

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA _ VARA DA COMARCA DE
VITÓRIA - ES

**VITÓRIA APART ONCOLOGIA LTDA, amplamente reconhecido como
NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ONCOLOGIA (DORAVANTE “NEON”),**

sociedade limitada com sede e foro na cidade de Serra-ES, localizado na BR 101, Norte, Km 02, Rosário de Fatima, CEP 29161-900, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04786490/00001-54,

por seus advogados signatários (doc. 01), com fundamento nos arts. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LVI, e 37 da Constituição da República; arts. 282 e segs. do Código de Processo Civil (CPC); no Código de Defesa do Consumidor (CDC); na Lei nº 12529/2011; na Lei nº 9656/98; na Lei nº 9.279/96, bem como demais preceitos legais pertinentes e aplicáveis à espécie, vem, em caráter de urgência, propor a presente

AÇÃO ORDINÁRIA

com pedido de antecipação de tutela,

em face da UNIMED VITÓRIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO (doravante "UNIMED"), com sede e foro na capital Vitória-ES e endereço no Av. César Hilal, 700, 3º andar, Bento Ferreira, CEP 29050-922 fazendo-o pelos motivos de fato e de direito a seguir articulados.

I - FATOS E INFORMAÇÕES FUNDAMENTAIS

(i) A UNIMED detém posição dominante no mercado de saúde suplementar na região metropolitana de Vitória

1. A UNIMED detém mais de 50% do mercado de saúde suplementar da região metropolitana de Vitória.
2. Isso significa que ela detém posição dominante nesse mercado e pode determinar a dinâmica dos mercados de contratação de planos de saúde e de contratação de serviços médico-hospitalares (conforme art. 36, da Lei 12.529/11, presume-se que uma empresa detém posição dominante quando possui mais de 20% de um mercado)¹.

(ii) Os prestadores de serviços médico-hospitalares dependem economicamente da UNIMED em razão da quantidade de pacientes vinculados a ela. No caso do NEON, há nítida dependência econômica em relação à UNIMED.

3. Os serviços médico-hospitalares demandam certa escala para que sejam economicamente viáveis. Isso porque, em geral, as margens dos serviços e produtos são muito limitadas, enquanto que o custo de manutenção, equipamentos e funcionários especializados é alto. Por isso, essas atividades demandam um volume de trabalho substantivo para que sejam economicamente viáveis.
4. Dada a configuração do mercado na região de Vitória, é essencial para qualquer prestador atender clientes da UNIMED, pois só assim pode alcançar a escala necessária. No caso do NEON, há nítida dependência econômica em relação à UNIMED: cerca de 45% da receita gerada com os tratamentos quimioterápicos originam-se de clientes da UNIMED (o NEON faturou R\$ 16.135.715,13 em 2010; desse faturamento, R\$ 7.377.953,99 originaram-se de clientes da UNIMED. Em 2011, a proporção foi de R\$ 16.627.382,33 no total e R\$ 6.336,259,28 de clientes da UNIMED).

¹ Essa condição já foi reconhecida pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça no Processo Administrativo nº 08012.004993/2009-16 (Doc. 10).

(iii) Desde 2002, a UNIMED mantém relação contratual com o NEON para provimento de tratamento quimioterápico a seus clientes. O NEON é clínica de referência em tratamento quimioterápico na região e tem sido responsável pelo tratamento de cerca de 40% dos clientes da UNIMED que demandam esses cuidados.

5. A UNIMED celebrou com o NEON um contrato de prestação de serviços médico-hospitalares em 2002 disciplinando o tratamento quimioterápico de clientes da UNIMED (Doc. 02).
6. Essa relação contratual tem se desenvolvido com sucesso há 10 anos, motivo pelo qual aproximadamente 40% dos clientes da UNIMED que demandam serviços de oncologia são tratados pelo NEON.
7. Deve-se destacar que o NEON tornou-se uma clínica referência na região para o tratamento de oncologia, devido à capacitação de seus profissionais, sua estrutura e investimentos constantes em aperfeiçoamento. A clínica é reconhecida e respeitada inclusive em centros médicos localizados em outras regiões, que conhecem e respeitam o trabalho do NEON (dentre eles, centros de excelência como o Hospital Sírio Libanês e Albert Einstein em São Paulo, Oncoclínica e Instituto Nacional do Câncer no Rio de Janeiro, a Santa Casa e o Hospital Luxemburgo em Belo Horizonte, e Hospital Sírio Libanês de Brasília).
8. Prova definitiva da importância e destaque dessa clínica no tratamento oncológico na região de Vitória é o reconhecimento da clínica pelos demais médicos. Nesse sentido, deve-se ter presente que as clínicas oncológicas costumam receber pacientes a partir da indicação de um médico de outra especialidade que tenha detectado possíveis sintomas de câncer. Nesses casos, o NEON tem sido a primeira opção da maioria dos médicos no encaminhamento de seus pacientes, alçando-o à condição de uma das maiores clínicas para tratamento oncológico da região. A reputação do NEON reverbera também sobre a imprensa local. Note-se, nesse sentido, que seus médicos são constantemente consultados por jornalistas como especialistas e fontes fidedignas (Doc. 05 - Dossiê com exemplos de reportagens em que foram consultados médicos do NEON).

(iv) A relação entre UNIMED e NEON se desenvolvia sem percalços, motivo pelo qual há legítima expectativa de continuidade da relação. Inclusive, essa expectativa deu lugar à realização de investimentos recentemente pelo NEON.

9. A corroborar o sucesso dessa relação entre UNIMED e NEON, o contrato que teria como prazo inicial apenas um ano, foi prorrogado por tempo indeterminado e já vige por 10 anos. E mais, em 2010, foi convencionado aditamento ao contrato para ajuste do preço praticado, demonstrando nítida intenção de continuidade da relação (Doc. 03).

10. A importância da relação com a UNIMED foi fundamental, inclusive, para que o NEON fizesse novo investimento no aperfeiçoamento de seus serviços mediante a instalação de uma nova unidade localizada em Vila Velha. Com a nova clínica, o NEON pretende facilitar o acesso de indivíduos residentes na área metropolitana de Vitória aos tratamentos oferecidos (ver documento 06 anexo).

(v) A relação entre UNIMED e NEON se desenvolvia sem percalços até que a UNIMED decidiu constituir uma clínica própria para tratamentos quimioterápicos, no início de 2012. A partir daí, a UNIMED alterou radicalmente sua atitude e passou a agir de modo a eliminar o agora rival NEON: primeiro, iniciou uma política de desvio de clientes e, derradeiramente, descredenciou, sem justificativa, a clínica referência que atendia 40% de seus pacientes.

