

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

Representante: SDE *ex officio*

Advogados:

Representados: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP
Associação Paulista de Médicos – APM
Sindicato dos Médicos de São Paulo – SIMESP

Advogados: Rodrigo Octávio Mendes, Antônio Carlos Mendes, Alessandro Piccolo Acayaba de Toledo, Edson Gramuglia Araujo

Nota Técnica n.º 69 Superintendência-Geral

EMENTA: Processo Administrativo instaurado em desfavor do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP Associação Paulista de Médicos – APM, com o fito de apurar a existência de conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento no artigo 20, incisos I, II, III e IV c/c artigo 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei nº 8.884/94. Tabela de honorários. CBHPM. Organização de boicote, por tempo indeterminado contra planos de saúde. Caracterização da conduta. Parecer pela condenação. Convolução.

Senhor Coordenador-Geral,

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo em desfavor, inicialmente, do Conselho Regional de Medicina (CREMESP), por despacho do então Secretário de Direito Econômico, publicado no D.O.U. de 22 de outubro de 2004 e retificado em 13 de dezembro de 2004, para a inclusão da Associação Paulista de Medicina (APM) e do Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP) no pólo passivo do Processo, com o fito de investigar supostas infrações contra a ordem econômica tipificadas nos incisos I a IV do art. 20 c/c incisos II, V, X e XIV do art. 21, ambos da Lei nº 8.884/94¹.

¹ Os Artigos correspondentes na Lei nº 12.529/2011 são: Art. 36, incisos I a IV, Art. 36 § 3º inciso II, IV, VIII e VIII.

2. As entidades médicas supostamente negociavam coletivamente com as operadoras de planos de saúde buscando impor a estas a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), uma lista que ordena os procedimentos médicos de acordo com determinados atributos², que, foi utilizada como uma tabela para fixar preços mínimos.

3. Por meio de reportagens jornalísticas publicadas em jornais de grande circulação na cidade de São Paulo (fls. 02/24), a então Secretaria de Direito Econômico tomou conhecimento de que os médicos de São Paulo decidiram suspender, a partir de 30 de julho de 2004 e por tempo indeterminado, a prestação de serviços aos planos de saúde que se recusaram a aceitar ou discutir a adoção da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) como valor de remuneração dos serviços médicos prestados.

4. De acordo com as informações colhidas nos periódicos acostados ao feito, o movimento de boicote foi originalmente dirigido a oito operadoras de saúde, quais sejam: SulAmerica Seguros, Bradesco Saúde, Golden Cross, Itaú, Marítima, Unibanco, Notredame e Porto Seguro (fl. 06 e 07).

5. Além disso, os jornais anunciaram que os usuários dos planos de saúde atingidos pelo movimento de boicote passaram a ser atendidos em sistema de reembolso, através do qual deveriam despendar, no ato da consulta médica, a quantia de R\$ 42,00 para posterior ressarcimento pelas operadoras. De acordo com os periódicos, o ato teve por escopo pressionar operadoras e seguradoras de planos de saúde a reajustar a tabela de honorários da categoria (fl. 05; 08 e 12).

6. Com objetivo de esclarecer as questões trazidas ao conhecimento da então Secretaria de Direito Econômico, foram encaminhados ofícios à Federação Nacional dos Médicos (FENAM), à Confederação Médica Brasileira (CMB), ao Conselho Federal de Medicina (CFM), à Associação Médica Brasileira (AMB), ao CREMESP, à Associação Paulista de Medicina (APM) e ao Sindicato dos Médicos do Estado de São Paulo (SIMESP), solicitando as seguintes informações:

- i) Fornecer cópias de todos os instrumentos através dos quais foram fornecidas aos profissionais de saúde orientações sobre a adesão ao movimento de boicote às empresas de planos de saúde;
- ii) Esclarecer qual é a forma de influência da entidade sobre as classes médicas de todos os Estados, no que se refere à articulação para o movimento de boicote aos planos de saúde;
- iii) Informar as consequências aos profissionais de saúde que se recusarem a aderir a tal movimento.

7. Em 10 de setembro de 2004, a APM, em resposta do ofício encaminhado pela SDE, prestou os seguintes esclarecimentos (fls. 303 e 304):

² Sua complexidade técnica, tempo de execução, atenção requerida e grau de treinamento necessário para a capacitação do profissional que o realiza.

- Não sofreu influência de qualquer entidade, mesmo as de âmbito nacional, no que se refere à organização/participação/coordenação do movimento de boicote aos planos de saúde;
- As sociedades de especialidades e o Conselho Federal de Medicina, nos últimos 3 anos, realizaram trabalho com metodologia proposta pela FIPE visando a identificação de procedimentos médicos para servirem de referencial nas negociações entre os profissionais de saúde e as administradoras de planos e seguros-saúde, o qual produziu como resultado a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM);
- Não tem poderes para apreciar o comportamento do médico que não quiser adotar a CBHPM.

8. Acompanham a manifestação cópias das Atas de Reunião de Diretoria da APM (fls. 305/372) realizadas nas seguintes datas: 07/11/2003; 21/11/2003; 05/12/2003; 19/12/2003; 09/01/2004; 30/01/2004; 06/02/2004; 13/02/2004; 08/03/2004; 19/03/2004; 02/04/2004; 07/05/2004; 21/05/2004; 04/06/2004; 18/06/2004; 01/07/2004; 05/08/2004 e 27/08/2004.

9. Em 06 de outubro de 2004, a FENAM, em atenção ao ofício encaminhado, informou que não exerce influência sobre as entidades sindicais médicas dos Estados no que se refere aos planos de saúde e tem participado, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da discussão que visa compatibilizar e atualizar o rol da Agência no que tange aos novos procedimentos constantes da CBHPM (fls. 376).

10. O CREMESP, em 05 de novembro 2004, protocolou resposta (fls. 397 a 398), na qual apresenta os argumentos adiante descritos:

- Não houve manifestação sua no sentido de dar orientações ou incentivar o movimento da classe médica de boicote aos planos de saúde, não obstante ter se empenhado na divulgação e nas medidas de implementação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos;
- A CBHPM é instrumento indicativo que estabelece referência de honorários a serem cobrados por procedimentos médicos, não tendo caráter impositivo e tampouco sugestivo de qualquer ação contra as operadoras de planos de saúde;
- O movimento de boicote surgiu da mobilização da classe médica e o CREMESP tem atuado como mero observador desse movimento, para fiscalizar que dele não resulte infração ética;
- Não há qualquer consequência, por parte do CREMESP, ao profissional de saúde que se recusar a aderir a tal movimento.

11. Foram acostados à petição do CREMESP diversos documentos que relatavam o movimento para a implantação da CBHPM (fls. 400 a 607):

12. O SIMESP, em 23 de novembro de 2004, protocolou resposta ao Ofício encaminhado, apresentando à SDE as informações adiante expostas (fls. 608 a 609):

- É entidade sindical de primeiro grau representativa da categoria profissional dos médicos;
- Defende a aplicação da CBHPM nos contratos mantidos entre médicos e operadoras de planos de saúde;
- Não mantém qualquer relação de interdependência com a AMB porque são entidades de natureza jurídica diversas e defende a negociação coletiva regionalizada dos valores mínimos que devem ser praticados para cada um dos procedimentos arrolados.

