser consideradas apenas como regras de interpretação, mas também como normas de comportamento, idôneas “a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (1999, p. 12).

²² Os itens 9.2.3.1 a 9.2.4.5 se baseiam em ensaio do autor deste trabalho: MARTINS (2007).

Há quase meio século, GIORGIANI denunciava o esgotamento do modelo individualista do Direito Privado, de matiz voluntarista, que expressava uma realidade socioeconômica oitocentista “ou melhor, setecentista”, impondo-se com vigor cada vez maior um modelo socializado, de matiz dirigista, que expressa a realidade política e socioeconômica de sociedades marcadas por conflitos sociais e por conquistas dos setores individualmente mais fracos, mas coletivamente fortes, como o dos trabalhadores (1998, p. 35-55).

Poder-se-ia objetar que, embora a força normativa da Constituição se irradie sobre o Estado e sobre os particulares que nele vivem, o projeto social assumido pela Lei Maior tem como protagonista o Estado, não se podendo exigir dos particulares o esforço exigido do Estado para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No terreno da filosofia política, NOZICK defendeu em uma obra clássica do neoliberalismo que nenhum padrão de justiça distributiva era logicamente sustentável (1991). Do ponto de vista estritamente lógico, seu postulado é convincente. Mas, para compreender a sociedade, não bastam argumentos lógicos que ignorem séculos de lutas sociais, como observa HOFFE em aguda crítica a essa concepção (2001, p. 423).

Do mesmo modo, não se pode compreender a vinculação direta dos particulares à Constituição ignorando que a sociedade atual não é marcada por um simples diálogo entre a sociedade civil e o Estado, mas sim por um complexo debate envolvendo o Estado e os diversos grupos sociais, polarizados por uma rede de diversos interesses, ora antagônicos, ora complementares, ora competitivos, no qual o Estado, não-raro, se limita a proclamar com uma lei a vitória de um grupo social sobre outro.

A profunda mutação da forma e do conteúdo do debate social se reflete na multiplicação dos palcos deste debate: os grupos sociais não restringem o *locus* da consagração de suas conquistas apenas aos parlamentos, passando a estendê-los aos tribunais e aos gabinetes da Administração Pública (sobretudo em tempos de desregulamentação, nos quais proliferam as agências reguladoras de importantes atividades econômicas, tanto as assumidas pelo Estado como serviços públicos, cuja execução depois foi delegada a particulares, como as atividades privadas sujeitas à regulação do Estado, como a distribuição de energia elétrica, água e o fornecimento de assistência suplementar à saúde).

O dinamismo dos debates sociais alcança dimensão tamanha que a instabilidade normativa não atinge apenas a legislação por sucessivas revogações, algumas vezes acompanhada do reconhecimento jurisprudencial da retroatividade mínima: a própria coisa julgada é posta em xeque e relativizada em situações de conflito com direitos fundamentais. A trilogia da segurança jurídica, caracterizada pela combinação do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada não pode mais ser explicada nos termos taxativos em que tradicionalmente era exposta pela doutrina.

Na doutrina pátria a discussão em torno do tema é mais recente: há apenas vinte anos e com certo pioneirismo, GOMES denunciou a crise do paradigma individualista simbolizado pelo Código Civil de 1916, com o surgimento de um verdadeiro polissistema formado por leis especiais voltadas à regulação de setores expressivos da vida nacional, como o parcelamento do solo urbano, a propriedade industrial, o inquilinato e a situação jurídica da mulher casada, que rompeu com o mito da unidade, generalidade e simplificação que conferia o tom da legislação civil e consolidou uma nova espécie de legislador que os movimentos sociais reclamaram: o legislador engajado em um projeto constitucional (a Constituição como “centro do universo jurídico”), que não se limitasse a criar leis repressivas, mas também leis promocionais (1986, p. 1-9).

O debate sobre a constitucionalização do Direito Privado no cenário nacional foi adiado pelos ventos autoritários que marcaram o período de pós-guerra, entremeado pelas ditaduras getulistas e militares, com alguns espasmos democráticos plasmados em um desenvolvimentismo populista: falar em “socialização” do Direito Privado poderia trazer ao estudioso a pecha de “comunista” ou “subversivo”, com todas as perseguições políticas daí decorrentes.

Durante esse período, a legislação extravagante evoluía lentamente, trazendo certos avanços sociais, mas continuava portadora de uma racionalidade pagã, que não recebera o batismo da democracia. Em verdade, a legislação espelhava o perfil de uma sociedade pretensamente tutelada pelo Estado, longe de conquistar sua emancipação. O exame atento das leis desta época revela que, como na fábula italiana, promoviam-se mudanças para assegurar que tudo continuaria como antes, multiplicando-se os microssistemas sob a tutela do Estado, como foi o caso do sistema cooperativista sob a égide da Lei nº 5.764, de 1971.

Só é possível compreender a importância da Constituição de 1988 para a reconstrução do Direito Privado brasileiro mediante o esclarecimento prévio de que se trata da única constituição verdadeiramente democrática que a nação conheceu, não tanto por suas origens (uma assembleia constituinte eleita pelo povo, mas convocada pelo Regime Militar), mas sim pelo ambiente democrático em que se desenvolveu sua paulatina concretização.

O quanto se expôs permite compreender o diferencial metodológico da Constitucionalização do Direito em relação ao pensamento jurídico tradicional, acentuada por PERLINGIERI: “A função do jurista é, portanto, complexa e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religioso” (1999, p. 3).

Cabe averbar que esta metodologia fortemente influenciada pelos anseios sociais abre um novo campo de investigação ao aplicador da lei, como observa o mestre italiano (1999, p. 12):

Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio de meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), e num esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.

A advertência realça que a aplicação das normas constitucionais às relações jurídicas privadas transcende a consideração pura e simples do ordenamento jurídico como sistema meramente normativo caracterizado pela unidade (tendo uma norma suprema como centro de gravidade do conjunto normativo e tendo os elementos normativos escalonados de forma que não haja antinomias): exige-se um sistema normativo permeável a elementos políticos, sociológicos e filosóficos, que conferem maior dinamismo à interação entre fatos, valores e normas.

Note-se que nem sempre a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas se fará sentir pelo reconhecimento de um específico direito subjetivo, como observa SARMENTO (2006, p. 257):

Na verdade, parece-nos que não é possível resumir todas as hipóteses de aplicação direta dos direitos individuais nas relações privadas à moldura, por vezes específica, do direito subjetivo. Os direitos individuais podem e devem ser aplicados diretamente, por exemplo, a interpretação de cláusulas contratuais ou de outras declarações de vontade, de sentido duvidoso, independentemente da invocação de qualquer conceito jurídico indeterminado formulado pelo legislador privado. Podem e devem ser usados também como pautas exegéticas, ou, em casos patológicos, como limites externos para a regulação jurídica emanada de fontes não estatais do Direito (estatuto da associação de moradores ou do clube, convenção do condomínio, regulamento interno da escola privada etc.).

O particular tem o dever de respeitar, tanto em suas ações quanto em suas omissões, os direitos fundamentais dos demais particulares mas, geralmente, não se lhe exige que proteja o próximo das agressões de terceiros (SARMENTO, 2006, p. 258). Esta ressalva, evidentemente, não se estende às hipóteses de omissão de socorro, que constitui crime (artigo 135 do Código Penal: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”).

A propósito do tema, cabe breve referência à situação corriqueira em que usuário de plano privado de assistência à saúde, em situação de iminente risco de vida, tem a cobertura negada pela operadora de plano de assistência à saúde. Nesse caso, o hospital privado não se pode furtar a prestar socorro, mas terá o direito de efetuar a cobrança da conta hospitalar diretamente ao paciente ou a quem se apresentar como responsável pela internação, devendo informar previamente esta circunstância: a solidariedade social exige somente que não se deixe ao desamparo pessoa em iminente risco de vida, não se podendo exigir a este título que o hospital privado preste serviços gratuitos, em evidente enriquecimento sem causa do paciente e do próprio Estado, a quem incumbe o dever constitucional de assistência gratuita à saúde.

No Brasil, como observa SARMENTO (2006, p. 246), a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais é amplamente dominante na doutrina e na jurisprudência, de modo que a questão central se coloca muito mais na extensão da aplicabilidade das normas constitucionais às relações privadas.

No atual estado dos estudos civilísticos, não parece passível de discussão a constitucionalização do Direito Privado (aí compreendidos o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor e o Direito Civil, entre outros), tendo se tornado verdadeiro lugar comum a referência aos estudos de TEPEDINO (2004, p. 1-22) (2006, p. 21-46) e MORAES (1993, p. 21-32) (1999, p. 95-113) sobre o impacto da Lei Maior sobre o Direito Civil.