11. Ao implantar uma clínica própria para fornecimento de tratamentos quimioterápicos no final de 2011, a UNIMED alterou radicalmente sua atitude e passou a agir de modo a eliminar o NEON - antes parceiro e agora concorrente.

12. Sua estratégia começou paulatinamente, mediante a imposição de dificuldades para o pagamento dos serviços. Depois, a UNIMED iniciou uma estratégia ilícita para desvio de clientes do NEON para sua própria clínica mediante a discriminação em favor da sua clínica. Por fim, veio o golpe derradeiro: o descredenciamento do NEON da rede da UNIMED por meio de denúncia desmotivada (vazia) do contrato de prestação de serviços (Doc. 04).

13. Como a UNIMED é o maior plano de saúde na região, seu peso nos atendimentos realizados pelo NEON é muito substantivo. Por isso, o descredenciamento inviabiliza o funcionamento do NEON e deverá resultar em manifestos prejuízos à concorrência (pois a UNIMED intensifica o processo de monopolização do mercado) e aos

consumidores, que terão menos opções de escolha e terão negado seu acesso a uma clínica de referência para o tratamento de doença grave que é o câncer.

II - DA LIDE E SEUS FUNDAMENTOS

14. Após tentativas infrutíferas de negociação com a UNIMED, o recurso ao Poder Judiciário faz-se essencial para proteção dos direitos em jogo.
15. Dessa forma, a lide deve ser formada para que, ao final seja garantido provimento jurisdicional que suspenda os efeitos da resilição do contrato de prestação de serviços pela UNIMED, posto que ilegal, e restabeleça integralmente a vigência do contrato. A fundamentação do pedido pode ser assim sintetizada:

I - Na perspectiva contratual:

- i. Não é possível denúncia vazia no caso de contrato com prazo indeterminado e que vige há 10 anos. A denúncia vazia fere a boa-fé objetiva e os deveres de lealdade contratual. Houve um aditivo do contrato em 2010 que sinalizava a continuidade do contrato, já que o próprio mecanismo de precificação foi amplamente discutido e revisto.
- ii. A boa fé-objetiva é ferida à medida que o NEON se encontra num estado de dependência econômica quanto à Unimed, cujos pacientes representam cerca de 45% do faturamento da empresa. Nesse contexto, houve uma série de investimentos realizados em razão principalmente dessa relação contratual.
- iii. Há importante precedente em caso semelhante em que foi deferida antecipação de tutela para se restabelecer o contrato por ter sido violada a boa-fé contratual por denúncia imotivada do contrato e abuso do poder econômico.
- iv. O cooperado tem um vínculo com a Unimed e direitos enquanto cooperado que estão sendo feridos. A Unimed deixa o status de cooperativa para ir contra os próprios cooperados.
- v. A perspectiva médica influencia a interpretação dos deveres contratuais. A prestação de serviços de quimioterapia tem, por óbvio, um valor social inestimável e isso conforma a função social deste contrato, exigindo sua manutenção.
-

II - Perspectiva da regulamentação da saúde suplementar

- i. o descredenciamento do NEON fere o art. 17 da Lei nº 9656/98 pois os consumidores não foram formalmente e individualmente notificados sobre o descredenciamento do NEON. Conforme já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, "*tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais.*"²
 - ii. Não houve a substituição do NEON por outra clínica equivalente, conforme determina o art. 17 da Lei nº 9656/98. É verdade que a UNIMED lançou clínica própria para o tratamento quimioterápico, mas isso não significa que houve a adequada substituição do NEON. As clínicas não são equivalentes posto que a estrutura do NEON, número de profissionais, expertise e gabarito ultrapassam nitidamente a recém constituída clínica.
-

III - Perspectiva concorrencial e dos consumidores

- i. A UNIMED exerce abusivamente sua posição dominante: detém 50% do mercado na região de Vitória e pode impor unilateralmente as condições de contratação. Sua atuação constitui infração à ordem econômica, nos termos da Lei 12.529/11.
 - ii. A Unimed limita ou prejudica a livre concorrência ao excluir do mercado um concorrente importante e que é referência no tratamento quimioterápico. Essa exclusão limita a escolha dos consumidores e pode resultar em serviços de menor qualidade
 - iii. A UNIMED visa à dominação de mercado: não existe qualquer justificativa lógico-racional para o descredenciamento do NEON que não seja os ganhos que a UNIMED terá com a monopolização do mercado.
 - iv. A estratégia de desvio de clientes feita pela UNIMED também deve ser repelida, tanto por ser infração à ordem econômica (nos termos da Lei 12.529/11) quanto por constituir concorrência desleal (nos termos da Lei 9.279/96).
 - iv. O provimento judicial deve determinar a cessação da prática anticompetitiva, nos termos dos arts. 36 e 47 da Lei 12.529/11.
-

16. É o que se passa a expor em detalhes.

² REsp nº 1144840 / SP

III - PERSPECTIVA CONTRATUAL

- (i) **Não é possível denúncia vazia no caso de contrato com prazo indeterminado e que vige há 10 anos. A denúncia vazia fere a boa-fé objetiva e os deveres de lealdade contratual. Houve um aditivo do contrato em 2010 que sinalizava a continuidade do contrato, já que o próprio mecanismo de precificação foi amplamente discutido e revisto.**
-

17. O contrato firmado por UNIMED e NEON em 2002 tinha como objeto a prestação de serviços de Quimioterapia Ambulatorial e Internado aos clientes da UNIMED. O instrumento previa a vigência pelo prazo de 1 (um) ano, ao fim do qual se renovaria a relação contratual por período indeterminado, como de fato ocorreu.
18. Ao longo de dez anos o contrato foi rigorosamente cumprido pelo NEON, com o padrão de excelência de uma clínica referência para o tratamento oncológico, primeira da região a se adequar ao Regulamento Técnico de Funcionamento para os Serviços de Terapia Antineoplásica (Quimioterapia) RDC nº 220 da ANVISA. Parte dessa notabilidade pode ser explicada por importantes investimentos realizados pela Autora, estimulada por um contrato de longa duração que se vislumbrava estável, a julgar pelos sinais emitidos pela Ré.
19. De fato, a relação contratual já tem 10 anos, o que transformou o simples contrato de curta-duração antes firmado em um contrato de longa-duração. O tempo transcorrido fez com que as partes interagissem constantemente e aperfeiçoassem sua interação, gerando economias substantivas nos custos de transação (recursos econômicos despendidos para adaptar e monitorar a transação), permitindo assim o desenvolvimento de confiança entre as partes e a realização de investimentos que apenas ocorreram em razão da vigência desse contrato.
20. Como resultado, os deveres contratuais intrínsecos ao contrato se alteraram ao longo dos anos, exigindo que os atos das partes nessa relação sejam calcados nos princípios da boa-fé, solidariedade e nos deveres de cooperação recíproca, como ensina a moderna teoria dos contratos na sociedade complexa³. Em outras palavras,

1. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto de. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. \Max Limonad, São Paulo, 1998.

os deveres das partes na relação ganham elementos novos e não necessariamente escritos no termo contratual; em verdade, essas obrigações advêm da própria natureza do contrato e dinâmica cooperativa da relação.