13. Na oportunidade, o SIMESP encaminhou diversos documentos que relatavam o movimento para a implantação da CBHPM (fls. 613 a 692):

14. Em 22 de outubro de 2004, a SDE instaurou o presente Processo Administrativo em desfavor, inicialmente, Conselho Regional de Medicina (CREMESP), por despacho do então Secretário de Direito Econômico. Em 13 de dezembro de 2004, o referido despacho foi retificado para a inclusão da Associação Paulista de Medicina (APM) e do Sindicato dos Médicos de São Paulo (SIMESP) no pólo passivo do Processo, com o fito de investigar supostas infrações contra a ordem econômica tipificadas nos incisos I a IV do art. 20 c/c incisos II, V, X e XIV do art. 21, ambos da Lei nº. 8.884/94³.

1.1 Das Defesas Apresentadas

15. Em 15 de dezembro de 2004, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo protocolou sua defesa alegando, essencialmente, que (fls. 700 a 710):

- Existe, na SDE, o Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71, contra o CFM, a AMB, o Confederação Médica Brasileira e a Federação Nacional dos Médicos que foi instaurado pelos mesmos motivos e fundamentos constantes deste Processo Administrativo (nº 08012.006647/2004-50) e que, portanto, esses processos deveriam ser reunidos, a fim de que tenham instrução e julgamento em conjunto;
- A nota de instauração omitiu que o Conselho Regional de Medicina trata-se de uma autarquia federal que presta serviço público de fiscalização do exercício profissional de medicina, fiscalizando não apenas médicos, mas também, operadoras de planos de saúde;
- Cabe aos CRMs resguardar o cumprimento do Código de Ética Médica que, em seu artigo 10 afirma: *“a medicina não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser exercida como comércio. O trabalho médico não pode ser explorado por terceiros com objetivo de lucro (...)”*;

³ Os Artigos correspondentes na Lei nº 12.529/2011 são: Art. 36, incisos I, II e IV, Art. 36 § 3º inciso II e VIII.

- A Lei nº 8.884/94 não apresenta indicação de que a SDE possa processar as autarquias federais fiscalizadoras do exercício profissional. Portanto, o Representado não seria destinatário das normas constantes nesta Lei;
- As notícias de jornal que fundamentaram a instauração deste Processo Administrativo não podem ser tidas como “*motivos para respaldar a motivação do ato administrativo ora impugnado*” (fls. 705);
- A Nota Técnica e o r. despacho que instaurou o Processo Administrativo em questão não se encontram devidamente motivados, pois não é possível imputar aos médicos e às suas entidades representativas abuso de poder econômico sem incluir nessa avaliação a postura dos prestadores de serviços médico-hospitalares e das operadoras de planos de saúde;
- O Representado não praticou nenhum ato que tivesse como finalidade limitar e dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante;
- O CREMESP não é prestador de serviços médicos ou hospitalares e sim entidade fiscalizadora desses serviços, tendo poder de polícia sobre médicos, sociedades hospitalares e operadoras de planos de saúde;
- A prestação de serviços médicos não pode ser juridicamente qualificada como atividade comercial e, assim, o profissional de medicina não pode ser passível de pautar conduta comercial. O Código de Ética Médica, editado pelo CFM, estipula a todo médico a mercantilização da medicina como infração ética, pois essa prática não pode ser vista como produto comercial. Sendo assim, ética e juridicamente, é impossível haver prática comercial uniforme do trabalho médico, porque o ato médico não se presta a esse propósito;

16. Diante das razões expostas, o CREMESP requer o arquivamento do feito.

17. Em 27 de abril de 2005, a Associação Paulista de Medicina protocolou sua defesa (fls. 758 a 804), alegando, essencialmente, que:

- A sentença proferida na 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que tratou a questão da adoção da CBHPM como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos, “*fez coisa julgada, não só formal como também material, no referente à implantação da CBHPM, possibilitando condutas nesse sentido sem que se possa concluir que esteja infringindo a ordem econômica, posto que lhe sobressai o efeito ‘erga omnes’*” (fl. 768);
- Se o CFM baixou uma Resolução criando a CBHPM e se essa Resolução, segundo interpretação do próprio Poder Judiciário ao julgar a ação referida, não caracterizou qualquer infração à ordem econômica, a APM, obediente às normas traçadas pelo CFM, ao manifestar-se favoravelmente à adoção da CBHPM como parâmetro mínimo, não poderia praticar conduta contrária à ordem econômica;

- A CBHPM não possui valores, portanto, não poderia ser classificada como Tabela;
- O Poder Judiciário teria dado outro enfoque à utilização de tabelas, diferente daquele manifestado pela SDE. Assim, cita a sentença do Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal no processo nº 2001.34.00.022713-6⁴, que afirma que a tabela de honorários médicos resulta de um ato com o escopo de sugerir aos profissionais de medicina honorários mínimos capazes de remunerar dignamente os serviços prestados. De acordo com a referida decisão, as tabelas não têm qualquer norma de conduta, oferecendo, simplesmente, parâmetros não obrigatórios, evitando que uma categoria pulverizada se torne presa fácil para as empresas que exploram seu trabalho;
- O voto proferido pelo Desembargador Federal da 1ª Região Dr. Daniel Paes Ribeiro, em apelação interposta no Mandado de Segurança nº 1999.01.00.059757-6, afirma que a tabela não induz conduta comercial uniforme entre concorrentes. Suas recomendações simplesmente divulgam valores razoáveis. Se a realidade econômica revelasse que tais valores são demasiadamente elevados, a clientela desapareceria. Dessa forma, de acordo com a Representada, o magistrado concluiu que a tabela, em si, não impõe qualquer desrespeito à Lei;
- O acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região na apelação no Mandado de Segurança nº 1998.01.00.014517-7/DF concluiu que as tabelas médicas se encontram incorporadas ao mercado como balizadoras dos preços praticados no setor médico. De acordo com a Representada, o d. Tribunal registrou que os planos de saúde definem os valores dos procedimentos com base em tais estimativas, dada a seriedade com que são feitas e que a Tabela da AMB, por vezes, empurraria os preços para baixo, forçando a competitividade no setor e resguardando, por outro lado, a dignidade dos profissionais da área médica.

18. Com fulcro nos argumentos acima expressos, a APM requereu o arquivamento do presente Processo Administrativo. Na oportunidade, anexou, ainda, seu Estatuto Social (fls. 805 a 830) e Ata de Assembléia Geral, datada de 09 de novembro de 2002 (fls. 831 a 835).

19. Em 10 de maio de 2005, o Sindicato de Médicos de São Paulo protocolou sua defesa afirmando que (fls. 839 a 844):

- O SIMESP é órgão sindical de primeiro grau, constituído para fins de defesa e representação legal dos profissionais médicos e, como tal, munido de direitos e prerrogativas garantidas pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, por estar atuando em estrita conformidade com as prerrogativas constitucionais, não poderia ser incluído como Representado no presente Processo Administrativo;

⁴ Partes: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Sergipe – COOPANEST/SE e CADE.