Feito o breve registro dessas relevantes mutações na técnica legislativa, parece desnecessário passar em revista a trajetória do Direito Civil brasileiro desde a centralidade do Código Civil de 1916, passando pelo surgimento de leis extravagantes e pela formação de múltiplos microssistemas, até a reunificação do sistema em torno da Constituição da República.

O mais importante no atual contexto brasileiro é avaliar a extensão da aplicabilidade das normas constitucionais ao ambiente dos particulares, em que é preciso considerar a tensão entre os valores patrimoniais tradicionalmente tutelados pelo Direito Privado e os valores existenciais consagrados pela Constituição da República.

9.2.3.2 *A dignidade da pessoa humana*

Para avaliar os desdobramentos da tensão normativa gerada pelo impacto dos valores existenciais carreados pela constitucionalização sobre uma seara em que vicejava um ferrenho patrimonialismo, é preciso tomar como ponto de partida a norma de maior densidade no sistema.

Há consenso quanto ao fato de que a Constituição da República elegeu a dignidade da pessoa humana como vetor normativo de máxima proeminência, como se extrai do seu artigo 1º, inciso III. Mas o mesmo consenso não se traduz quanto à definição dos limites e possibilidades da dignidade da pessoa humana, quer em relação ao Estado (basta lembrar das “escolhas trágicas” e da “reserva do possível”), quer em relação aos particulares (cujas exigências do preceito são questionadas diante da liberdade do indivíduo, que, em princípio, não pode ser compelido a lançar-se sem reservas no projeto de construção de uma sociedade solidária).

De modo geral, a abordagem do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana assume duas vertentes: uma enumerativa, que busca pinçar os direitos fundamentais mais relevantes para a pessoa e inseri-los sob a capa da dignidade, e outra ampliativa, que abarca sob a dignidade, em certo grau a ser definido conforme o caso concreto, todos os direitos fundamentais (individuais e sociais).

MORAES enfeixa, sob a capa da dignidade da pessoa humana, a salvaguarda dos princípios da igualdade (que consiste no direito a não receber tratamento discriminatório: em ver respeitadas as suas peculiaridades – direito à diferença – e em obter o mesmo tratamento dos demais – direito à igualdade perante a lei – da integridade física e moral – no qual se insere o direito a não ser torturado e o direito à existência digna –, da liberdade – em que se inserem a privacidade, a intimidade e o livre exercício da vida privada – e da solidariedade – definido como um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”, inserindo-se aí a disciplina da responsabilidade civil, especialmente na proteção dos consumidores (2006, p. 107-149).

AZEVEDO observa que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana pressupõe a intangibilidade da vida humana (de que se extraem consequências como a proibição da eutanásia, a proibição do abortamento do embrião e a impossibilidade da introdução legislativa da pena de morte) e carrega como consequências o respeito à integridade física e psíquica da pessoa (por força do qual, nos casos de danos à pessoa, a responsabilidade civil objetiva passa a ser a regra e a responsabilidade civil subjetiva passa a ser a exceção e por força do qual se exige o consentimento informado do paciente para a realização de procedimentos médicos); o respeito às condições mínimas de vida (cujo exemplo de consagração mais conhecido é o regime das impenhorabilidades, especialmente do bem de família e cuja síntese mais eloqüente é a idéia de “mínimo existencial”) e o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens (no qual podem ser enquadrados os chamados “direitos da personalidade”, à exceção dos direitos à vida e à saúde, que já foram enquadrados nas categorias anteriores, como o nome, a igualdade, a liberdade e a intimidade). Em conclusão, observa o mestre paulista que, grosso modo, o conteúdo da dignidade da pessoa humana pode ser resumido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (2004, p. 3-24).

BARCELLOS apresenta uma noção mais ampla do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, identificando-o com os direitos fundamentais: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais (nos quais se enquadrariam os direitos sociais, econômicos e culturais). Detém-se na idéia do mínimo existencial como núcleo sindicável do princípio da dignidade da pessoa humana, alinhando em seu bojo a educação fundamental (incluindo tanto o ensino regular de crianças e adolescentes quanto a educação de jovens e adultos – o antigo “supletivo”); a saúde básica (aí compreendidos o saneamento básico, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica, sustentando-se como parâmetro o plano-referência instituído pela Lei nº 9.656, de 1998, como cobertura mínima a ser oferecida); a assistência aos desamparados, observando-se a dificuldade de concretizar a assistência social sem desvirtuamentos, que a entrega de numerário aos necessitados, por exemplo, ensejaria, e o acesso à Justiça, destacando-se neste contexto a assistência jurídica integral confiada às defensorias públicas e o benefício da gratuidade de custas e emolumentos (2002, p. 259 e 260).

SARLET apresenta a seguinte definição (2006a, p. 60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Prossegue expondo que a dignidade da pessoa humana, como princípio normativo fundamental “que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos)”, pressupõe a personalidade jurídica de todos os seres humanos e abarca uma série de direitos, como a vida, a liberdade pessoal, a identidade pessoal (incluindo nome, privacidade, intimidade, honra e imagem), a igualdade, a integridade, a propriedade, os direitos sociais, econômicos e culturais, nas dimensões defensiva e prestacional – como o direito à moradia – e os direitos políticos – inclusive o acesso à Justiça (2006a, p. 84-85).

Os exemplos de direitos fundamentais que podem ser associados à dignidade da pessoa humana devem ser tomados tanto na sua dimensão defensiva (negativa) quanto prestacional (positiva), concluindo-se daí que a dignidade da pessoa humana não serve apenas como anteparo contra ataques à pessoa, mas também como instrumento de reclamo de providências para sua plena realização. Serve bem ao realce deste importante aspecto, que associa a valoração das condutas comissiva e omissiva, a transcrição da passagem (2006a, p. 97-98):

De todos os exemplos colacionados – que de longe não esgotam o rol dos direitos fundamentais embasados na dignidade da pessoa humana – já transparece a sua referida dupla função defensiva e prestacional (negativa e positiva), inclusive na condição de posições jurídicas subjetivas. Com efeito, tal caráter dúplice manifesta-se não apenas pela circunstância – já suficientemente demonstrada – de que tanto os assim denominados direitos de defesa (ou direitos negativos), mas também os direitos a prestações fáticas e jurídicas (direitos positivos) correspondem, ao menos em regra, às exigências e constituem – embora em maior ou menor grau – concretizações da dignidade da pessoa humana, mas também pelo fato de que da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não-violação) mas também um dever de promoção e proteção, a ser implementado inclusive – consoante já referido relativamente aos assim designados direitos sociais – por medidas positivas não estritamente vinculadas ao mínimo existencial.

Segundo essa concepção, o rol dos direitos fundamentais reconduzíveis à dignidade da pessoa humana ainda pode se estender além do texto constitucional, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). Uma concepção tão ampla da dignidade da pessoa humana reclama a necessidade de saber quais direitos fundamentais efetivamente possuem um conteúdo podem ser tidos como manifestação direta ou, pelo menos, indireta da dignidade da pessoa humana (2006a, p. 124).

A esta equação se adiciona o elemento complicador de que, ainda que se parta da premissa (que não é pacífica) de que todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade, ainda haveria a dúvida de qual é exatamente este conteúdo que, para além disso, poderá, ou não, coincidir com o assim denominado núcleo essencial do direito fundamental (2006a, p. 125).

9.2.3.3 O método tópico aplicado às relações privadas

SARLET sintetiza a metodologia a ser aplicada na perspectiva constitucionalizada das relações privadas ao afirmar que (2006b, p. 401):

No âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadas pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

De fato, como se observou, a consagração da plena normatividade dos princípios, sobretudo os de hierarquia constitucional, gerou a necessidade de recorrer-se a uma técnica de conjugação, a ponderação de bens e interesses, que busca equilibrar valores conflitantes por meio de um raciocínio interpretativo com pretensão à concordância da comunidade (afinal, não se concebe que uma decisão, num Estado Democrático de Direito, não traga ínsita a aspiração ao reconhecimento de sua legitimidade), o que se espelha nas teorias da argumentação.

A dificuldade na aplicação da ponderação de bens está em definir-se, na colisão entre dois princípios, qual deles deverá ceder espaço ao outro.

Para tentar eliminar o alto grau de subjetivismo que o neoconstitucionalismo enseja, é preciso compreender as etapas de aplicação da ponderação de bens e, finalmente, buscar critérios para orientar esta aplicação.

BARROSO descreve três etapas pelas quais o intérprete deve passar para realizar a ponderação²³:

²³ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 3-59, especialmente p. 22 a 24.