21. A corroborar essa constatação, firmou-se recentemente (em 2010) aditamento para o ajuste do preço praticado, permanecendo em vigor as demais cláusulas não afetadas, ratificando o interesse de ambas as partes na continuidade da relação .
22. Esses princípios e deveres poderiam ter inspirado a relação contratual por ainda longos anos, não fosse a Unimed ter passado a atuar no mesmo segmento de mercado. Infelizmente, optou por não fazê-lo praticando uma concorrência leal, em benefício do consumidor, mas antes utilizando todo o seu poderio econômico **para abusar do seu direito de resilir**, com a finalidade exclusiva de eliminar um concorrente.
23. Com isso, praticou a conduta prevista no artigo 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

24. É nítido que, em concreto, a UNIMED abusou do seu direito de resilir. Isso porque uma relação contratual de longa duração e com investimentos específicos não pode ser encerrada de modo abrupto e sem qualquer justificativa! O NEON sempre cumpriu com zelo e competência suas obrigações, não havendo qualquer razão que possa justificar seu descredenciamento exceto o interesse da UNIMED em desviar todos os pacientes do NEON para sua própria clínica.
25. Esse ato é ilícito não só pelos prejuízos que traz à concorrência, como se verá abaixo, mas também por ferir a disciplina do contrato de longa-duração que compreende deveres de boa-fé, solidariedade e cooperação recíproca. O abuso do direito de resilir encontra-se justamente na ausência de motivação lícita. A motivação da UNIMED é a exclusão de uma empresa do mercado com o fim de se tornar monopolista, gerando assim prejuízos aos consumidores que terão alijadas suas possibilidades de escolha e acesso a uma clínica referência.

- (ii) **A boa fé-objetiva é ferida à medida que o NEON se encontra num estado de dependência econômica quanto à Unimed, cujos pacientes representam cerca de 45% do faturamento da empresa. Nesse contexto, houve uma série de investimentos realizados em razão principalmente dessa relação contratual.**
-

26. Quando aproximadamente 45% do faturamento de uma determinada empresa depende de apenas uma relação contratual, é evidente que a possibilidade de realização de investimentos importantes, em benefício de seus clientes, depende da segurança dessa relação.
27. Assim, acreditando que a Ré cumpriria com seus deveres de boa-fé, lealdade e cooperação, a NEON investiu continuamente na formação de seus médicos, na realização de congressos para a comunidade e nos diversos serviços prestados aos seus pacientes, desde a consulta até a quimioterapia, passando pelo importante acompanhamento nutricional e dos possíveis efeitos colaterais do procedimento.
28. Um investimento importante a ser destacado é certamente a instalação, em 2011, pelo NEON de nova unidade localizada em Vila Velha a fim de encurtar a distância com seus pacientes e oferecer um maior conforto aos pacientes debilitados por sua condição de saúde (doc. 06). Esse tipo de investimento tem expressa proteção no art. 473 do novo Código Civil⁴.
29. Todos esses fatores demonstram que o NEON não tinha um mero desejo, mas uma legítima expectativa na continuidade do contrato. E é justamente para assegurar esse tipo de expectativa que o novo Código Civil trouxe a cláusula geral da boa-fé, capaz de mitigar uma orientação excessivamente individualista dos contratantes. Não é outra a lição de Judith Martins-Costa:

“Ai está a boa-fé em sua função de garante das legítimas expectativas e de uma ação orientada pela proibidade e correção no tráfego jurídico: sendo missão primária do Direito assegurar expectativas e direcionar condutas a uma ordem de convivência que permita coordenar positivamente a interação social, alberga o

⁴ "Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos."

Ordenamento, necessariamente, 'uma rede suficiente complexa de agregação de expectativas e de orientações de acção.'"⁵.

30. A boa-fé refere-se, portanto, à formação de expectativas no contrato e à proibição de sua quebra. Não se trata senão de um poder atribuído ao juiz para a correção das atitudes do contratante de acordo com regras de comportamentos sociais, isto é, de acordo com o comportamento esperado pela sociedade. É o que prevê o artigo 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

31. Cabe lembrar que a boa-fé deve balizar não apenas a interpretação do contrato (função *adjuvandi*, artigo 113 do Código Civil⁶) como também a sua eventual correção (função *corrigendi*), com base no dever de colaboração entre os contratantes, não só na conclusão como na execução do contrato.
32. Dessa forma, não se pode mais interpretar uma cláusula isolada do contrato, sem ter em conta todo o instrumento contratual. Este, por sua vez, não pode ser interpretado de forma desvinculada da efetiva relação contratual que se formou ao longo do tempo. Por fim, tal relação contratual, por força das cláusulas gerais adotadas pelo novo Código Civil, não pode ser observada pelo direito senão pelas lentes de valores socialmente compartilhados.
33. É nesse sentido que se deve ter claro que fere a boa-fé contratual e constitui abuso do direito de resilir a total desconsideração dos investimentos realizados e da relação de longa duração desenvolvida ao longo dos últimos 10 anos para que, por meio de denúncia imotivada, decrete-se unilateralmente o fim desse vínculo. Essa constatação se torna ainda mais contundente à medida que se nota que a rescisão objetiva prejudicar a outra parte, impondo-lhes prejuízos severos para que seja excluída do mercado e a resiliente possa, por fim, monopolizar o mercado. Trata-se de exemplo nítido de abuso de poder econômico.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do Abuso de Direito e o rumo indicado pela Boa-Fé*. Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, 21-23 de setembro de 2006), p. 22.

⁶ Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*"

(iii) **Há importante precedente em caso semelhante em que foi deferida antecipação de tutela para se restabelecer o contrato por ter sido violada a boa-fé contratual por denúncia imotivada do contrato e abuso do poder econômico**

34. Vale destacar a decisão do D. Juiz de Direito Dr. Victor Ribeiro Pimenta (Doc. 07), da primeira Vara Cível de Vitória, nos autos de processo em que também se discutia a denúncia vazia do contrato de prestação de serviços (Processo nº 024080252851⁷):

DEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, para SUSPENDER OS EFEITOS da notificação encaminhada à autora pela ré, que denunciou o contrato **DETERMINANDO** que a Requerida **dê continuidade** ao contrato firmado entre as partes (...)