- Não haveria descrição de *“um só fato que pudesse caracterizar o peticionário como infrator de qualquer um dos oito tipos extraídos da Lei nº. 8.884/94”*. Dessa forma, não teria ocorrido uma imputação específica ou a descrição dos fatos a serem apurados;
- Teria ocorrido cerceamento ao seu direito de defesa na medida em que *“sem a descrição de condutas específicas não há que se imputar autoria de infração ao SIMESP”* (fl. 842);
- A CBHPM, muito antes de referenciar valores, ocupa-se em classificar e descrever os procedimentos médicos para bem permitir a operacionalização da medicina em benefício dos pacientes;
- Não haveria imposição de preços. Sendo assim, a peça de instauração do feito ignoraria completamente o valor do trabalho humano, equiparando-o a simples mercadoria que se põe no comércio, desviando-se da sua finalidade legal, para atingir padrões ideológicos de defesa da livre iniciativa das operadoras de planos de saúde.

1.2 Da instrução do Processo Administrativo

20. Em 30 de novembro e em 02 de dezembro de 2004, a SDE juntou aos autos notícias e comunicados, datados de 11 de novembro e publicados no Valor Econômico, no Correio Brasiliense e nas páginas eletrônicas da AMB e do CREMESP, relativas ao tema de saúde suplementar e implantação da CBHPM (fls. 693 a 699).
21. Em 12 de dezembro de 2004, a SDE juntou aos autos notícias retiradas da páginas eletrônicas da Associação Paulista de Medicina e do CREMESP, as quais retratam fatos relativos ao movimento de implantação da CBHPM (fl. 718 a 722).
22. Em 14 de janeiro de 2005, a SDE encaminhou ofício para a FENAM solicitando que essa entidade esclarecesse se a Confederação Médica Brasileira – CMB é entidade ativa de fato ou de direito.
23. Em 02 de fevereiro de 2005, a FENAM protocolou resposta (fls. 725 e 726) informando que a CMB é uma entidade de fato inativa. Foi constituída em face da cisão do movimento sindical médico ocorrida em 1995 em decorrência do que vários sindicatos desligaram-se da Federação Nacional dos Médicos. Informou, ainda, que não prosperaram as tentativas de registrar a CMB no Ministério do Trabalho e que, ao lado disso, a boa condução das negociações políticas, por dois anos, resultou que, em meados de 2004, todos aqueles sindicatos que haviam se desfilado retornassem à FENAM.
24. Em 04 de março de 2005, a SDE juntou aos autos cópias de documentos apresentados no processo 08012.004276/2004-71, relativos à participação do CREMESP, da APM e do SIMESP no movimento de implantação da CBHPM no Estado de São Paulo (fls. 737 a 749).

25. Em 01 de abril de 2005, a FENASEG protocolou petição que noticiou suposto constrangimento sofrido pelos prestadores de serviços por parte do CREMESP (fls. 751 a 754).

26. Em 26 de julho de 2005, a SDE saneou o presente Processo Administrativo, rebatendo as seguintes preliminares levantadas pelos Representados: i) conexão com Processo Administrativo em trâmite na SDE; ii) ilegitimidade passiva; iii) vícios de regularização processual; iv) coisa julgada – existência de decisão judicial anterior; v) ausência de motivos e motivação; e vi) ausência de imputação específica: cerceamento de defesa (fls. 845 a 868). Na mesma oportunidade, a então Secretaria intimou os Representados para que especificassem as provas que pretendiam produzir, justificando sua necessidade e apresentando o rol das testemunhas, em número não superior a 03 (três), caso esse meio probatório fosse de seu interesse.

27. Em 22 de agosto de 2005, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo protocolou petição (fls. 909 a 911), requerendo: i) a anulação do Despacho acima referido, uma vez que o mesmo foi publicado no DOU e não foi encaminhado aos seus advogados, conforme haviam solicitado em peça de defesa e que a Nota Técnica que motivou o Despacho não foi publicada; ii) a publicação da respectiva decisão na pessoa de seus advogados na forma indicada na petição de recurso fazendo acompanhar a Nota Técnica que faz parte integrante e inseparável do Despacho; iii) a restituição ao CREMESP do prazo integral para manifestar-se.

28. Em 23 de agosto de 2005, a SDE encaminhou ofícios para as seguintes operadoras de planos de Saúde e entidades representativas: Itaú Seguros S/A, Porto Seguro e Cia, AGF Brasil Seguros, Hapvida Sistema de Saúde, Golden Cross Assistência Médica, Amil Assistência Médica, ABRASPE, Confederação de Unimeds do Estado de São Paulo, Confederação Nacional das Cooperativas Médicas – UNIMED, UNIDAS, Unimed São Luiz e Unimed Belo Horizonte. O ofício em referência solicitou as seguintes informações:

- i) Esclarecer se a operadora ou suas filiadas foram atingidas pela suspensão coordenada ao atendimento a planos privados de assistência à saúde e a operadoras de planos de assistência à saúde que se recusassem à adesão integral da “CBHPM”, com o conseqüente atendimento aos usuários desses através do sistema de reembolso, tendo sido acordado o valor de R\$ 42,00. Ou, ainda, por qualquer movimento de médicos que estabeleça valores uniformes de remuneração pelos procedimentos médicos prestados.
- ii) Em caso positivo, apresentar um histórico detalhado das negociações travadas com as entidades médicas responsáveis por tal conduta, esclarecendo o funcionamento dessas negociações.
- iii) Esclarecer se a operadora ou suas filiadas negociaram individualmente com os médicos os valores dos honorários pelos procedimentos médicos, demonstrando o alegado com quaisquer documentos que V.Sa. entender adequados.

- iv) Informar se a operadora ou suas filiadas divulgaram alguma tabela da remuneração em contraposição à CBHPM, ou à antiga tabela da AMB, ou é orientada a adotar alguma tabela por entidade que represente os interesses gerais de empresas como a Itaú Seguros, informando, nesse último caso, o nome da entidade e a tabela sugerida.
- v) Em caso de adoção da CBHPM, informar o impacto da elevação dos preços das consultas médicas gerado ou a ser gerado pela adoção dos valores da "CBHPM" sobre os custos, em especial no que tange a possíveis reajustes das mensalidades e queda no desempenho competitivo, esclarecendo a forma pela qual são compensados os prováveis impactos decorrentes da adoção da CBHPM para manutenção de sua competitividade.
- vi) Apresentar planilha indicativa dos custos fixos e variáveis incorridos para prestação dos procedimentos médicos, indicando a parcela que os honorários médicos representa sobre a integralidade desses, antes e após a adoção da CBHPM. Os dados requisitados referem-se ao período abrangido entre janeiro de 1999 e dezembro de 2004 e devem ser fornecidos em base mensal.
- vii) Esclarecer as variáveis que porventura tenham provocado alteração substancial nos custos das seguradoras desse mercado nos últimos 5 anos, tais como elevação dos custos dos medicamentos, avanços tecnológicos, criação de novas especialidades.

29. Em 20 de setembro de 2005, a Amil Assistência Médica protocolou resposta (fls. 929 a 931), relatando a formação de cooperativas médicas de otorrinolaringologistas e anestesistas no Estado de Goiás, que dificultavam as negociações, pois as contratações somente poderiam ser feitas através da cooperativa. Informa, também, que essas cooperativas ameaçavam a paralisação do atendimento como forma de pressionar a Amil a adotar a CBHPM. Destaca, ainda, que *"no dia 09 de setembro (...) ocorreu reunião da CNI – Comissão Nacional para Implantação da CBHPM com as Comissões Estaduais de Honorários Médicos em Belém (PA), reunião essa que contou com a presença de representantes da Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina e Federação Nacional dos Médicos, cujo objetivo foi criar estratégias para fortalecer o movimento nacional. Nesta reunião, ficou acordado que as Comissões Estaduais de Honorários tem o prazo de até 03 de outubro para dar início ao movimento de paralisação"* (fl. 1757).