1) a identificação das normas relevantes para a solução do caso concreto, que devem ser agrupadas em função da solução a que conduzam, identificando-se desde já eventuais conflitos entre as normas identificadas;

2) o exame da interação entre os fatos deduzidos do caso concreto e as normas, destacando-se as conseqüências práticas da incidência de cada norma e confrontando-se os fatos e as normas;

3) a escolha de qual das soluções aventadas deverá prevalecer em relação às demais, determinando-se ainda o grau desse prevailecimento, tendo como norte os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A esta altura, BARROSO reconhece que é certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências.

Aponta a falta de critérios apriorísticos para o exame da regularidade da ponderação, ao dizer: “a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita”.

Sem embargo da conclusão inevitável, o constitucionalista carioca observa que a ampla margem de discricionariedade do juiz (ensejada pela falta de critérios objetivos) deverá, como regra, ficar adstrita às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer uma solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer, averbando que “a existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”.

Partindo do ponto em que a exposição de BARROSO se encerrou, surge uma perplexidade que não tranqüiliza o aplicador da lei em busca de segurança jurídica (e, quiçá, também de uma justiça apreensível): se a regra é que o juiz só promova a ponderação de bens em hipóteses de lacuna do ordenamento, quais seriam as exceções?

Se admitirmos que a supremacia da Constituição empresta aos princípios constitucionais a força não só de integrar o sistema jurídico, mas também de eliminar suas disfunções, será forçoso admitir que o juiz é convocado a aplicar a ponderação de bens, que remonta ao próprio senso de justiça – o que também é reconhecido por BARROSO –, em qualquer caso em que o princípio reclame sua satisfação segundo as diretrizes traçadas pela Constituição.

Pouco conforta a recondução do raciocínio ao princípio da unidade da Constituição, diante da constatação de que, embora não haja hierarquia normativa entre as normas constitucionais, é possível reconhecer uma hierarquia axiológica entre as normas, sobretudo se tomarmos em conta o núcleo imodificável da Constituição, ou seja, as “cláusulas pétreas” (§ 4º do artigo 60 da Constituição da República) em relação a outras normas.

Com efeito, embora se considere que as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, quem proclamaria que a plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana deveria ceder passo ao princípio da livre-iniciativa, num confronto entre estas normas?

A conclusão inarredável é, respeitado o espaço de discricionariedade legislativa e administrativa, que não há limites ao emprego da técnica de ponderação de bens e interesses: o neoconstitucionalismo consagrou a abertura da Caixa de Pandora, reconhecendo que ao Poder Judiciário cabe inescapável monopólio da última palavra, sendo inútil lançar mão de artifícios com a exigência de cega obediência à lei escrita e a medidas hermenêuticos previsíveis (interpretação literal, sistemática, histórica, teleológica) para proclamar uma falsa segurança jurídica.

Na falta de elementos objetivos, o controle de legitimidade da ponderação pelo juiz tem sido realizado pelo exame da argumentação (ou, melhor dizendo, da fundamentação) desenvolvida.

Sem adentrar nas (muitas) complexidades das teorias da argumentação, BARROSO²⁴ oferece três parâmetros elementares de controle da correção da argumentação jurídica: (i) a capacidade de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e que lhe dêem sustentação; (ii) a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão – o que permite a identificação de desvios e inconsistências e (iii) o recurso aos princípios constitucionais, tanto os instrumentais quanto os materiais, advertindo que os critérios não se voltam para o problema, igualmente crucial na avaliação da legitimidade da fundamentação, do acerto na identificação dos fatos relevantes e na escolha das normas aplicáveis.

No campo específico do Direito Privado, MORAES ensina que o intérprete deve privilegiar os valores existenciais face aos patrimoniais (1993, p. 21-32).

²⁴ Obra citada na nota anterior, p. 27-33.

Esta sentença precisa ser – muito bem – contextualizada. Seria absurdo sustentar que qualquer valor existencial deve sobrepujar qualquer valor patrimonial e concluir que a cláusula geral dos direitos da pessoa humana significaria, por exemplo, que “o freguês tem sempre razão” nas relações de consumo, fazendo-se tábula rasa de contratos que nada têm de abusivos, apenas porque a execução forçada das obrigações assumidas pelo consumidor lhe gera tristeza e, portanto, afeta sua dimensão existencial. Onde não houver ofensa à dignidade da pessoa humana, o patrimônio pode – e deve – ser tutelado.

9.2.4 Parâmetros de aplicação dos direitos fundamentais

Como observa PEREIRA (2006, p. 187-188), há certas “noções-chave” geralmente aceitas em termos de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, que convém deixar assentadas para a boa fluência da exposição:

1) O poder do Estado não se manifesta apenas por meio dos entes e órgãos governamentais. Há certas instâncias privadas que atuam em áreas antes reservadas ao poder público, por delegação, ou que recebem incentivos ou apoio do Estado. Nesses casos, não seria legítimo tê-las como imunes às limitações que seriam postas à atuação do Estado caso este desempenhasse as funções que incentiva ou transferiu a terceiros;

2) As relações sociais não são sempre iguais ou paritárias, e o fenômeno do poder também se manifesta no seio da sociedade. Assim, se o propósito dos direitos fundamentais é proteger a liberdade e a dignidade humana, é preciso garantir essa proteção quando se trate de ameaças provindas de poderes públicos e privados;

3) É preciso assegurar aos indivíduos uma esfera imune à ação do Estado. Os valores assentados na constituição não podem servir de fundamento à intervenção estatal em todos os setores da vida das pessoas, sendo necessário assegurar um âmbito de autonomia individual inviolável. Nessa seara particular, às pessoas deve ser garantido o poder de agir de acordo com sua vontade, mesmo que essa vontade não seja razoável. Trata-se de proteger, como afirmou Louis Henkin, “the individuals freedom to be irracional”.

4) A aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações entre particulares poderia implicar uma indesejada homogeneização da sociedade, já que a obrigação de respeitá-los de forma absoluta e incondicional aniquilaria a individualidade e a pluralidade.

Há forte convergência na doutrina e jurisprudência brasileiras quanto à vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais e quanto à impossibilidade de exigir-se dos atores privados o quanto se exige dos atores públicos, embora se reconheça uma franca carência de critérios mais palpáveis para a aplicação da metodologia civil-constitucional (SARMENTO, 2006, p. 250).

Apresentam-se adiante alguns parâmetros para a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, com a ressalva de que a enumeração a seguir não se mostra exaustiva e não se pretende definitiva, considerando que o tema carece de maior reflexão pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

9.2.4.1 Grau de existencialismo da relação

O primeiro parâmetro de aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas deve ser o seu grau de existencialismo, ou seja, deve-se atribuir diferente peso aos direitos fundamentais conforme esteja em jogo uma relação jurídica de conteúdo predominantemente existencial ou patrimonial. E assim é porque a dignidade da pessoa humana não se expressa prioritariamente em relações de conteúdo meramente patrimonial, mas sim em questões existenciais, nas quais o patrimônio só adquire relevo no plano da proteção ao mínimo existencial.

Neste passo, onde estiver em jogo um direito da personalidade ou o estado civil – seja em relações de parentesco, seja em relações de matrimoniais ou de companheirismo, seja em outra espécie de relação afetiva (caso dos homossexuais e dos heterossexuais impedidos de constituir união estável que constituem uma união pública, duradoura e baseada no amor), a alta densidade existencial implicará rigorosa limitação da autonomia privada e funcionalização absoluta da relação jurídica à promoção da dignidade da pessoa humana de todos os seus participantes.

Esta perspectiva conduziu à equiparação da união estável ao casamento em relação aos direitos e deveres que decorrem da consideração do casamento como espécie de família, sem que se perdesse de vista a perspectiva de que a equiparação não se pode estender em relação aos direitos e deveres que decorram do casamento enquanto ato jurídico solene (como a necessidade de outorga uxória e vênua marital para a alienação ou reivindicação de direitos sobre bens imóveis e a prestação de fiança ou aval, salvo quando o regime de bens for o da separação absoluta)

Na mesma linha de pensamento, pode-se considerar abolido o regime de culpa na separação e divórcio: a culpa do cônjuge não deve ter qualquer reflexo na disciplina da guarda e visitação dos filhos, que deve ser projetada de modo a satisfazer o melhor interesse da criança ou adolescente; não deve influir na partilha de bens ou na prestação de alimentos naturais e, não deverá implicar perda do nome, se este passar a compor sua identidade do cônjuge “culpado” na vida social.

Outro reflexo muito evidente dos direitos fundamentais nas relações privadas de denso conteúdo existencial reside na exigência intransigente de um tratamento igualitário entre os filhos, independente de sua origem (matrimonial, adulterina, incestuosa ou natural) ou mesmo entre filhos da mesma origem (basta lembrar da anulabilidade da venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais descendentes), não havendo espaço para tergiversações diante dos explícitos termos do § 6º do artigo 227 da Constituição da República.

O impacto dos direitos fundamentais nas relações de parentesco também se pode revelar na partilha de bens.