35. Decisão esta tomada com base em sólida fundamentação:

É de se esclarecer que a boa-fé objetiva atua também como forma de limitação dos direitos subjetivos, entre eles o de resilir abrupta e unilateralmente um contrato da jaez do que fora firmado entre as partes.

Portanto, afigura-se clara violação do Princípio da boa-fé objetiva a resilição do contrato como imposta pela Ré.

36. A prestação de serviços de quimioterapia tem, por óbvio, um valor social inestimável e isso traz consequências para a relação contratual. É o que mais uma vez acertadamente afirmou o D. Magistrado Victor Ribeiro Pimenta nos autos do processo já mencionado:

Ao meu sentir, entendimento diverso contraria os princípios que orientam as atuais relações negociais pela probidade, moralidade e honradez. Tais princípios estão aliados ao princípio da função social do contrato, o qual, respaldado na Constituição Federal, diz que um contrato somente estará seguro quando as partes se pautarem pelos valores de solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa e respeito à dignidade da pessoa humana.

⁷ Processo nº 02408252851; Autor: Radiologistas Associados Ltda.; Réu: UNIMED Vitória - Cooperativa de Trabalho Médico.

37. A antecipação de tutela deferida pelo D. Juiz de 1º Grau foi confirmada por acórdão do E. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (doc. 08), nos seguintes termos (Agravado de Instrumento nº 024089010615):

EMENTA: - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCREDECIMENTO IMOTIVADO - CLÍNICA - PLANO DE SAÚDE - MANUTENÇÃO DO CONVÊNIO - RECURSO IMPROVIDO.

(iv) O cooperado tem um vínculo com a Unimed e direitos enquanto cooperado que estão sendo feridos. A Unimed deixa o status de cooperativa para ir contra os próprios cooperados

38. É preciso ressaltar, ainda, que não estamos diante de um contrato de prestação de serviços comum, mas de uma relação contratual que se desenvolve entre uma sociedade cooperativa e uma sociedade cujo capital é integralmente composto por membros dessa cooperativa.

39. Segundo o artigo 3º da Lei 5764:

Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

40. Resta claro que uma sociedade constituída para o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, tendo como objetivo a prestação de serviço aos seus associados, não pode surpreendê-los com atitudes impeditivas à própria continuidade de suas atividades.

41. Nesse mesmo sentido, a Unimed Vitória prevê em seu Estatuto Social (doc. 09):

Art. 2º A COOPERATIVA, com base na colaboração recíproca a que se obrigam os seus associados, tem por objeto:

I - A congregação dos integrantes da profissão médica para a sua defesa econômico-social;

II - A geração de condições para o exercício das atividades profissionais dos associados, disponibilizando-lhes serviços especializados e complementares para a saúde, como recursos próprios ou contratados;

III - O aprimoramento sistemático da qualidade da assistência médica, em toda a sua extensão e complexidade e o conseqüente aumento do grau de satisfação dos usuários.

42. Ou seja, a UNIMED exige a associação do médico, mas não oferece, em contrapartida, a colaboração que todo cooperado deve esperar de sua cooperativa. Não poderia a Ré ter ido mais longe na criação de uma confiança legítima dos associados para depois frustrá-la com a tentativa de interromper as suas atividades profissionais.
43. O fato de o contrato de prestação de serviços de Quimioterapia Ambulatorial e Internado ter sido firmado entre a UNIMED e empresa constituída por seus associados só reforça o dever de lealdade e boa-fé que rege a referida relação contratual. Tais deveres foram frontalmente violados por uma súbita e desarrazoada tentativa de rescisão, que deve ser obstada pelo Poder Judiciário.

(v) A perspectiva médica influencia a interpretação dos deveres contratuais. A prestação de serviços de quimioterapia tem, por óbvio, um valor social inestimável e isso conforma a função social deste contrato, exigindo sua manutenção.

44. No direito contratual regido pelo novo Código Civil, a autonomia da vontade também está limitada pela função social do contrato:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

45. O respeito à dignidade da pessoa humana deve nos fazer refletir, imediatamente, quanto as possíveis conseqüências para os pacientes no caso de o contrato ser extinto. Não se pode esquecer que se trata de uma clínica de renome na prestação de serviços quimioterápicos, ou seja, de um importante concorrente que ajuda a dinamizar o mercado e elevar o padrão de qualidade dos serviços médicos, mas terá

suas atividades inviabilizadas caso não possa ter acesso aos usuários do sistema Unimed. Ademais, consequências econômicas e sanitárias gravíssimas advirão caso essa estratégia de eliminação de concorrentes seja levada adiante.

46. O desvio de pacientes pela Unimed traz em si um potencial lesivo desde a perspectiva médica. Trata-se da segmentação da atividade terapêutica, desaconselhada pelo Regulamento Técnico de Funcionamento para os Serviços de Terapia Antineoplásica (Quimioterapia) RDC 220:

5.1. A Terapia Antineoplásica (TA) deve abranger, obrigatoriamente, as seguintes etapas:

5.1.1. Observação clínica e prescrição médica.

5.1.2. Preparação: avaliação da prescrição, manipulação, controle de qualidade e conservação.

5.1.3. Transporte.

5.1.4. Administração.

5.1.5. Descarte.

5.1.6. Documentação e registros que garantam rastreabilidade em todas as etapas do processo.

47. De fato, ao "seduzir" um paciente a continuar o seu tratamento em outro espaço, a Unimed realiza um corte abrupto no processo constituído por essas etapas.

48. Nos anexos da Resolução, há normas específicas sobre a responsabilização que pressupõem a continuidade do processo:

ANEXO III

5.1. Deve existir procedimento operacional escrito para todas as etapas do processo de preparação.

5.3.6. Deve ser conferida a identificação do paciente e sua correspondência com a formulação prescrita, antes, durante e após a manipulação da TA.

ANEXO IV

3.5. Deve ser conferida a identificação do paciente e sua correspondência com a formulação prescrita, antes da sua administração.

49. Portanto, também da perspectiva médica, que se conecta acima de tudo à função social do contrato de prestação de serviços de quimioterapia, impõe-se a continuidade das atividades previstas no contrato que a UNIMED pretende resilir.