30. Em 03 de outubro de 2005, a Unimed Brasil protocolou resposta (fls. 1037 a 1041), informando que a CBHPM foi debatida em eventos internos do Sistema Unimed, com o objetivo de conhecer a metodologia de sua elaboração e os impactos nos honorários dos médicos cooperados. De acordo com a Unimed Brasil, a adoção ou não dessa tabela é de competência exclusiva das cooperativas singulares, no âmbito das quais os valores médicos são definidos pelos próprios cooperados ou pelo órgão delegado pelos mesmos. Destaca, também, que as Unimeds possuem um sistema de retorno das sobras líquidas do exercício proporcionalmente às operações realizadas pelo associado. Na oportunidade, anexou tabelas que informam o impacto financeiro da adoção da CBHPM na cooperativa (fls. 1083 a 1088).

31. Em 14 de setembro de 2005, a Itauseg protocolou resposta informando que a seguradora não possui rede médica credenciada e, portanto, não remunera ou negocia com médicos valores de honorários, sendo os seus beneficiários reembolsados pelas consultas médicas realizadas (fl. 945).

32. Em 21 de setembro de 2005, a UNIDAS protocolou resposta (fls. 946 a 948) informando que, com a divulgação da CBHPM, foram criadas comissões estaduais por parte das entidades médicas, cujo principal objetivo é a negociação dos honorários médicos. Destaca que a CBHPM foi adotada por suas filiadas em diversos Estados, contudo, em alguns deles houve impasses relacionados à definição dos valores que resultaram em paralisação de atendimento aos beneficiários. Destacou que, segundo cálculos efetuados pela Comissão Técnica da UNIDAS, a adoção da CBHPM plena representa um impacto, em média, de cerca de 78%, enquanto que, sendo aplicado o redutor de 20%, o impacto cairia para 34%.

33. Em 21 de setembro de 2005, a ABRASPE protocolou resposta (fls. 950 a 952), informando que tem ciência de que suas associadas vêm sofrendo os efeitos da mobilização dos médicos em torno da implantação da CBHPM, que sempre traz consigo a ameaça de paralisação dos profissionais médicos credenciados, referenciados ou contratados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde. Afirmou que a ABRASPE defendeu, junto às entidades médicas, a recomendação às suas associadas de que as negociações para fixação dos valores de remuneração deveriam ser individuais e se dar em bases regionais e não nacional, respeitando sempre o porte e as especificidades de cada operadora. Além disso, a ABRASPE destacou que procura não divulgar ou recomendar a adoção de qualquer forma de padronização ou uniformização de remuneração de procedimentos e serviços entre as suas associadas. Na oportunidade, a ABRASPE anexou os seguintes documentos:

- i) Cópia de cartas encaminhadas à direção do CFM, AMB e FENAM relacionadas às negociações para a implantação da CBHPM (fls. 958 a 976);
- ii) Lista dos interlocutores regionais das empresas de medicina de grupo associadas à ABRASPE (fls. 971 a 985; 993 a 997; 1005 a 1009)
- iii) Circular ABRASPE nº 085/2004 (fl. 987);
- iv) Circular ABRASPE: 090/2004 (fl. 1010);

34. Em 29 de setembro de 2005, a Unimed São Luis protocolou resposta informando que no dia 15 de março de 2004, a Cooperativa realizou Assembleia Geral Ordinária implantando o valor da consulta estabelecida pela CBHPM com o redutor de 20% e em 2005, implantou o restante da tabela. Ressaltou, também, que houve um significativo aumento em algumas despesas com materiais e medicamentos, como órteses, próteses, medicamentos importados e novos procedimentos até então inexistentes (fl. 1012).

35. Em 29 de setembro de 2005, a HAPVIDA protocolou resposta (fls. 1014 a 1018), informando que foi atingida pelo movimento de implantação da CBHPM. O impacto desse movimento variou de região em região: em Manaus, não houve outra maneira de continuar as atividades da empresa sem aceitar o valor da CBHPM como remuneração dos anestesiólogistas; em São Luis do Maranhão, todos os médicos suspenderam o atendimento e

encaminharam a notificação rescisória sem sequer obedecer ao aviso prévio. Destacou que “a HAPVIDA teve de negociar, em cada estado onde atua, com as Comissões de Honorários Médicos (...) e aceitar preços nacionalmente uniformes (...) Assim, é de concluir que a classe médica, capitaneada pelo Conselho Federal de Medicina, Conselhos Regionais de Medicina, Sindicatos Regionais e Associações, impuseram aos planos de saúde a adoção de uma tabela uniforme de remuneração” (fl. 1017 e 1018). Na oportunidade, a HAPVIDA anexou à resposta os seguintes documentos:

- i) Termo de Ajustamento de Conduta da HAPVIDA entre o Conselho Regional de Medicina do Maranhão (Comissão de Honorários) (fls. 1019 a 1022);
- ii) Termo de Ajustamento de Conduta entre a Comissão Estadual de Honorários Médicos do Piauí e a HAPVIDA (fls. 1023 a 1024);
- iii) Termos de Acordos entre a Sociedade de Medicina de Alagoas (fls. 1898 a 1899), a Sociedade Médica de Sergipe (fls. 1030 a 1032) e a HAPVIDA.

36. Em 07 de novembro de 2005, a AGF Saúde protocolou sua resposta (fls. 1144 a 1147), informando que foi diretamente afetada pelos movimentos médicos para implantação dos valores constantes na CBHPM. Isso porque, em diversos locais, o atendimento pela rede referenciada disponibilizada aos segurados foi sumariamente alterado pelos prestadores, os quais cobravam pagamento referente aos atendimentos realizados diretamente dos beneficiários, para posterior pedido de reembolso. Informou que a AGF negocia individualmente com os prestadores os valores de procedimentos e que divulga tabela própria de remuneração. Alegou que não implementou a CBHPM, devido ao forte impacto projetado nos custos assistenciais e que não poderia ser absorvido por seus clientes corporativos. Ressalta, também, que a CBHPM possui mais de 1.000 procedimentos não contemplados pelo Rol de procedimentos médicos da ANS, e que seu impacto atuarial não é previsível em função da ausência de frequências de utilização que permitam mensurá-lo.

37. Em 03 de outubro de 2005, a Porto Seguro Saúde protocolou resposta (fls. 1151 a 1159) informando que “a Porto Seguro Saúde foi atingida por este movimento, que visa estabelecer valores uniformes de remuneração pelos procedimentos médicos prestados, pontualmente, na Grande São Paulo e principalmente na Baixada Santista, tendo em vista a paralisação de atendimentos aos nossos segurados” (fl. 1152). Ressalta que a empresa pratica a Tabela Porto Seguro Saúde – TPSS e que envia uma circular aos prestadores de serviços médicos informando os valores de reajustes que serão aplicados nos honorários. Informa que adotar a CBHPM representaria um aumento de 6,9% no custo por produto, que seria repassado para o consumidor. Com relação ao aumento do número de procedimentos que estão previstos da CBHPM, haveria um aumento de 21% na sinistralidade das operadoras. Destacou, também, que a participação dos médicos na escolha dos materiais a serem utilizados nos procedimentos cirúrgicos dificulta a gestão e a melhor administração das compras realizadas. Na oportunidade, anexou as tabelas de variação de custos por procedimento (fls. 1160 a 1169).