Imagine-se a seguinte hipótese: um casal resolve dissolver a união estável, resultando da união um filho pequeno e havendo a partilhar uma casa modesta. A mãe, que auferia poucos rendimentos, recebeu a guarda do filho. O pai, que auferia rendimentos mais significativos como trabalhador autônomo, passa a prestar modestos alimentos ao filho, tendo sido estes fixados de acordo com a renda que o pai alega auferir, renda esta muito menor do que a necessária para o pai constituir nova família. Não há meios de apurar se o pai oculta sua verdadeira renda para furtar-se a prestar alimentos de maior monta ao filho que já não lhe interessa tanto proteger. As únicas certezas são a de que há um único imóvel a partilhar e a de que a sua alienação deixará ao relento mãe e filho, pois a quota-parte de cada companheiro na partilha não é suficiente para a aquisição de novo imóvel.

Nessa hipótese, a solução a ser dada tendo em conta a dignidade da pessoa humana e a proteção prioritária da criança e do adolescente é a decretação da partilha sob a forma de condomínio simples, com duração mínima equivalente ao tempo que restar para a maioridade do filho do casal, data a partir da qual é facultado aos condôminos promover a dissolução do condomínio: neste caso, o valor patrimonial consistente na livre disposição dos bens pelo ex-companheiro pai cede passo ao valor existencial consistente na preservação da moradia da família monoparental constituída pelo filho e sua mãe.

Nesta ordem de idéias, percebe-se como visível preferência do direito à moradia sobre a autonomia privada, no momento da partilha de bens, a própria formulação do artigo 1.831 do Código Civil, que confere ao cônjuge viúvo o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

9.2.4.2 *Grau de essencialidade do bem*

O Direito não trata todos os bens objeto de relações jurídicas da mesma forma, mesmo porque é intuitivo que os bens supérfluos não têm o mesmo valor social que os bens essenciais: a solidariedade humana não se volta (ao menos prioritariamente) a futilidades, preocupando o ser humano muito mais a sobrevivência do que o *status*.

Não é sem motivo, por exemplo, que o imposto sobre produtos industrializados e que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços têm suas alíquotas fixadas de acordo com a essencialidade do produto ou serviço (artigos 153, § 3º, I e 155, § 2º, III, da Constituição da República). E, no campo das relações jurídicas privadas, também não é casual a classificação das benfeitorias em necessárias, úteis e voluptuárias (artigos 1.219 e 1.220 do Código Civil).

É que a essencialidade do bem está ligada à sua proximidade com a idéia de mínimo existencial, ou seja, do conjunto de bens necessários a uma existência digna: quanto mais essencial o bem, maior a proteção à pessoa que dele necessita, porque a relação jurídica de acesso ao bem sofre a incidência da tutela prioritária da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 267).

Com relação aos contratos, NEGREIROS observa (2006, p. 463):

Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.

Não existe uma rígida enumeração dos bens essenciais. Há valiosas balizas para sua identificação, como as apresentadas por BARCELLOS, que refere a saúde básica, o ensino fundamental, a assistência aos desamparados e a assistência judiciária (2002, p. 110-110) e as apresentadas por NEGREIROS, que lembra o inciso IV do artigo 7º da Constituição (o salário mínimo do brasileiro deve ser capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social) e os artigos 10 e 11 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve), concluindo que também aqui se faz necessária a atividade criativa do juiz no exame do caso concreto (2006, p. 473).

O paradigma da essencialidade é capaz de explicar, por exemplo, a razão de o Estado intervir intensamente em determinadas atividades econômicas que, embora abertas à iniciativa privada, têm as liberdades de contratar e contratual limitadas conforme regulamentações específicas, como é o caso dos planos privados de assistência à saúde (artigo 199 da Constituição da República), sujeito à Lei nº 9.656, de 1998, e à regulamentação do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) e da ANS e do ensino (artigo 209 da Constituição da República), sujeito à Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e à regulamentação do Ministério da Educação e Cultura (MEC) e dos Conselhos de Educação.

Do mesmo modo, a essencialidade explica o regime geral de impenhorabilidades e o regime do bem de família (que, a despeito no nome, é extensivo ao indivíduo que vive sozinho, precisamente porque constitui reflexo da dignidade da pessoa humana).

Tratando-se da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, caberá ao juiz adotar soluções tendentes a assegurar o acesso da pessoa ao bem essencial, sem prejuízo da justa compensação devida ao particular.

9.2.4.3 *Grau de desequilíbrio entre as pessoas*

O Direito Privado contemporâneo não ignora que as relações jurídicas muitas vezes são assimétricas, isto é, travam-se entre pessoas em condições desiguais, o que justifica, dentro de parâmetros razoáveis, a adoção das “ações afirmativas” pelo Poder Público. Na relação entre os particulares, a vulnerabilidade de um dos particulares em relação ao outro se mostra mais evidente no campo contratual (embora, fique claro desde logo, o fenômeno não se restrinja o campo dos contratos), em que a desigualdade pode se apresentar tanto na liberdade de contratar quanto na liberdade contratual.

Sob essa perspectiva, é necessário analisar a específica condição do particular frente ao outro, passando o objeto da relação jurídica a um plano secundário (para fins de aplicação direta dois direitos fundamentais, o objeto é analisado sob a perspectiva da essencialidade).

Um exemplo ilustra bem o que se pretende demonstrar: o fornecimento de energia elétrica é um serviço público essencial (o que atrai o paradigma da essencialidade), mas o desenvolvimento da relação jurídica entre o fornecedor e o consumidor é completamente diverso se o consumidor for uma pessoa comum ou uma grande usina produtora de gases industriais. No primeiro caso, não há possibilidade de escolha entre fornecedores e, como o serviço contratado é essencial, a liberdade de contratar é praticamente inexistente: a pessoa se vê diante de um contrato cativo de longa duração. No segundo caso, existe uma efetiva liberdade de contratar, considerando que o consumidor pode adquirir a energia elétrica de vários fornecedores, definindo inclusive a quantidade a ser fornecida durante cada período do ano.

Para evitar que se instale entre os particulares uma relação de dominação, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente às relações jurídicas privadas, de modo a neutralizar (ou, ao menos, atenuar) os efeitos práticos da assimetria existente entre os particulares e assegurar, o quanto possível, que a relação jurídica se desenvolva de forma semelhante à que se daria entre pessoas livres e iguais.

Para isso, é necessário analisar cada espécie de relação jurídica privada e identificar o aspecto que compromete a equidistância ideal dos particulares em relação ao bem jurídico considerado, para que se criem mecanismos que impeçam um particular de explorar o ponto vulnerável do outro particular, de modo a obter vantagens desarrazoadas.

No sentido do exposto é a opinião de SARMENTO (2006, p. 262): “a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”.

Dessa forma, em relação aos contratos, afirma NEGREIROS (2006, p. 337):

Com efeito, a constitucionalização do direito civil, instituindo a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de se ver o contratante: o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe à mostra o caráter desigual, e por isso injusto, de certas relações contratuais.

Cabe o esclarecimento de que a incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas privadas assimétricas não significa necessariamente que o particular mais fraco deve ter acesso incondicional ao bem jurídico, tendo em vista que os particulares detentores de poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, e sua autonomia privada não deixa de ser protegida constitucionalmente (SARMENTO, 2006, p. 266). Ou seja: os direitos fundamentais devem atuar no estrito limite da equiparação prática das partes.

9.2.4.4 Grau de publicismo entre as pessoas

O Estado, no exercício de suas funções públicas, está mais fortemente vinculado do que os particulares aos direitos fundamentais. Do mesmo modo, concessionários e permissionários de serviços públicos estão tão fortemente vinculados ao respeito e à promoção dos direitos fundamentais quanto o Estado, ressalvado o respeito dos seus direitos estabelecidos na concessão ou permissão.

Quando desempenha atividades tipicamente privadas, o Estado observa o mais intensamente quanto possível os direitos fundamentais dos particulares porque, embora exerça atividade privada, o simples fato de se tratar de uma entidade custeada pelo povo a torna necessariamente comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, políticos e econômicos.

Do mesmo modo, estão intensamente vinculadas à promoção dos direitos fundamentais as organizações sociais, disciplinadas na esfera federal pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, as chamadas “entidades de apoio” previstas pela Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e os serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Senac).

SARMENTO (2006, p. 251) observa haver determinadas entidades que, embora tenham natureza jurídica privada e não exerça propriamente um serviço público, praticam atividades de relevante interesse público, por alguma espécie de permissão legal, como é o caso do Ecad – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, pessoa jurídica de direito privado encarregada da proteção dos direitos autorais nos termos da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e, atualmente, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 e das associações musicais que o administram (como a União Brasileira de Compositores – UBM), lembrando interessante precedente do Supremo Tribunal Federal em que a decisão de exclusão sumária de um músico por parte da UBM foi declarada nula por infração à garantia fundamental do devido processo legal.