IV - PERSPECTIVA DA REGULAMENTAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

50. O ato unilateral promovido pela Unimed Vitória gera repercussões no campo do consumidor a quem a Lei nº 9656/98 tomou como principal motivador para a criação das regras do artigo 17 sobre os requisitos mínimos para credenciamento de uma unidade de prestação de serviços.
51. O citado artigo 17 se preocupou em garantir que as condições assumidas pela operadora de plano de saúde com os consumidores quanto à abrangência e qualidade de sua rede de atendimento sejam preservadas:

Art. 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

52. No caso de modificações na rede, a Lei exige que seja respeitado o equilíbrio contratual, de modo que tais alterações sejam amplamente divulgadas e não impliquem em redução da própria qualidade do serviço:

*§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o **caput** deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor. ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001](#))*

53. A modificação da rede credenciada possui reflexos imediatos no conjunto de serviços oferecidos pelo plano de saúde que o consumidor escolheu para adesão ao contrato de saúde suplementar. A retirada de uma clínica de oncologia com o gabarito do NEON ocasiona uma modificação substantiva no conjunto de prestadores disponíveis ao consumidor.
54. Por este motivo disciplinou a Lei nº 9656/98 que, respeitante ao dever de informação estabelecido pelo CDC a toda e qualquer relação de consumo, a modificação da rede credenciada com a supressão ou troca de prestador de serviços médico-hospitalares deve ser precedida da comunicação formal ao consumidor, como medida de permissão ao consumidor da reavaliação do serviço contratado e exercício de seu direito de escolha. E mais, a substituição deve proporcionar ao consumidor uma outra opção equivalente, nunca inferior.
55. No caso concreto, o descredenciamento do NEON fere o art. 17 da Lei nº 9656/98 pois:

i. Os consumidores não foram formalmente e individualmente notificados sobre o descredenciamento do NEON. Conforme já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, "*tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais.*"⁸

ii. Não houve a substituição do NEON por outra clínica equivalente. É verdade que a UNIMED lançou clínica própria para o tratamento quimioterápico, mas isso não significa que houve a adequada substituição do NEON. As clínicas não são equivalentes posto que a estrutura do NEON, número de profissionais, expertise e gabarito ultrapassam nitidamente a recém constituída clínica.

⁸ REsp nº 1144840 / SP

56. Quanto ao ponto (ii) acima é importante destacar que o desrespeito à obrigação legal de substituição de prestador de serviços médico-hospitalares por outro equivalente visa evitar prejuízos aos consumidores, que contrataram um plano de saúde esperando um certo nível de qualidade no serviço para, depois, serem surpreendidos com um nível inferior.
57. No caso concreto, os pacientes de câncer requerem tratamentos prolongados e especialíssimos, tais quais os tratamentos oncológicos prestados com excelência pelo NEON. Por isso, a substituição de uma clínica deve ser olhada com ainda mais cuidado, pois a qualidade do tratamento pode variar significativamente. Uma clínica com o gabarito do NEON em especialidade tão complexa e distinta não pode ser facilmente substituída. Certamente, uma clínica recém constituída e com estrutura menor não tem condições de oferecer serviços equivalentes. Dessa forma, a substituição pretendida pela UNIMED agrava a situação de pacientes submetidos a tratamentos de risco, dado que é possível a perda imediata de qualidade do serviço.
58. A jurisprudência não deixou de prestar atenção especial ao tema, destacando o RESP 1119044/SP do e. STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. DESCREDENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA NO CURSO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, SEM SUBSTITUIÇÃO POR ESTABELECIMENTO DE SAÚDE EQUIVALENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA ABUSIVA. ART. 17 DA LEI 9.656/98.

1. O caput do art. 17 da Lei 9.656/98 garante aos consumidores de planos de saúde a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora ao longo da vigência dos contratos.

2. Nas hipóteses de credenciamento de clínica, hospital ou profissional anteriormente autorizados, as operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos conveniados compatível com os serviços contratados e apta a oferecer tratamento equivalente àquele encontrado no estabelecimento de saúde que foi credenciado. Art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98.

3. O descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos. O consumidor não é obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados e não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do contrato de assistência médica.

4. Recurso especial conhecido e provido.

59. Por essas razões, o ato unilateral promovido pela UNIMED de descredenciamento do NEON fere a disciplina da Lei 9.656/98, motivo pelo qual deve ser declarado nulo.

V - PERSPECTIVA CONCORRENCIAL E DOS CONSUMIDORES

60. Em respeito ao princípio da eventualidade, caso V.Sa. não considere que o contrato deva subsistir em razão da própria disciplina contratual e do princípio da boa-fé objetiva, que vedam a denúncia imotivada do contrato na situação em comento, imperioso que se determine o restabelecimento do contrato como meio de se impedir o abuso de poder econômico e a monopolização do mercado de saúde suplementar pela UNIMED na região metropolitana de Vitória.
61. É sabido que a falta de concorrência traz prejuízos consideráveis aos consumidores: preços mais altos, menor possibilidade de escolha e menor qualidade dos serviços. Por isso, a proteção à concorrência se impõe como necessária para proteção dos interesses dos consumidores.
62. Nesse sentido, deve-se ter presente que a Constituição Federal alçou a livre concorrência e a proteção dos consumidores a princípios fundamentais da ordem econômica e, por isso, determinou expressamente a repressão ao abuso do poder econômico:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

Art. 173.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

63. Em cumprimento ao ditame constitucional, a Lei 12.529/11 disciplina o comportamento das empresas no mercado, exigindo que elas atuem com lealdade e respeitem a ordem concorrencial. O art. 36 dessa Lei veda expressamente qualquer comportamento que vise à:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

64. Como resultado dessa disposição, qualquer comportamento que puder resultar nos efeitos elencados será considerado uma infração à ordem econômica, devendo cessar imediatamente. É sabido que alguns comportamentos são tendentes a gerar esses efeitos, como por exemplo, o cartel (a combinação de concorrentes para divisão de mercado ou aumento de preço). Nesse sentido, deve-se destacar que a própria Lei, no parágrafo 3 do mesmo artigo, cita como exemplo de conduta tendente a gerar esses efeitos anticompetitivos a criação de “*dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.*”

65. Essa situação já prevista pela Lei como possivelmente ilícita é justamente a hipótese dos autos! Por meio do descredenciamento do NEON - que é referência no Estado do

Espírito Santo -, sem qualquer justificativa objetiva para isso, a UNIMED só pode pretender prejudicar o funcionamento e o desenvolvimento de um concorrente em prol de sua recém lançada clínica!