38. Em 06 de outubro de 2005 a Golden Cross protocolou resposta (fls. 1093 a 1105), informando que o movimento de implantação da CBHPM contou com o apoio de alguns Ministérios Públicos e que, por essa razão, a operadora teve que responder por diversos inquéritos civis e ações civis públicas. Destacou também que a deflagração de movimentos de paralisação de médicos ajudaram a disseminar insegurança no setor. Afirmou que as Unimeds não sofrem qualquer tipo de retaliação ou ataque por parte dos médicos e que, muitas vezes, membros das diretorias das Unimeds fazem parte das diretorias de Conselhos Profissionais de Medicina. Ressaltou, ainda, que os Conselhos tem o poder de instaurar processos éticos contra os médicos que não atenderem suas recomendações, o que impede que os médicos que não concordam com o movimento continuem atendendo aos planos de saúde. Alegou que a Golden Cross não teria capacidade de implantar a CBHPM, pois comprometeria seu equilíbrio atuarial e não seria possível repassar esse aumento aos consumidores. Na oportunidade, anexou uma tabela com o impacto que a adoção da CBHPM teria nos custos da operadora (fl. 1106 a 1107).

39. Em 25 de outubro de 2005, a ABRASPE requereu a juntada de três estudos realizados com o fim de avaliar o impacto na elevação de preços gerados pelos valores apontados na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (fls. 1113 a 1134).

40. Em 06 de fevereiro de 2006, a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo protocolou resposta (fls. 1177 a 1179), informando que a adoção da CBHPM tem sido discutida nos foros competentes de âmbito nacional, como o Conselho Confederativo da Unimed Brasil, que decidiu adotar a CBHPM com deflator de 20% a partir de 1º de setembro de 2005, referente aos valores de intercâmbio. Contudo, as Singulares são autônomas e independentes, sendo que o papel da Federação-SP restringe-se a divulgar o valor de intercâmbio estabelecido pela Unimed Brasil. Caso a CBHPM fosse adotada, o impacto nos custos assistenciais girariam em torno de 33,62%. Ressaltou, também, ter havido um aumento substancial nos custos dos materiais e medicamentos.

41. Em 06 de fevereiro de 2006, a CASSI protocolou resposta (fls. 1190 a 1195), informando que a CASSI vem sendo atingida pela imposição das categorias médicas para a majoração dos honorários médicos, principalmente no Ceará, na Bahia, no Mato Grosso do Sul, no Mato Grosso e em Minas Gerais. A CASSI, como meio de evitar a paralisação a seus usuários, implementou a CBHPM com a banda de 20% nos portes e de 25% nas Unidades de Custo Operacional, na maioria das regiões. Informa que a UNIDAS representa as entidades de autogestão nas negociações, contudo, os contratos são formalizados individualmente. Caso a CBHPM plena fosse adotada, isso representaria um aumento de custos na ordem de 30%. Informa também que o fator crucial para a inflação acima do normal no serviço de saúde é a utilização irracional e injustificada de novas tecnologias. Na oportunidade, anexa o cenário negocial que enfrentado pela CASSI (fls. 1196 a 1229).

42. Em 06 de fevereiro de 2006, a Unimed-BH protocolou resposta (fls. 1236 a 1239), informando que as reivindicações foram encaminhadas pelas entidades médicas a todas as operadoras de planos de saúde. Essas reivindicações foram estudadas pela Unimed-BH, bem como pelas demais cooperativas médicas e o resultado desse estudo demonstrou a inviabilidade financeira de se adotar a referida tabela. Os cooperados decidiram fazer ajustes

na tabela de honorários, sem implantar os novos códigos e os valores nela previstos. Não houve uma negociação particular e específica entre a Unimed-BH e as entidades médicas, mas apenas a decisão da Assembléia. Informa também que a Unimed não adota a CBHPM. Além disso, acrescenta que não há uma remuneração fixa em reais para os médicos cooperados, sendo os valores especificados em unidades de trabalho, que são calculadas a cada mês, a depender dos recursos disponíveis. Ressalta, também, que os materiais e medicamentos no período analisado (1999 a 2004) tiveram um incremento significativo nos custos dos serviços. Na oportunidade, anexou a lista de Despesa Assistencial por Tipo de Produção (fls. 1242 a 1340).

43. Em 28 de setembro de 2007, a SDE encaminhou ofício ao Conselho Federal de Medicina – CFM, à Associação Médica Brasileira e à Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE; solicitando a cópia integral dos relatórios, estudos, pesquisas e assemelhados nos quais a Classificação Brasileira de Honorários Médicos (CBHPM) foi baseada. As respostas foram protocoladas e juntadas à fl. 1588.

44. Em 05 de julho de 2008, a SDE encaminhou ofícios ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e a Associação Paulista de Medicina, solicitando as seguintes informações:

- i) O Conselho influencia ou intervém, de alguma forma, na negociação dos honorários de consultas e procedimentos médicos pagos pelos planos de saúde aos profissionais de saúde? A instituição elabora tabelas com valores referenciais?
- ii) As referidas tabelas são de adoção obrigatória ou referencial? Por quê?
- iii) Na eventualidade de algum profissional filiado a este Conselho descumprir a tabela ou a orientação, submete-se a algum tipo de sanção?
- iv) Algum profissional filiado a este Conselho já foi excluído dos quadros por não ter cumprido a tabela ou seguido a orientação?
- v) Existe algum tipo de mecanismo de monitoração do uso da tabela?
- vi) Indicar e anexar todas as resoluções expedidas por esse Conselho Regional ou pelo Conselho Federal concernentes a honorários médicos.

45. Em 09 de julho de 2008, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo protocolou resposta (fls. 1382 a 1383), informando que, embora preocupado com os padrões mínimos e éticos de remuneração dos médicos, não influencia ou intervém na negociação direta dos honorários de consultas e procedimentos médicos pagos pelos planos de saúde. Destacou, também, que nenhum médico foi excluído por não ter seguido orientação quanto aos honorários médicos. Informou que editou a Portaria CREMESP nº 25/2006, por meio da qual instituiu uma Comissão do Projeto de Lei para Edição de Lista Referencial de Honorários.

46. Em 01 de agosto de 2008, a Associação Paulista de Medicina protocolou resposta (fls. 1388 a 1390) informando que é uma entidade representativa dos médicos do Estado de São Paulo, porém não dispõe de legitimidade para intervir diretamente nos honorários particulares dos médicos. Informa, ainda, que *“Será passível de punição o associado cuja conduta esteja em desacordo com o estatuto social da APM, com as Resoluções, os Regimentos e Regulamentos da Entidade; e ainda, com os princípios legais e éticos vigentes, quando instaurado pela autarquia e com decisão transitada em julgado. (...) o estatuto social, as resoluções, regimentos e regulamentos da Associação Paulista de Medicina não abordam questões relacionadas a tabelas de honorários médicos, de sorte que inexistente fundamento ou disposição que autorize a Entidade a punir médicos nessas circunstâncias”* (fl. 1389)

47. Em 18 de fevereiro de 2010, a SDE encaminhou ofícios para diversas operadoras de planos de saúde⁵ com o objetivo de traduzir para autos de diversos processos administrativos o contexto e o processo de negociação entre as operadoras de planos de saúde e seus respectivos prestadores (fls. 1400 a 1585). As respostas aos ofícios foram recebidas pela SDE entre fevereiro e outubro de 2010 e totalizaram 11 (onze) volumes de documentos, os quais, uma vez digitalizados e gravados em mídia digital, foram acostados aos autos públicos à folha 1591 e em apartado confidencial com vistas exclusivas ao SBDC.