Em suma, na feliz síntese de PEREIRA, “Quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada” (2006, p. 188).

9.2.4.5 Grau de ingerência na esfera jurídica alheia

A proteção aos direitos fundamentais tenderá a ser mais ostensiva nas hipóteses em que há uma decisão heterônoma sobre a situação jurídica do particular, ou seja, quando a situação jurídica do particular não foi formada com o seu concurso direto e específico (como no exemplo da punição pelo empregador por falta disciplinar do empregado).

Na feliz síntese de SARMENTO: “Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada de outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor” (2006, p. 270).

É sob este aspecto que se pode vislumbrar a incidência dos direitos políticos nas relações jurídicas privadas, especialmente quanto à capacidade de autodeterminação coletiva: o direito de cada um de participar da discussão e da tomada de decisões importantes que o afetem, nos espaços de vida comunitária de que participe (SARMENTO, 2006, p. 315).

Ilustrativo dessa situação é o direito do locatário de participar de deliberações condominiais, apesar do silêncio do Código Civil de 2002 (que não repetiu a previsão de voto do locatário prevista no § 4º do artigo 24 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 – que conferia ao locatário o poder de voto na ausência do locador), especialmente em matérias atinentes às despesas ordinárias e aos assuntos do cotidiano da vida condominial (MARTINS, 2005).

Estando em discussão a majoração de despesas ordinárias, o locatário será diretamente afetado pela decisão da assembléia geral de condôminos. Parece claro que o locatário poderá comparecer à assembléia, que de resto vai tratar de matéria para ele relevante, mesmo porque é assegurado a todos o acesso à informação, nos termos do inciso XIV do artigo 5º da Constituição da República. Mais: estará o locatário habilitado a votar e apresentar propostas, no que diga respeito às despesas ordinárias, pois não se concebe numa sociedade livre, justa e solidária (inciso I do artigo 3º da Constituição da República) que uma pessoa seja afetada por uma decisão sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de participar do processo decisório, por si ou por seu representante regularmente constituído, o que, aliás, é uma decorrência lógica do princípio democrático, que se traduz na ordem jurídica atual pela democracia representativa (*caput* e parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República).

Lembre-se, aliás, que toda propriedade (e o condomínio em edifícios nada mais é do que uma forma de propriedade) deve cumprir sua função social, nos termos do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição da República, sendo certo que o desempenho desta função social está intimamente atrelado aos princípios fundamentais da República e à promoção do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes.

Outro campo de aplicação fértil deste critério é o da participação do particular na administração de clubes, associações e sindicatos, cujo controle muitas vezes é entregue, pelos mais diversos artifícios, a uma parcela diminuta de pessoas, que, não-raro, adotam medidas contrárias ao interesse da maioria numérica.

Note-se que sustentar a gradação da incidência dos direitos fundamentais de acordo com a ingerência na esfera jurídica alheia não implica atribuir um direito de participação direta nas decisões nas hipóteses em que a lei ou o ato jurídico, validamente, afastem ou restrinjam esta espécie de participação.

Imagine-se, por exemplo, que um detentor de ações preferenciais deseje ter os mesmos direitos do detentor de ações ordinárias (artigos 15 e ss. da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Neste caso, sua pretensão deverá ser repelida porque o detentor de ações preferenciais têm plena ciência de que seu relacionamento com a sociedade por ações é apenas especulativo, ressalvadas sempre as medidas cabíveis na esfera administrativa, criminal e civil em hipóteses de má-fé do administrador ou de qualquer órgão societário.

9.3 Impacto do neoconstitucionalismo na posição do STJ

A unimilitância, enquanto relação jurídica societária entre os médicos cooperados, ou entre os médicos cooperados e a cooperativa de trabalho médico, é uma relação privada que sofre a incidência direta da Constituição da República, como reflexo do neoconstitucionalismo.

A partir dos critérios alinhados acima para definição do grau de intensidade da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, facilmente se percebe que a unimilitância médica se sujeita a forte incidência dos direitos fundamentais, quer pelo fato de as integrantes do Sistema UNIMED serem operadoras de plano de assistência à saúde, ou seja, entes regulados, apresentam maior grau de publicismo; quer pelo fato de tratarem da prestação de serviços de saúde, lidam com bem de alto grau de essencialidade; quer pelo fato de caracterizar alto grau de alto grau de ingerência na esfera jurídica do médico cooperado.

O Estado pode e deve intrometer-se na relação jurídica societária entre o médico cooperado e a cooperativa para fazer valer os direitos fundamentais e assegurar o respeito à ordem econômica e social, sendo certo que essa relação jurídica deve ser examinada em sua estrutura e em sua função, não se podendo desconsiderar a interação dessas duas abordagens (BOBBIO, 2007, p. 113).

A prestação de serviços de saúde tem uma função social relevante, que é a manutenção do direito à saúde, que constitui expressão da seguridade social e, mais amplamente, constitui um dos pilares da ordem social brasileira. Tanto é assim que, como visto ao longo deste trabalho, o direito à saúde apresenta um peculiar caráter biface, sendo encarado na sistemática constitucional como serviço público e como atividade privada de interesse público.

Como a unimilitância médica tem por objeto a oferta de serviços de saúde, ou, mais exatamente, a restrição a essa oferta, é preciso examinar o impacto dessa prática sobre situações jurídicas não só dos médicos cooperados e das cooperativas, mas também das concorrentes dessas cooperativas e, principalmente, da população brasileira consumidora de serviços de saúde. Enxergar apenas a relação entre cooperado e cooperativa é uma perspectiva míope do problema.

Daí porque não há como examinar a unimilitância médica partindo-se somente da dicção de dispositivos da Lei nº 5.764, de 1971; 9.656, de 1998 e 12.529, de 2011, sendo necessário examinar a norma que se extrai a partir do exame desses textos em harmonia com a Constituição da República, compreendida em sua totalidade, mesmo porque, como ensina GRAU (2006, p. 166), “jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo”.

Sendo a dignidade da pessoa humana o vértice do ordenamento jurídico, a primeira questão que se coloca é saber se de fato a unimilitância médica a afeta, como afirma o STJ no EREsp nº 191.080/SP.

PERLINGIERI ensina que a função da defesa da concorrência “se esgota exclusivamente no plano econômico e não envolve, se não indiretamente, a solidariedade e os direitos invioláveis do homem”, acrescentando que, em determinados setores, como educação e informação a defesa da concorrência “assume um papel político e institucional, porque representa o instrumento de defesa dos direitos à educação e à informação, os quais pressupõem a existência efetiva de uma escolha entre uma pluralidade de hipóteses” (2008, p. 527 e 528).

Aplicadas essas lições ao contexto da unimilitância médica, percebe-se que ela não afeta a dignidade da pessoa humana pelo só fato de ser uma conduta restritiva vertical que produz impactos na concentração de mercado. O que torna a unimilitância médica especialmente relevante é o fato de se dirigir para a prestação de serviços de saúde e, portanto, atingir o direito à saúde e, via de consequência, a proteção da integridade psicofísica da pessoa humana. É nesta linha de incidência normativa que a unimilitância médica afeta a dignidade da pessoa humana.

O passo seguinte é examinar o confronto entre a unimilitância médica e os valores sociais do trabalho apontado pelo STJ.

Como se examinou no curso deste trabalho, o cooperativismo praticado atualmente pelo Sistema UNIMED é muito distante do ideal rochedeleano. Pode-se dizer que a distância entre um e outro é a mesma entre os socialismos real e utópico. Não se trata de um pobre grupo de médicos lutando contra a exploração injusta de sua força de trabalho, mas sim de um bilionário complexo empresarial que detém significativo poder econômico. Daí porque é preciso enxergar com ceticismo a invocação do espírito cooperativo. Nas palavras de SÉGUIN (2005, p. 99), o cooperativismo médico foi nada além “uma tentativa frustrada e frustrante de fazer com que a Medicina continuasse sendo uma relação de confiança e não uma relação de consumo regida pelo CDC”.

Recolocando-se o “cooperativismo real” em sua devida dimensão, tendo-se claro que o Sistema UNIMED é uma estrutura de capital, e examinando-se a relação jurídica societária como relação de trabalho, tem-se que a unimilitância médica vulnera o valor social do trabalho na medida em que cerceia o livre exercício da profissão pelo médico cooperado e prejudica sua independência econômica.