66. Deve-se ter claro que desde 2002 a UNIMED mantém com o NEON uma relação contratual consolidada para o fornecimento dos tratamentos quimioterápicos. Essa relação tem sido de mútuo benefício a ambas as partes: a UNIMED tem oferecido tratamentos de qualidade a seus clientes (cerca de 40% do pacientes conveniados à UNIMED recebem tratamento na clínica dos AUTORES), e os AUTORES têm sido remunerados por isso de acordo com as tabelas praticadas pela UNIMED com todos os prestadores conveniados.
67. Ao implantar uma clínica própria para fornecimento de tratamentos quimioterápicos, a UNIMED alterou radicalmente sua atitude e passou a agir de modo a eliminar seu principal rival no mercado de serviços quimioterápicos: o NEON. Sua estratégia começou paulatinamente, a princípio, com dificuldades impostas para o pagamento dos serviços e, depois, com a discriminação em prol de sua clínica própria, conforme se verá abaixo. Por fim, veio o golpe derradeiro: o descredenciamento do NEON da rede da UNIMED.
68. Claramente, essa conduta tem os efeitos previstos no caput do art. 36 como ilegais, como se passa a demonstrar, exigindo provimento jurisdicional que cesse essa conduta e seus efeitos⁹.

(i) A UNIMED exerce abusivamente sua posição dominante: detém 50% do mercado na região de Vitória e pode impor unilateralmente as condições de contratação

69. A UNIMED tem inquestionável posição dominante em Vitória, pois detém em seu portfólio mais de 50% dos usuários de planos de saúde. Dessa forma, ultrapassa o patamar de 20% de presunção legal para que seja verificada a posição dominante (art. 36 da Lei 12.529/11). Essa condição já foi reconhecida pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (que compunha o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) em sua detalhada análise do mercado de saúde suplementar da região metropolitana de Vitória (doc. 10):

⁹ A sujeição das cooperativas à disciplina constitucional e infra-constitucional sobre a concorrência é inquestionável e já foi expressamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1172603 / RS): “ 2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170.”

"A dicção do art. 20, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.884/94, nos conduz à conclusão de que a posição dominante do agente econômico é presumida quando este controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante. Como observado acima, a análise dos dados constantes dos autos retrata que a posição no mercado da Representada ultrapassa o patamar de 40% (quarenta por cento). Em outras palavras, tal número representa um grande controle da mão-de-obra essencial, e uma significativa influência da Unimed Vitória em relação aos prestadores de serviços médicos da região. Dessa forma, é inegável a existência de posição dominante da Representada, quer pelo critério de número de beneficiários, quer pelo critério de médicos cooperados, tradicionalmente empregado pelo SBDC."¹⁰

70. A posição dominante significa a capacidade de determinar as relações de concorrência e a conformação do mercado. Em outras palavras, essa posição lhe permite impor as condições de contratação tanto com clientes quanto com fornecedores. Mais do que isso, sua posição dominante lhe permite realizar estratégias mercadológicas que limitam a concorrência por meio do fechamento de mercado e eliminação dos rivais. É por isso que o Direito da Concorrência fiscaliza com muito cuidado atos de agentes que detenham posição dominante em determinado mercado¹¹. Note-se que abusar da posição dominante nada mais é do que abusar do poder econômico em um determinado mercado.
71. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia especializada e técnica responsável pela fiscalização da concorrência nos termos da Lei 12.529/11, trata com muita cautela os atos de

¹⁰ Processo Administrativo nº 08012.004993/2009-16.

¹¹ A Comissão Européia, autoridade antitruste do bloco europeu e sempre utilizada pelo Brasil como exemplo de boas práticas nessa matéria, assim define a posição dominante: "A *posição dominante* foi definida ao abrigo da legislação comunitária como sendo uma posição de poder econômico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efectiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo dos consumidores (3). Esta noção de independência está relacionada com o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita. A posição dominante faz com que esta pressão concorrencial não seja suficientemente eficaz e, como tal, a empresa goza de um poder de mercado considerável e duradouro. Consequentemente, as decisões da empresa são em grande medida insensíveis às acções e reacções dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores." (Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>).

agentes que detenham posição dominante, e impõe severas limitações à liberdade de contratação desses agentes¹²:

"Os fatos aqui apurados e o teor deste voto demonstram o quanto o poder econômico, exercido de forma abusiva, pode ser danoso não somente aos concorrentes e ao mercado, mas aos consumidores, intermediários (pontos de venda) e finais (cidadãos).

No caso sob exame, fica demonstrado que um agente econômico com participação de mercado próxima a 70% (setenta por cento), mais especificamente de 69,3% (sessenta e nove vírgula três por cento), deve ser responsável e cuidadoso o suficiente para que as suas práticas comerciais não tenham repercussões negativas, fora de seu âmbito de interesse. Um movimento de um elefante sempre terá maiores repercussões, num espaço delimitado, do que o movimento de um felino, por exemplo.

Assim, o poder de dominância atrai maiores responsabilidades. Parafraseando o ilustre representante do Ministério Público Federal neste Conselho, Augusto Aras, em manifestação alhures: 'na perspectiva da célebre constatação de Montesquieu 'todo aquele que está no poder tende a abusar dele'. entendo que tal constatação vale não somente para o poder político, mas também para o poder econômico, pois poder é faculdade, capacidade, meio de alcançar, em qualquer atividade humana."

72. Em razão da posição de extrema força econômica no mercado detida pela UNIMED e capacidade de sujeição dos demais, sua liberdade de atuação no mercado deve ser vigiada de perto para que suas estratégias não resultem na exclusão dos concorrentes. No caso, a UNIMED abusa de sua posição dominante – ou seja, abusa da condição de ser o maior plano de saúde na região – ao impor as condições dos contratos para prestação de serviços quimioterápicos e discriminar entre o NEON e outros prestadores em favor de sua própria clínica, excluindo parcela substantiva da concorrência com o fim de dominar uma parcela considerável do mercado.

¹² Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 julgado pelo E. CADE em 22 de julho de 2009.

(ii) A Unimed limita ou prejudica a livre concorrência ao excluir do mercado um concorrente importante e que é referência no tratamento quimioterápico. Essa exclusão limita a escolha dos consumidores e pode resultar em serviços de menor qualidade

73. O peso dos clientes da UNIMED nos atendimentos realizados pelo NEON é muito substantivo (aproximadamente 45% de seu faturamento). Por isso, o descredenciamento repentino e injustificado gerará a exclusão do NEON do mercado.
74. Como já destacado acima, os serviços médico-hospitalares demandam certa escala para que sejam economicamente viáveis. Isso porque, em geral, as margens dos serviços e produtos são muito limitadas, enquanto que o custo de manutenção, equipamentos e funcionários especializados é alto. Por isso, essas atividades demandam um volume de trabalho substantivo para que sejam economicamente viáveis. Dada a configuração do mercado na região de Vitória, é essencial para qualquer prestador atender clientes da UNIMED, pois só assim pode alcançar a escala necessária. No caso do NEON, reitere-se, há nítida dependência econômica em relação à UNIMED: aproximadamente 45% da receita gerada com os tratamentos quimioterápicos origina-se de clientes da UNIMED.
75. A exclusão do NEON do mercado acarretará prejuízos severos à concorrência no mercado de tratamento quimioterápicos na região de Vitória.
76. O NEON é uma clínica de referência e uma das maiores da região. De fato, estima-se que o NEON seja responsável atualmente por 40% dos tratamentos quimioterápicos realizados na região. Dentre os clientes da UNIMED que necessitam de tratamento quimioterápico, o NEON responde por no mínimo 40% desses tratamentos. Essa tem sido a dinâmica do mercado nos últimos 10 anos, o que comprova, definitivamente, a qualidade do serviço prestado pelo NEON.
77. Com a saída do NEON, os consumidores perdem essa importante opção de clínica para seu tratamento. E mais, sem o NEON no mercado, a recém lançada clínica da UNIMED enfrentará concorrência pouco efetiva no mercado de tratamentos quimioterápicos, tornando possível sua monopolização.