48. Em 25 de novembro de 2010, foi juntada aos autos cópia da resposta do Conselho Federal de Medicina ao ofício nº 5108/2004/DPDE⁶, o qual solicitava informações sobre a participação do Conselho no movimento para a implantação da CBHPM 9fls. 1592 a 1779).

49. Em 02 de dezembro de 2010, a SDE encerrou a instrução processual, por entender que o feito se encontrava satisfatoriamente instruído e solicitou que os

⁵ As operadoras oficiadas foram selecionadas segundo sua representatividade no mercado nacional de planos de saúde. Foram oficiadas as maiores filiadas da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), entidades filiadas à Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRASMIG) e entidades filiadas à Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE), além de cooperativas singulares integrantes do sistema UNIMED. A diligência foi enviada para: Unibanco Saúde Seguradora S/A; Marítima Saúde Seguros S/A; Allianz Saúde S/A; Porto Seguro - Seguro Saúde S/A; Unimed Seguros Saúde S/A; Itaseg Saúde S.A.; Brasilsaude Companhia de Seguros; Bradesco Saúde S/A; Notre Dame Seguradora S/A; Medial Saúde S/A; Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos; Caixa Econômica Federal; Telos - Fundação Embratel de Seguridade Social; Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho; Fundação Chesf de Assistência e Seguridade; Geap Fundação de Seguridade Social; Perdigão Agroindustrial S.A.; Associação dos Funcionários da Fazenda (Assefaz); Unimed Campinas - Cooperativa de Trabalho Médico; Fundação Sabesp de Seguridade Social (Sabesprev); Unimed BH Cooperativa de Trabalho Médico; Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro); Cia. Vale do Rio Doce S/A; Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi); Unimed Porto Alegre Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico; Unimed Brasília Cooperativa de Trabalho Médico; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Petrobrás Distribuidora S.A.; Intermédica Sistema de Saúde S/A; Omint Serviços de Saúde Ltda.; Funasa-Saúde; Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero); Golden Cross Assistência Internacional de Saúde; Excelsior Med Ltda.; Amil Planos por Administração Ltda.; Sul América Serviços de Saúde S.A.; Bacen; Eletronorte - Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A; Pró Saúde; Senado Federal; Telesp; Unimed Sul do Pará; Usiminas

⁶ Referente a instruções realizadas no bojo do Processo Administrativo nº 080121.004276/2004-71.

Representados apresentassem, no prazo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, os quais não se manifestaram (fls. 1782/1799).

50. A Secretaria de Direito Econômico apresentou Nota Técnica em 16 de janeiro de 2012, em que sugeriu o deferimento da solicitação do CREMESP de restituição do prazo para manifestação sobre as provas que pretende produzir e reabertura da instrução do Processo Administrativo em questão (fls. 1801/ 1817). O então Secretário de Direito Econômico, Dr. Vinícius Marques de Carvalho, acolheu a r. Nota Técnica às fls. 1818.

51. O CREMESP requereu a juntada de cópia da Nota Técnica e decisão do CADE nos autos da Representação nº 116/1992, o encerramento da fase instrutória e a oitiva de três testemunhas (fls. 1825/1851). O SIMESP, por sua vez, requereu a oitiva de três testemunhas (fls. 11852/1853). O mesmo requerimento foi protocolado pela Associação Paulista de Medicina em 10 de fevereiro de 2012 (fls. 1848).

52. As testemunhas foram devidamente intimadas cf. fls. 1862/ 1866, à exceção daquelas requeridas pelo SIMESP, conforme Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico acostado às fl. 1859, em que foi requerida justificativa de necessidade e relevância da oitiva das testemunhas, tendo em vista a necessidade de adotar procedimentos específicos devido à função exercida pelas testemunhas arroladas (Assessor Especial da Presidência, Deputado Estadual de São Paulo, Deputado Federal). O SIMESP, em resposta, preliminarmente questionou a justificativa requerida e reiterou a relevância dos depoimentos solicitados (fls. 1868/1875).

53. A oitiva de testemunhas foi realizada e registrada conforme fls. 1894/1897. As testemunhas da SIMESP foram devidamente intimadas (fls. 1898/ 1901). De acordo com os Artigos nº 411 do Código de Processo Civil, a SDE solicitou que o Deputado Estadual Adriano Diogo e o Deputado Federal Arlindo Chinaglia indicassem dia, hora e local em que pretendiam ser ouvidos.

54. Em 28 de maio de 2012, o Sr. José Lopez Feijoo protocolou petição, acostada à fl. 2607, informando que desconhecia a existência desse processo e de qualquer fato a ele relacionado, solicitando, portanto, dispensa de comparecer à oitiva. As demais testemunhas, todavia, não se manifestaram, apesar de transcorridos vários meses desde a intimação para realização da oitiva.

55. Considerando que foram regularmente intimados os parlamentares, verificou-se que houve declinação tácita da intimação para testemunhar. Sendo assim, em 30 de outubro de 2012, essa Superintendência-Geral deferiu o pedido de dispensa de comparecimento à oitiva realizado pelo Sr. José Lopez Feijoo e rejeitou o pedido do Sindicato dos Médicos de São Paulo de oitiva dos Srs. Arlindo Chinaglia e Adriano Digo, respeitando, assim, a ausência de designação, pelos Srs. Deputados, de dia, hora e local para serem inquiridos (fls. 2630/2634). Na oportunidade, intimou o r. Sindicato a especificação de novo rol de testemunhas (fls. 2635), que respondeu reiterando a necessidade de oitiva do Sr. Deputado Arlindo Chinaglia (fls. 2640/2643).

56. O Sr. Arlindo Chinaglia foi mais uma vez intimado, com solicitação de manifestação em até 5 (cinco) dias úteis (fls. 2647/2654). Diante da ausência de resposta, a

Superintendência-Geral solicitou em despacho que o SIMESP apresentasse em 03 (três) dias úteis nova testemunha (fls. 2657/2658). O SIMESP não apresentou novo rol de testemunha.

57. Em manifestação às fls. 1902/2604, o CREMESP solicitou a juntada de 24 sindicâncias instauradas contra médicos que não corroboraram com o boicote, com objetivo de demonstrar que, uma vez que todas elas foram arquivadas e não resultaram Processo Ético-Profissional, não haveria razão para o prosseguimento do feito. Pugnou, portanto, por seu arquivamento.

1.3 Das Alegações Finais

58. No dia 16 de janeiro de 2013, o Sr. Superintendente-Geral Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo declarou encerrada a fase instrutória processual, por entender que o feito estava satisfatoriamente instruído (fls. 2659/2660).