Do exame da jurisprudência do STJ se extrai ser comum no discurso em defesa da unimilitância médica a alegação de que o médico cooperado teria sua liberdade de trabalho preservada na medida em que poderia vender sua força de trabalho diretamente aos pacientes, vedando-se apenas que o fizesse para operadoras de planos de assistência à saúde. Esse discurso é cínico, pois bem se sabe que a principal fonte de receita da maioria dos médicos passa longe do desembolso direto pelas famílias (out-of-pocket), que concentram sua capacidade de pagamento em despesas com medicamentos, aparelhos médicos (óculos, por exemplo) e assistência odontológica (CECCHIN *et al.*, 2008, p. 64). Parafraseando conhecido aforisma francês, o médico cooperado é livre para morrer de fome.

A invocação pelo STJ da liberdade de associação profissional e sindical se insere como argumento de realce na linha do valor social do trabalho e, principalmente, da liberdade de exercício da profissão.

O quanto se expôs sobre as estruturas de mercado na saúde suplementar brasileira e sobre o impacto econômico da unimilitância médica deixa claro o quanto essa prática prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência, criando barreiras à entrada artificiais que impedem a competição, muito interessando à manutenção do domínio econômico do Sistema UNIMED no interior do país.

A propósito, cumpre observar que a livre concorrência não é um fim em si mesma. Ela é instrumento para atingir o fim da ordem econômica, declarado no *caput* do artigo 170 da Constituição da República: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CARPENA, 2005, p. 269).

No caso sob exame, a incidência da livre concorrência como fator de interdição da prática da unimilitância médica atinge exatamente essa finalidade: preserva-se o direito à saúde, direito fundamental que se encontra no raio de incidência da dignidade da pessoa humana, e preserva-se a liberdade de trabalho do médico cooperado, outro direito fundamental que se encontra no raio de incidência da dignidade da pessoa humana. Como se vê, assegura-se ao médico e ao paciente uma liberdade de escolha que contribui para que todos alcancem uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Desse modo, conclui-se que a unimilitância médica não encontra guarida na vigente ordem constitucional – lembre-se que não há direitos adquiridos em face de uma nova ordem constitucional, de modo que não há problemas de direito intertemporal a enfrentar – o que foi bem captado na posição do STJ.

9.4 Impacto da regulação e da concorrência na posição do STJ

O exame da evolução dos fundamentos usados nos diversos acórdãos proferidos pelo STJ ao longo de sua história ilustra bem o impacto da regulação e da concorrência na posição consolidada no EREsp nº 191.080/SP.

Sob o prisma da regulação, foi decisiva a inclusão do inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, na cogitação dos julgadores.

Com efeito, encarar as integrantes do Sistema UNIMED como entes regulados contribuiu para que o STJ percebesse que a unimilitância médica não pode ser examinada apenas pelo esquadramento da estrutura da relação jurídica entre o médico cooperado e a cooperativa de trabalho médico, sendo necessário compreender que a unimilitância médica interfere no desempenho de uma atividade econômica regida por um marco regulatório, afetando o funcionamento do setor.

Foi-se percebendo ao longo do tempo, principalmente pelo que sempre ficava consignado nos votos do Ministro Aldir Passarinho Júnior, que o principal prejudicado pela unimilitância médica era o consumidor, para quem está orientado todo o arcabouço regulatório.

Em doutrina, esse aspecto é bem percebido por NUNES (2000, p. 73 e 74):

Algumas operadoras grandes e especialmente as cooperativas vinham firmando contratos de exclusividade com profissionais, por exemplo, médicos, que, na prática, inviabilizavam o aparecimento de outras empresas para concorrer. O efeito pernicioso desse tipo de contratação é bastante sentido em cidades pequenas, que contam com poucos profissionais especializados – às vezes, apenas um. Se ele é exclusivo de uma operadora, os consumidores locais são obrigados a ingressar no plano de saúde oferecido. Isso é abusivo, ilegal e viola o direito de livre escolha do consumidor, além de inviabilizar a concorrência.

.....

Uma das formas de defender o consumidor é dar-lhe garantia de escolha de produtos, serviços e fornecedores. E sem livre concorrência, estabelecida por fornecedores que se lancem no mercado na disputa pela opção do consumidor, não há livre escolha. Esta, por sua vez, aparece regrada no art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor (que também pretende que se coíba a concorrência desleal, conforme o inciso VI do art. 4º) e ainda no parágrafo único do art. 2º da presente Lei n. 9.656/98. Bem adequada, portanto, a norma inserta no inciso III. Realce-se a boa modificação feita pela nova redação conferida ao inciso III. Ela se dirige especificamente às cooperativas. Estas tinham o péssimo hábito de exigir exclusividade. Então, para que não pairassem dúvidas a respeito da abrangência da proibição, foi inserida a oração “independente de sua natureza jurídica constitucional”, com o que acabou expressamente abarcando-se todo e qualquer tipo de operadora, inclusive as cooperativas.

Note-se, a propósito, que a consideração do marco regulatório na posição do STJ abriu a porta para o exame da unimilitância não apenas à luz da regulação, mas também à luz da concorrência.

O exame de uma mesma questão à luz da regulação e da concorrência simultaneamente não surpreende. No fundo, procede-se a uma análise das regras que disciplinam o comportamento dos agentes econômicos.

Diga-se, de passagem, que manejar conceitos econômicos é inerente à análise de regras que disciplinam comportamentos econômicos, mas tal não significa aderência à Análise Econômico do Direito como referencial teórico, sabendo-se que a proposta de aplicação indiscriminada da Economia para explicar o Direito é uma abordagem teórica já desacreditada (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 51).

Examinar o problema da unimilitância à luz da concorrência implica colocar o consumidor, mais uma vez, no centro das preocupações. Com efeito, sabe-se que “toda a teorização econômica do direito concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos não discordam quanto a esse ponto”, divergindo-se quanto à expressão “bem estar do consumidor”: “Enquanto para os ordoliberais e para muitos dos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa simplesmente eficiência econômica” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 81).

Este trabalho se alinha às concepções teóricas que veem como bem estar do consumidor a tutela da liberdade de escolha aspecto em que o Direito Concorrencial e o Direito do Consumidor encontram seu ponto de confluência, na linha proposta pela concepção teórica da *Consumer Sovereignty*, por ser esta a concepção teórica que melhor se amolda à perspectiva civil-constitucional (CARPENA, 2005, p. 265).

A unimilitância dificulta a formação de redes assistenciais das operadoras de plano de assistência à saúde e, via de consequência, cria barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes, restringindo a liberdade de escolha do consumidor e, portanto, afetando negativamente seu bem estar, donde se conclui que seu uso é interdito à luz da concorrência.

Sabe-se que regulação e concorrência podem ter zonas de atrito, havendo diversas possibilidades de arranjos institucionais para lidar com esses atritos, que incluem a possibilidade de tratar setores regulados como áreas isentas da atuação da autoridade antitruste (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 137-158). No Brasil, optou-se por submeter todos os setores econômicos à autoridade antitruste (exceto o setor bancário, apenas por peculiaridades legislativas). Isso indica que sempre é necessário conciliar regulação e concorrência, o que não é difícil no caso da unimilitância médica, em que elas convergem para apontar sua ilicitude.

Destaca-se o crescente refinamento da posição do STJ quanto a exame da unimilitância médica sob o prisma concorrencial: de uma percepção inicial distorcida de uma abrangência nacional para a dimensão geográfica do mercado relevante, evoluiu-se, ainda que de forma intuitiva, para a percepção correta de que a dimensão geográfica dos mercados relevantes tem abrangência de grupos de municípios, o que torna a unimilitância médica um problema de dominação econômica local, que exige que o Estado aja localmente e pense globalmente.

Observa-se que o STJ, em votos da Ministra Nancy Andrighi, procurou usar elementos específicos da análise antitruste, invocando a regra da razão. No acórdão do EREsp nº 191.080/SP, concluiu-se que o legislador teria, no inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, utilizado sua própria regra da razão, definindo a unimilitância médica como ilícito. Na verdade, nos casos em que o legislador aponta aprioristicamente a ilicitude de uma conduta, lança mão da regra *per se* e não de sua “própria regra da razão”. Houve uma confusão conceitual no acórdão do STJ. Cumpre acrescentar que, na verdade, a ilicitude da unimilitância médica sob o prisma concorrencial sempre foi aferida pelo SBDC segundo a regra da razão, como visto ao longo deste trabalho. O fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, definir a ilicitude da unimilitância sob o prisma regulatório nunca foi decisivo para a análise do SBDC. É que os integrantes do SBDC, como autoridades administrativas que são, tomam suas decisões nos estritos limites das normas que lhes conferem competência, motivo pelo qual sempre se usou na análise antitruste o ferramental contido na Lei nº 12.529, de 2011, e nas leis que a antecederam. Coube ao STJ, com a amplitude do exame do ordenamento jurídico que caracteriza a função jurisdicional, conciliar o marco regulatório com a lei antitruste para apontar, à luz da Constituição da República, a ilicitude da unimilitância.