78. Essa diminuição significativa na concorrência implicará em severos prejuízos aos consumidores, que, além de já estarem sujeitos ao poder da UNIMED na relação entre usuário e plano de saúde, estarão novamente – e com ainda mais intensidade – sujeitos à UNIMED também na prestação de serviços quimioterápicos. Como resultado, terão menos opções de escolha e, provavelmente, menor qualidade nos serviços, que passarão a custar cada vez mais caro.

(iii) A UNIMED visa à dominação de mercado: não existe qualquer justificativa lógico-racional para o descredenciamento do NEON que não seja os ganhos que a UNIMED terá com a monopolização do mercado.

79. Os atos da UNIMED destinam-se claramente à dominação de mercado - monopolização.

80. Não existe qualquer justificativa lógico-racional para o descredenciamento do NEON que não seja os ganhos que a UNIMED terá com a monopolização do mercado.

81. É importante que se questione: por que um plano de saúde excluiria uma das melhores e mais conceituadas clínicas da região de seu quadro de fornecedores? A justificativa de alto custo não pode ser aceita porque a UNIMED impõe as tabelas de preços, dada sua posição dominante. De outro lado, não há qualquer indício de que o NEON tenha descumprido seus deveres contratuais. Como resultado, a única explicação possível é o intento da UNIMED de monopolizar o mercado de tratamento quimioterápico, excluindo assim um concorrente muito relevante.

(iv) A estratégia de desvio de clientes feita pela UNIMED também deve ser repelida, tanto por ser infração à ordem econômica (nos termos da Lei 12.529/11) quanto por constituir concorrência desleal (nos termos da Lei 9.279/96)

82. Antes do descredenciamento do NEON, a UNIMED já vinha executando uma outra estratégia de dominação. A UNIMED discriminava sua própria rede em detrimento dos prestadores, conferindo incentivos à utilização de sua rede pelos pacientes ou mediante expressa imposição da rede própria.

83. A UNIMED concedia descontos a clientes denominados "participativos" para que utilizassem a rede própria da UNIMED. Esses clientes, pelo contrato com a UNIMED, devem arcar parte dos custos de determinados tratamentos. Nesses casos, a UNIMED

desobrigava os clientes do pagamento desses custos (chamado de "co-participação") caso utilizem a clínica própria da UNIMED no tratamento oncológico. Essa prática foi amplamente divulgada na mídia local (doc. 11).

84. E mais, em diversas oportunidades, a UNIMED impôs a utilização de sua própria clínica a clientes que estavam em tratamento no NEON. A solicitação de tratamento feita pelo médico do NEON para tratamento no próprio NEON era autorizada diretamente para a clínica da UNIMED, a despeito da solicitação diversa do médico (doc. 12; esse documento evidencia a autorização de tratamento concedida ao NEON antes da implantação da clínica da UNIMED e, para o mesmo paciente, a autorização direta para clínica da própria UNIMED, a despeito de solicitação diversa do médico).
85. Essa prática tinha o condão de prejudicar a concorrência. Afinal, apenas a UNIMED, que tem posição dominante e atua nos dois mercados (de plano de saúde e de tratamento quimioterápico) tem condições de conceder descontos dessa natureza ou de impor a clínica em que será realizado o tratamento. Portanto, também constitui ato ilícito nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/11.
86. E mais, constitui também crime de concorrência desleal, nos termos da Lei 9.729/96:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

87. A imposição de uma autorização direta para a rede da UNIMED, a despeito da solicitação diversa do médico, constitui fraude e seu resultado - o desvio de clientela - é vedado pela legislação.
88. É importante que se destaque que a vedação dessa prática de desvio de clientela é complementar ao provimento que declare a nulidade da notificação de rescisão pela UNIMED e que restabeleça o contrato de prestação de serviços com o NEON. Afinal, para que a relação contratual possa seguir de modo adequado, não pode ser aceita uma prática fraudulenta e que acarretará em prejuízos ao concorrente - o NEON - e à concorrência no mercado.

(v) O provimento judicial deve determinar a cessação da prática anticompetitiva, nos termos dos arts. 36 e 47 da Lei 12.529/11

89. Conforme autoriza o art. 47 da Lei 12.529/11, o Poder Judiciário pode dar provimento no sentido de cessar condutas que impliquem em infração à ordem econômica por causarem prejuízos à concorrência:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

90. No caso concreto, o provimento jurisdicional é cabível e necessário, pelas razões expostas acima.
91. E mais, deve-se ter claro que o Direito da Concorrência visa justamente limitar a autonomia privada. Portanto, dogma como *pacta sunt servanda*, que poderiam ser alegados pela UNIMED, não são óbice para aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Ao contrário, mesmo acordos ou transações que respeitem a legislação civil e societárias podem ser vedados por ferirem a legislação concorrencial. É o caso, por exemplo, de fusões como Sadia-Perdigão e Nestlé-Garoto, ou contratos de exclusividade ou práticas comerciais como muitas vezes debatidos no setor de shopping center e de bebidas que já foram proibidos pelo CADE.
92. Assim, o Direito da Concorrência não tem sua aplicação inibida pela conformação da conduta com termos objetivamente legais. Segundo o eminente jurista Tércio Sampaio Ferraz, mesmo que atenda a critérios objetivamente legais, a atuação do agente econômico pode violar a finalidade do direito de concorrer, o que caracteriza o abuso de poder econômico. Assim, a abusividade se afirma *“pela produção de certos efeitos, ainda que não atingidos, ou pela mera possibilidade de produzi-los, ou pelo simples fato de tê-los como objeto, independentemente de culpa, o legislador*

retira da noção de abuso qualquer fundamento moral. Não é a malícia do agente mas os resultados de sua estratégia que configuram o abuso.”¹³

93. Restaram bem demonstrados os efeitos da atuação da UNIMED. Portanto, é de rigor o reconhecimento de sua ilegalidade nos termos do art. 36 da Lei 12.529, declarando-se a nulidade da denúncia do contrato e a cessação dessa prática anticompetitiva e da prática do desvio de clientela
94. E mais, dados os prejuízos já causados pelo desvio de clientela, é cabível o ressarcimento dos danos sofridos pelo NEON, posto que resultantes de ato ilícito.