59. O SIMESP, no dia 22 de janeiro de 2013, protestou alegando ter sido cerceado em seu direito de defesa, o que ensejaria em nulidade processual (fls. 2661/2662).

60. A APM apresentou alegações finais no dia 25 de janeiro de 2013, aduzindo que (i) não houve caracterização de infrações à ordem econômica, uma vez que a CBHPM foi tão somente um instrumento oferecido ao paciente na busca de qualidade do serviço médico, e que a lista de honorários é utilizada por diversas entidades de classe; (ii) existe jurisprudência favorável às tabelas de honorários médicos, inclusive declarando a incompetência do CADE para julgamento de casos similares; (iii) o Estatuto Social da APM não aborda questões relacionadas a honorários médicos, nem prevê exclusão de médicos de seus quadros por motivo de descumprimento dos preços tabelados (fls. 2663/2696).

61. O CREMESP, em sede de alegações finais (fls. 2697/2705), pugnou pelo arquivamento do feito. Argumentou que não houve imposição da CBHPM por parte da CREMESP, tampouco houve prejuízo ao mercado relevante determinado (fls. 2697/2705). Alegou que a criação da tabela não representa qualquer forma de boicote, e que foi comprovada às fls. 1902/2604 a inexistência de condenação nas sindicâncias abertas pela inobservância da CBHPM. Na grande maioria das respostas aos ofícios enviados aos planos de saúde, estes afirmaram não ter havido dificuldades em nas negociações e contratações decorrentes da atuação da CBHPM.

62. É o relatório.

2. ANÁLISE

63. A Lei 8.884/94, no *caput* de seu artigo 20, aplicável à época dos fatos, bem como a atual Lei 12.529/11, no seu art.36, estabelecem que infrações à Ordem Econômica são configuradas por atos sob qualquer forma manifestados que, *independentemente de culpa*, tenham por objeto ou possam causar limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, dominação de mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros, ou representem abuso de posição dominante.

64. O ponto fulcral da denúncia em exame versa sobre a imposição, pelas entidades médicas Representadas às operadoras de planos de saúde, da lista de procedimentos médicos denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), com a promoção de negociações coletivas de honorários médicos e a coordenação de movimentos no Estado de São Paulo com o objetivo de promover a paralisação generalizada de atendimento médico, com a finalidade de impulsionar a adoção da CBHPM pelas operadoras.

65. Assim, cumpre analisar *objetivamente* a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais pelas condutas investigadas.

66. Antes de ingressar na etapa de delimitação do mercado relevante e de verificação da existência de poder de mercado, convém estabelecer a subsunção das entidades representativas em questão à Lei Antitruste, bem como contextualizar o problema retratado nesses autos, apresentando os conflitos entre médicos e operadoras que marcam a evolução desse segmento.

2.1 Do suposto cerceamento de Defesa do SIMESP

67. Em suas alegações finais, o SIMESP alegou que o seu direito de defesa teria sido cerceado, tendo em vista que o Sr. Arlindo Chinaglia Junior, arrolado como testemunha pelo Sindicato, não teria sido ouvido por essa Superintendência. Na oportunidade, solicitou que fosse designado dia, hora e local para prestar depoimento como testemunha do Representado.

68. Tal preliminar não merece prosperar.

69. Em atenção ao despacho publicado no D.O.U de 19 de janeiro de 2012, que intimou os Representados para que, em consonância com o disposto nos artigos 35 e 37, §1º, da Lei nº 8.884/94, especificassem as provas que pretendiam produzir, o Sindicato dos Médicos de São Paulo protocolou petição em 10 de fevereiro de 2012, requerendo fossem ouvidos como testemunha os seguintes (fl. 1852):

- i) **Adriano Diogo**, deputado estadual, com endereço em São Paulo – SP, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, situada na Av. Pedro Álvares Cabral nº 201, Sala 3108, CEP: 04097-900;
- ii) **Arlindo Chinaglia**, deputado federal, com endereço em Brasília-DF, no Palácio do Congresso Nacional, localizado na Praça dos Três Poderes, Ala A, Edifício Principal, Anexo I, CEP 70160-900;
- iii) **José Lopez Feijoo**, servidor público federal, com endereço em Brasília-DF, no Palácio do Planalto, Assessoria Especial do Gabinete Pessoal da Presidente da República, localizado na Praça dos Poderes, CEP 70150-900.

70. Em razão das funções exercidas pelas testemunhas arroladas pelo SIMESP, quais sejam: deputado estadual, deputado federal e servidor público federal respectivamente,

as testemunhas devem ser intimadas de acordo com o Código de Processo Civil, cujos ditames do Artigo nº 411 e nº 412 determinam:

“Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função: (...)

VI - os senadores e deputados federais; (...)

VIII - os deputados estaduais; (...)

Parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha.

Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento. (...)

*§ 2º Quando figurar no rol de testemunhas **funcionário público** ou militar, o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir.”*

71. Tendo em vista a necessidade de adotar procedimentos específicos devido à função exercida pelas testemunhas arroladas pelo Representado⁷, a SDE intimou o Sindicato dos Médicos de São Paulo, em 29 de fevereiro de 2012, para que justificasse detalhadamente a necessidade e a relevância da realização das oitivas das testemunhas por ele arroladas.

72. O Sindicato dos Médicos de São Paulo protocolou petição (fls. 1868/1875) solicitando o deferimento do pedido de oitiva das testemunhas por ele arroladas, informando que a oitiva das testemunhas se destina a comprovar a forma de participação do Sindicato, na qualidade de entidade sindical representativa da categoria médica, nas negociações envolvendo a implantação da CBHPM, bem como quanto aos critérios técnicos que presidiram a elaboração da classificação.

73. Em 16 de abril de 2012, a Secretaria de Direito Econômico intimou as testemunhas arroladas pelo Sindicato dos Médicos de São Paulo. De acordo com os Artigos nº 411 do Código de Processo Civil, a SDE solicitou que o Deputado Estadual Adriano Diogo e o Deputado Federal Arlindo Chinaglia indicassem dia, hora e local em que pretendiam ser ouvidos.

74. Em 28 de maio de 2012, o Sr. José Lopez Feijoo protocolou petição, acostada à fl. 2607, informando que desconhecia a existência desse processo e de qualquer fato a ele relacionado, solicitando, portanto, dispensa de comparecer à oitiva. As demais testemunhas, todavia, não se manifestaram, apesar de transcorridos vários meses desde a intimação para realização da oitiva.

⁷ Destaca-se, ainda, que conforme previsto no Art. 221. § 1º do Código de Processo Penal, cuja analogia pode ser utilizada uma vez que o presente Processo Administrativo se trata de processo administrativo sancionador é dada a essas testemunhas, alternativamente, a possibilidade de optar por prestar seus depoimentos por escrito.

75. Considerando que foram regularmente intimados os parlamentares, verificou-se que houve declinação tácita da intimação para testemunhar. A omissão de resposta de congressistas ou parlamentares estaduais equivale à negativa de comparecimento à oitiva, comportamento omissivo que lhes é lícito, uma vez que as inviolabilidades processuais de que gozam impedem que tais exercentes de mandato eletivo sejam constrangidos a emitir qualquer testemunho sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, a rigor do disposto no Art. 53, §6º da CF/88.:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...)