10 Conclusão

A unimilitância médica foi examinada pelo STJ ao longo dos anos sob diferentes perspectivas, inicialmente se examinando a relação jurídica societária entre o médico cooperado e a cooperativa sob um prisma exclusivamente estrutural, examinando-se, principalmente, o texto da Lei nº 5.764, de 1971.

No julgamento do EREsp nº 191.080/SP, a Corte Especial do STJ pacificou a posição de que a unimilitância é ilegal, colhendo-se dos votos que integraram o acórdão o exame das Leis nºs 5.764, de 1971; 9.656, de 1998, e 8.884, de 1994, à luz da Constituição da República, da qual se destacou a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a liberdade de associação profissional e sindical, a livre concorrência e o direito à saúde, tendo-se observado que a unimilitância causava impactos concorrenciais negativos e que esses impactos concorrenciais afetavam o consumidor.

A relação jurídica entre o médico cooperado e a cooperativa é uma relação privada que sofre a incidência direta da Constituição da República, como reflexo do neoconstitucionalismo.

A partir dos critérios alinhados ao longo do trabalho para definição do grau de intensidade da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, facilmente se percebe que a unimilitância médica se sujeita a forte incidência dos direitos fundamentais, quer pelo fato de as integrantes do Sistema UNIMED serem operadoras de plano de assistência à saúde, ou seja, entes regulados, apresentam maior grau de publicismo; quer pelo fato de tratarem da prestação de serviços de saúde, lidam com bem de alto grau de essencialidade; quer pelo fato de caracterizar alto grau de ingerência na esfera jurídica do médico cooperado.

O Estado pode e deve intrometer-se na relação jurídica societária entre o médico cooperado e a cooperativa para fazer valer os direitos fundamentais e assegurar o respeito à ordem econômica e social, sendo certo que essa relação jurídica deve ser examinada em sua estrutura e em sua função, não se podendo desconsiderar a interação dessas duas abordagens.

A prestação de serviços de saúde tem uma função social relevante, que é a manutenção do direito à saúde, que constitui expressão da seguridade social e, mais amplamente, constitui um dos pilares da ordem social brasileira.

Como a unimilitância médica tem por objeto a oferta de serviços de saúde, ou, mais exatamente, a restrição a essa oferta, é preciso examinar o impacto dessa prática sobre situações jurídicas não só dos médicos cooperados e das cooperativas, mas também das concorrentes dessas cooperativas e, principalmente, da população brasileira consumidora de serviços de saúde. Enxergar apenas a relação entre cooperado e cooperativa é uma perspectiva míope do problema.

Daí porque não há como examinar a unimilitância médica partindo-se somente da dicção de dispositivos da Lei nº 5.764, de 1971; 9.656, de 1998 e 12.529, de 2011, sendo necessário examinar a norma que se extrai a partir do exame desses textos em harmonia com a Constituição da República, compreendida em sua totalidade.

A unimilitância médica afeta a dignidade da pessoa humana, não pelo só fato de ser uma conduta restritiva vertical que produz impactos na concentração de mercado, mas sim pelo fato de se dirigir para a prestação de serviços de saúde e, portanto, atingir o direito à saúde e, via de consequência, a proteção da integridade psicofísica da pessoa humana.

A unimilitância médica vulnera o valor social do trabalho na medida em que cerceia o livre exercício da profissão pelo médico cooperado e prejudica sua independência econômica.

A invocação pelo STJ da liberdade de associação profissional e sindical se insere como argumento de realce na linha do valor social do trabalho e, principalmente, da liberdade de exercício da profissão.

O quanto se expôs sobre as estruturas de mercado na saúde suplementar brasileira e sobre o impacto econômico da unimilitância médica deixa claro o quanto essa prática prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência, criando barreiras à entrada artificiais que impedem a competição, muito interessando à manutenção do domínio econômico do Sistema UNIMED no interior do país.

A interdição da prática da unimilitância médica preserva o direito à saúde, direito fundamental que se encontra no raio de incidência da dignidade da pessoa humana, e preserva-se a liberdade de trabalho do médico cooperado, outro direito fundamental que se encontra no raio de incidência da dignidade da pessoa humana. Como se vê, assegura-se ao médico e ao paciente uma liberdade de escolha que contribui para que todos alcancem uma existência digna, segundo os ditames da justiça social, fim da ordem econômica brasileira.

O exame da evolução dos fundamentos usados nos diversos acórdãos proferidos pelo STJ ao longo de sua história ilustra bem o impacto da regulação e da concorrência na posição consolidada no EREsp nº 191.080/SP.

Sob o prisma da regulação, foi decisiva a inclusão do inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, na cogitação dos julgadores.

Com efeito, encarar as integrantes do Sistema UNIMED como entes regulados contribuiu para que o STJ percebesse que a unimilitância médica não pode ser examinada apenas pelo esquadramento da estrutura da relação jurídica entre o médico cooperado e a cooperativa de trabalho médico, sendo necessário compreender que a unimilitância médica interfere no desempenho de uma atividade econômica regida por um marco regulatório, afetando o funcionamento do setor.

A consideração do marco regulatório na posição do STJ abriu a porta para o exame da unimilitância não apenas à luz da regulação, mas também à luz da concorrência.

A unimilitância dificulta a formação de redes assistenciais das operadoras de plano de assistência à saúde e, via de consequência, cria barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes, restringindo a liberdade de escolha do consumidor e, portanto, afetando negativamente seu bem estar, donde se conclui que seu uso é interdito à luz da concorrência.

Destaca-se o crescente refinamento da posição do STJ quanto a exame da unimilitância médica sob o prisma concorrencial: de uma percepção inicial distorcida de uma abrangência nacional para a dimensão geográfica do mercado relevante, evoluiu-se, ainda que de forma intuitiva, para a percepção correta de que a dimensão geográfica dos mercados relevantes tem abrangência de grupos de municípios, o que torna a unimilitância médica um problema de dominação econômica local, que exige que o Estado aja localmente e pense globalmente.

Observa-se que o STJ, em votos da Ministra Nancy Andrighi, procurou usar elementos específicos da análise antitruste, invocando a regra da razão. No acórdão do EREsp nº 191.080/SP, concluiu-se que o legislador teria, no inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, utilizado sua própria regra da razão, definindo a unimilitância médica como ilícito. Na verdade, nos casos em que o legislador aponta aprioristicamente a ilicitude de uma conduta, lança mão da regra *per se* e não de sua “própria regra da razão”. Houve uma confusão conceitual no acórdão do STJ.

Na verdade, a ilicitude da unimilitância médica sob o prisma concorrencial sempre foi aferida pelo SBDC segundo a regra da razão, como visto ao longo deste trabalho. O fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, definir a ilicitude da unimilitância sob o prisma regulatório nunca foi decisivo para a análise do SBDC. É que os integrantes do SBDC, como autoridades administrativas que são, tomam suas decisões nos estritos limites das normas que lhes conferem competência, motivo pelo qual sempre se usou na análise antitruste o ferramental contido na Lei nº 12.529, de 2011, e nas leis que a antecederam. Coube ao STJ, com a amplitude do exame do ordenamento jurídico que caracteriza a função jurisdicional, conciliar o marco regulatório com a lei antitruste para apontar, à luz da Constituição da República, a ilicitude da unimilitância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer nº GM-020. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em 3 dez. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, março de 2014. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em 20 out. 2014.

_____. Resolução de Diretoria Colegiada nº 24, de 13 de junho de 2000. Dispõe sobre a aplicação de penalidades às operadoras de planos privados de assistência à saúde. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jun. 2000. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=394>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 27 de outubro de 2000. Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 out. 2000. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=380>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 85, de 7 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 dez. 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=881>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006. Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 abr. 2006. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=790>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 nov. 2006. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1117>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 159, de 3 de julho de 2007. Dispõe sobre aceitação, registro, vinculação, custódia, movimentação e diversificação dos ativos garantidores das operadoras e do mantenedor de entidade de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,

Brasília, DF, 4 jul. 2007. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1200>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 175, de 22 de setembro de 2008. Acrescenta o item 2 ao Anexo I e o item 3 ao Anexo IV da Resolução Normativa - RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004, acrescenta o inciso V ao art.25 da mesma Resolução e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 set. 2008. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1330>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 2009. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Resolução Normativa nº 196, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 2009. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1459>. Acesso em 3 jan. 2015.

ALBUQUERQUE, Gustavo Moreira de. **Integração vertical na medicina suplementar: contexto e competências organizacionais** (Dissertação de Mestrado). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2006, 161 p.

ALEXY, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Editorial Trotta, 2003 p.75-98.

ANDRADE, Mônica Viegas *et al.* “Mercados e Concentração no Setor Suplementar de Planos e Seguros de Saúde no Brasil”. **Pesquisa e Planejamento Econômico**. Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, dez. 2012, p. 329-361.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005, trad. Pietro Nasseti.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana”. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-24.