VI - DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL DA TUTELA JURISDICIONAL POSTULADA

95. Nosso ordenamento jurídico prevê a concessão de tutela antecipada, especificamente trazida no art. 273 do CPC, onde:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

¹³ Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Da abusividade do poder econômico*, in Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, n. 21 (1995), pp. 23-30.

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. “

96. A situação em tela justifica não só o provimento final da demanda, como autoriza a urgente concessão de tutela antecipatória para o fim de suspender liminarmente os efeitos da notificação encaminhada pela UNIMED ao NEON com o fim de rescindir o contrato de prestação de serviços ajustado entre elas , mantendo-se, portanto, o NEON como clínica credenciada junto à UNIMED. A tutela deve também determinar a cessação da prática de desvio de clientes feita pela UNIMED. Como a notificação foi recebida em 24/05/12, passa a ter eficácia a partir de 25 de junho a rescisão do contrato. Portanto, caso a tutela seja apreciada somente após essa data, requer-se a suspensão dos efeitos da notificação encaminhada pela UNIMED e, por consequência, o restabelecimento do contrato de prestação de serviços e o credenciamento do NEON para atendimento dos clientes da UNIMED.
97. A verossimilhança é patente nas alegações do NEON aqui exaustivamente expostas: uma relação contratual de 10 anos não pode ser extinta por denúncia imotivada, especialmente quando tal rescisão tem como finalidade a monopolização do mercado.
98. Por sua vez, há fundado receio de dano irreparável. Afinal, a extinção do contrato acarretará na perda de cerca de 45% da receita do NEON, o que tornará inviável suas atividades. Dessa forma, a não concessão da tutela significaria a quebra de uma empresa e sua eliminação do mercado.
99. No caso, além dos prejuízos dos quotistas da clínica e seus empregados, a coletividade sofrerá consideráveis prejuízos pois:

-
- i. o NEON é uma clínica respeitada e cuja qualidade é amplamente reconhecida, sendo que toda a expertise reunida e organizada na clínica se dissipará com seu fechamento;

 - ii. não houve substituição do NEON por clínica equivalente, o que torna grave a situação de pacientes que passam, no momento, por complexos tratamentos oncológicos;

 - iii. com a eliminação de um concorrente de peso como o NEON, a UNIMED monopolizará o mercado, o que acarretará serviços de baixa qualidade, menos opção aos consumidores e preços mais altos.
-

100. É patente a satisfação, no presente caso, dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança (*fumus boni iuris*), bem como o do dano irreparável (*periculum in mora*), tudo de molde a autorizar a concessão de **provimento jurisdicional**.
101. E a concessão da antecipação de tutela urge seja concedida in limine e inaudita altera parte diante da moldura fática desenhada neste feito, estando o NEON na iminência de perder 45% de seu faturamento e vir a sair do mercado definitivamente.
102. Destaque-se que o provimento antecipado que ora se postula não causará qualquer prejuízo à UNIMED, mas sim obstará que mal maior e irremediável se concretize. Afinal, o NEON é uma clínica respeitada e nunca houve qualquer indício de descumprimento do contrato com a UNIMED. Além disso, o NEON segue a tabela de preços imposta pela UNIMED. Portanto, não pode decorrer da continuidade de uma relação contratual que já dura 10 anos qualquer prejuízo relevante à UNIMED.
103. Apesar de demonstrado o pleno cabimento da concessão da tutela antecipada na forma ora requerida, caso assim não entenda V. Exa., o que se admite por mero argumento, REQUER, com fundamento no §7º do art. 273 do CPC, lhe seja deferida tutela cautelar incidental para os mesmos fins pretendidos nos pleitos antecipatórios.

VII - CONCLUSÃO E PEDIDO

104. Face o exposto, requer-se:

(i) em caráter de urgência, a concessão da antecipação da tutela jurisdicional ora pleiteada, consistente na suspensão dos efeitos da notificação encaminhada pela UNIMED ao NEON com o fim de rescindir o contrato de prestação de serviços ajustado entre elas e, mantendo-se, portanto, o NEON como clínica credenciada junto à UNIMED. Caso a tutela seja apreciada somente após 25 de junho, data em que se efetiva a resilição, requer-se a suspensão dos efeitos da notificação encaminhada pela UNIMED para que se restabeleça o contrato de prestação de serviços e seja determinado o credenciamento do NEON para atendimento dos clientes da UNIMED;

(ii) Que seja ao final julgada procedente a presente ação, para o fim de declarar (a) a nulidade, por manifesta ilegalidade, da resilição do contrato de prestação de serviços pela UNIMED; (b) a ilegalidade das práticas de desvio de clientes perpetradas pela UNIMED, sendo determinada sua cessação; e (c) o ressarcimento dos danos incorridos pelo NEON em razão dessas práticas, em montante que lhe confira caráter sancionatório, valor este a ser apurado em futura liquidação de sentença.

(iii) a citação da UNIMED para responder à presente ação, no prazo e sob as penas da lei, bem como a sua intimação acerca da decisão concessiva da antecipação parcial da tutela jurisdicional, outorgando-se ao Sr. Oficial de Justiça os benefícios do art. 172, § 2º, do CPC no seu cumprimento.

(iv) Por fim, requer a autora lhe seja deferida a produção de prova por todos os meios em Direito admitidos, sem exceção, especialmente juntada de documentos, exames, perícias, expedição de ofícios, requisição de informações e inquirição de testemunhas a serem oportunamente arroladas.

105. Atribui-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 530.000,00 (quinhentos e trinta mil reais, correspondente ao faturamento médio mensal do NEON em 2011 com clientes da UNIMED).

106. Requer-se que as intimações sejam feitas nos nomes de José Del Chiaro Ferreira da Rosa e Sérgio Carlos de Souza.

Termos em que,

P. Deferimento.

JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA
OAB/SP N° 57.341

SÉRGIO CARLOS DE SOUZA
OAB/ES N° 5.462

ADEMIR ANTONIO PEREIRA JUNIOR
OAB-SP N° 285.511

MAURILIO MONTEIRO DE ABREU
OAB/DF 16.620

LUIZ FELIPE ROSA RAMOS
OAB/SP N° 316.228