BARROSO, Luis Roberto. “Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do

Judiciário.”. **Temas de direito constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 303-339.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. **Revista de Direito Administrativo**. v. 225, jul.-set. 2001, p. 5-37.

_____. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. **Temas de direito constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-59.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. **Revista da EMERJ**. v. 9. nº 33, 2006, p. 43-92.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007, trad. Daniela Beccaccia Versiani.

BRASIL. Conselho de Saúde Suplementar. Resolução nº 14, de 3 de novembro de 1998. Dispõe sobre a definição das modalidades de planos ou seguros sob o regime de contratação individual ou coletiva, e regulamenta a pertinência das coberturas às doenças e lesões preexistentes e a exigibilidade dos prazos de carência nessas modalidades. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 nov. 1998. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=298>. Acesso em 20 dez. 2014.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Atenção primária e promoção da saúde**. Brasília: CONASS, 2007.

_____. Constituição (1988). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 mai. 2013.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10185.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º dez. 2011. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Medida Provisória nº 1.908-20, de 25 de novembro de 1999. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 nov. 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1908-20.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 ago. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2177-44.htm>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 179.711/SP. Agravante: Afonso Celso Salatti Marcondes e outros. Agravado: Unimed de Santa Bárbara D'Oeste e Americana Cooperativa de Trabalho Médico. Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 2005, p. 411. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2136302&num_registro=199800473335&data=20051219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. AgRg no REsp nº 260.958/MG. Agravante: Sônia Maria Alves Cardoso. Agravado: Unimed Poços de Caldas - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Quarta Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 5 de agosto de 2004. Publicado no DJ de 25 de outubro de 2004, p. 347. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1350175&num_registro=200000529591&data=20041025&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. AgRg no REsp nº 685.327/RS. Agravante: Luiz Carlos Arndt Bolze e outro. Agravado: Unimed Vale do Caí – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Terceira Turma. Rel. Min. Castro Filho. Julgado em 27 de setembro de 2005. Publicado no DJ de 17 de outubro de 2005, p. 292. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1907401&num_registro=200400891972&data=20051017&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. AgRg no REsp nº 910.525/RS. Agravante: Unimed Santa Maria Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Terceira Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado em 18 de agosto de 2009. Publicado no DJe de 31 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6082134&num_registro=200602707562&data=20090831&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp nº 191.080/SP. Embargante: Agência Nacional de Saúde Suplementar, Argemiro Dolce e outros. Assistente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Embargado: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Corte Especial. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 16 de dezembro de 2009. Publicado no DJe de 8 de abril de 2010. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=931377&num_registro=200900989862&data=20100408&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp nº 83.713/RS. Recorrente: José Carlos Nicoletti e outros. Recorrido: Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Terceira Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Julgado em 3 de fevereiro de 1998. Publicado no DJ de 16 de março de 1998, p. 109. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500686791&dt_publicacao=16-03-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp nº 126.391/SP. Recorrente: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Ibrahim Georges Buttros Neto e outros. Terceira Turma. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 3 de agosto de 1999. Publicado no DJ de 27 de setembro de 1999, p. 94. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700233367&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=1>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp nº 191.080/SP. Recorrente: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Argemiro Dolce e outros. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 4 de novembro de 2008. Publicado no DJe de 1º de dezembro de 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=4442225&num_registro=199800746820&data=20081201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp nº 212.169/SP. Recorrente: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Paulo Roberto de Castro Araújo. Quarta Turma. Rel. p/ o ac. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 14 de dezembro de 1999. Publicado no DJ de 13 de agosto de 2001, p. 162. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=200030&num_registro=199900387155&data=20010813&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp 261.155/SP. Recorrente: Marialda Meyer de Castro Araújo. Recorrido: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico. Segunda Seção. Rel. p/ o ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 10 de março de 2004. Publicado no DJ de 3 de maio de 2004, p. 91. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=1167100&num_registro=200000532983&data=20040503&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp nº 367.627/SP. Recorrente: Unimed de Presidente Prudente Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Francisco de Assis Costa Souza e outros. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 4 de junho de 2002.

Publicado no DJ de 24 de junho de 2002, p. 299. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=30964&num_registro=200101543300&data=20020624&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp 431.106/SP. Recorrente: Unimed de Presidente Prudente Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 7 de outubro de 2004. Publicado no DJ de 14 de fevereiro de 2005, p. 208. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1456685&num_registro=200200489260&data=20050214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp 768.118/SC. Recorrente: Unimed de Chapecó Cooperativa de Trabalho Médico da Região Oeste Catarinense Ltda. Recorrido: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 11 de março de 2008. Publicado no DJe de 30 de abril de 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3787069&num_registro=200501204984&data=20080430&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

_____. _____. REsp 883.639/RS. Recorrente: Gilmor José Farenzena e outros. Recorrido: Unimed Santa Maria Cooperativa de Trabalho Médico. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 14 de outubro de 2008. Publicado no DJe de 10 de dezembro de 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4337325&num_registro=200601663020&data=20081210&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 3 jan. 2015.

CARBONELL, Miguel. “Nuevos Tiempos para el Neoconstitucionalismo”. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9-12.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CECCHIN, José *et al.* **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico”. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75-98.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.010712/2005-22. Representante: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Representada: Unimed de Assis – Cooperativa de Trabalho Médico. Relator Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú. Julgado em 21 de março de 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000269331288.pdf>. Acesso em 3 dez. 2014.

_____. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao%20n%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em 3 dez. 2014.

_____. Súmula nº 7, de 9 de dezembro de 2009. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/s%C3%BAmula%207.pdf>>. Acesso em 3 dez. 2014.

CUNHA, Paulo César Melo da. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DUCLOS, Maria Teresa Marins. “Atos de Concentração, Poder de Monopsônio e Restrições Verticais no Mercado de Saúde Suplementar”. FIUZA, Eduardo P. S.; MOTTA, Ronaldo Seroa da. (coord.). **Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica**. t. 2. Rio de Janeiro: IPEA, 2006, p. 857-928.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, trad. Jefferson Luiz Camargo.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, trad. João Baptista Machado.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo:MP, 2006.

GIORGIANI, Michele. “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. **Separata da Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, n. 87, p. 35-55. jan. 1998, trad. Maria Cristina De Cicco.

GOMES, Orlando. “A agonia do Código Civil”. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 10, Rio de Janeiro, 1986, p. 1-9.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Ricardo. “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano”. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.49-73.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.

HOFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, trad. Ernildo Stein.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. (brasileira). São Paulo: Martins Fontes, 2003, trad. João Baptista Machado.

MARTINS, Samir José Caetano. "Condomínio em Edifícios: o problema de sua atual regulamentação na perspectiva civil-constitucional". **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 841, ano 94, nov. 2005, p. 77-86.

_____. "Neoconstitucionalismo e relações privadas: alguns parâmetros". **Revista CEJ**, Brasília, n. 36, jan./mar. 2007, p. 59-71.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "A caminho de um direito civil constitucional". **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 65, 1993, p. 21-32.

_____. "Constituição e Direito Civil: Tendências". **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 15, ago./dez. 1999, p. 95-113.

_____. O conteúdo da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-149.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, trad. Ruy Jungmann.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Jane Reis de. "Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares". **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, trad. Maria Cristina De Cicco.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, trad. Maria Cristina De Cicco.

PINHO, Diva Benevides. **O cooperativismo no Brasil: da vertente pioneira à vertente solidária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTACRUZ, Ruy. “Regulação e Concentração no Mercado Brasileiro de Saúde Suplementar”. FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves (org.). **Concorrência e regulação no setor de saúde suplementar**. São Paulo: Singular, 2010, p. 109-167.

SARLET, Ingo Wolf. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 (2006b).

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 (2006a).

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Direito econômico regulatório**. v. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

SCHUMACHER, Mercedes. **Poder de polícia e promoção do consenso: os termos de ajuste de conduta no mercado de saúde suplementar**. Rio de Janeiro: Funenseg. 2014.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Procedimento Administrativo nº 08012.007204/2009-91. Representante: SDE ex officio. Representada: Unimed Itatiba Cooperativa de Trabalho Médico. Nota Técnica de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011034.pdf>. Acesso em 3 dez. 2014.

SÉGUIN, Elida. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E.. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, trad. Helga Hoffmann.

TEPEDINO, Gustavo. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 21-46.

_____. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

UNIMED. **Dados Estratégicos do Sistema UNIMED**. Disponível em <http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=49146&cd_secao=49112>. Acesso em 23 dez. 2014.

VIANNA, Cid Manso de Mello. “Estruturas do Sistema de Saúde: do Complexo Médico-industrial ao Médico-financeiro”. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, a. 10, v. 12. n. 2, 2002, p. 375-390.