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

76. Não bastasse isso, **tais membros do Poder Legislativo não são passíveis de qualquer tipo de constrangimento à sua liberdade de locomoção**, ressalvada a hipótese de flagrante de crime inafiançável, razão pela qual **não é juridicamente possível estipular preceito cominatório ou qualquer outro tipo de constrição a que compareçam perante esta autoridade**, por força do Art. 53, §2º c/c art. Art. 27, §1º, ambos da CF/88,

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.” (...)

“§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

“Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.”

77. No mesmo sentido, é a determinação do art. 14 da Constituição do Estado de São Paulo, o qual transcreve a disciplina da Constituição Federal acima mencionada.

78. Em razão dos motivos acima expostos e tendo em vista que essa Superintendência se encontrava impossibilitada de determinar, coercitivamente, ao Sr. Deputado Estadual Adriano Diogo e ao Sr. Deputado Federal Arlindo Chinaglia data para que sejam ouvidos, a SG determinou em despacho nº 300, de 30 de outubro de 2012, que:

- o pedido do Sr. José Lopez Feijoo fosse deferido, dispensando-o de comparecer à oitiva; e

- a ausência de designação, pelos Srs. Deputados Arlindo Chinaglia e Adriano Diogo, de dia, hora e local para serem inquiridos, fosse respeitada, devendo o pedido de sua oitiva como testemunhas, por conseguinte, ser rejeitado;

79. Na oportunidade, para não deixar dúvidas acerca da garantia do direito de defesa do SIMESP, esta Superintendência oportunizou ao Sindicato a possibilidade de apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias, novo rol de testemunhas, em número não superior a 03 (três), caso esse meio probatório ainda fosse de seu interesse.

80. Em petição protocolada em 09 de novembro de 2012, contudo, o SIMESP reiterou o pedido de oitiva do Sr. Arlindo Chinaglia.

81. Tendo em vista a manifestação do Sindicato, esta Superintendência (que por todo o exposto já poderia ter indeferido o pedido) notificou, novamente, o Sr. Arlindo Chinaglia, em 14 de novembro de 2012, conforme consta certidão acostada às fls. 2647 e 2648, informando o Excelentíssimo Deputado de que o SIMESP o havia arrolado como testemunha e solicitando que se manifestasse, em 05 dias úteis, se pretendia ser ouvido no presente Processo Administrativo e, em caso positivo, que indicasse dia, hora e local que gostaria de ser ouvido, em conformidade com o Art. 411 do Código de Processo Civil.

82. Em 02 de janeiro de 2013, tendo em vista o transcurso do prazo assinalado no referido ofício sem ocorrência de manifestação positiva e expressa da testemunha indicada nem posterior e espontânea prestação de informações pertinentes ao caso em análise, e considerando a que a disciplina do art. 53 da Constituição Federal impede, como visto, qualquer modalidade de constrição, condução coercitiva ou estipulação de preceito cominatório a membro do Congresso Nacional, intimou-se o Sindicato dos Médicos do Estado de São Paulo a, querendo, apresentar sob pena de preclusão, em 03 dias, nova testemunha.

83. O SIMESP manteve-se inerte, não apresentando novo rol de testemunhas.

84. Em seguida, o SIMESP atravessou petição inominada -- protocolizada após o prazo assinalado de três dias úteis assinalado por despacho do Superintendente-Geral -- afirmando ter-lhe sido cerceada a garantia da ampla defesa em razão da ausência de intimação da testemunha por si indigitada, a saber o Deputado Federal Arlindo Chinaglia.

85. Tal argumento não merece prosperar pois, efetivamente, esta Superintendência-Geral envidou os trâmites necessários, e além dos necessários, à realização da intimação da testemunha, em estrita conformidade com a disciplina jurídico-processual aplicável à espécie, o que foi explicado em pormenor e à saciedade alhures na presente nota e na Nota Técnica nº 072/2012 (fls.2630-2633), tendo esta SG, ainda, se dignado a reiterar a notificação da testemunha arrolada e a solicitar novo rol de testemunhas não apenas uma, mas duas vezes.

86. Considerando que a Representada não cuidou de indicar quesitos ou aspectos objetivos que, de fato ou de direito, só pudessem ser trazidos à instrução por intermédio exclusivo da testemunha arrolada e, ademais, a explícita e consabida inviabilidade de condução coercitiva da testemunha arrolada, revela-se claro o caráter meramente protelatório da insistência na fonte de prova requerida, o que enseja, portanto, a recusa de tal prova, nos termos do art. 38, § 2º da Lei nº 9.784/99 e do art. 130 do Código de Processo Civil.

87. Para além disso, que por si só já basta para caracterizar a ausência de qualquer cerceamento de defesa, é também preciso dizer que em momento algum ficou evidenciado o que a testemunha dessa testemunha em específico seria indispensável ao desate da presente investigação; no máximo, agregariam uma opinião, à guisa de interpretação autêntica, da sistemática reitora da CBHPM. Tais contribuições, todavia, não são exclusivamente passíveis de serem trazidas aos autos por intermédio da testemunha arrolada, nem tampouco se afiguram, face aos termos em que foi formulada e reiterada a solicitação, como efetivamente necessárias à instrução porquanto a análise técnica que já lastreia o cabedal fático-probatório é suficiente para a formação do juízo desta autoridade sobre a sistemática com que as entidades médicas ora representadas buscam a implementação da CBHPM.

88. Isto posto, e considerado o silêncio da SIMESP sobre a oitiva de outras testemunhas, tem-se o fato de que o processo foi satisfatoriamente instruído pelas provas juntadas aos autos.

2.2 Subsunção das entidades representativas das categorias profissionais à legislação de defesa da concorrência

89. As associações e os conselhos representativos de categorias profissionais usualmente socorrem-se do argumento de que sua atuação foge ao conceito de *conduta comercial*, ou de *atividade econômica*, dada a alegada ausência de fins lucrativos, pugnando pela inaplicabilidade da legislação de defesa da concorrência à sua atuação.

90. Os médicos, como profissionais prestadores de serviços com vínculo com operadoras de planos de saúde, exercem, de maneira incontestada, atividade econômica. Detentores do risco da atividade, os profissionais disponibilizam um serviço no mercado que é, por sua vez, contratado por empresas que o oferecem a seus respectivos consumidores. Nesse cenário, os médicos restam inegavelmente como aqueles agentes que ofertam um serviço às operadoras de plano de saúde que, por sua vez, os remunera pelo atendimento de seu beneficiário. Assim, embora a relação entre médico e paciente seja especialmente conduzida pela pessoalidade e em que pese sirvam estes profissionais à distinta função de salvar vidas, quando se disponibilizam a atender pacientes, fazendo dessa sua atividade profissional e sua fonte de subsistência, mediante remuneração, figuram como agentes econômicos que atuam como profissionais autônomos neste mercado específico, caracterizando-se como verdadeiros concorrentes. Os pacientes (consumidores), é bom lembrar, pagam por este serviço, ainda que por meio do plano de saúde a que se filiaressem, e se sujeitam pesadamente aos eventuais aumentos de preços ou cessação da oferta patrocinados pelos profissionais médicos.

91. Além disso, é preciso frisar que a existência de lei regulamentadora da atividade profissional não afasta a possibilidade de eventual intervenção antitruste, com a finalidade de corrigir distorções que provoquem lesões, ainda que não efetivamente alcançadas, ao ambiente competitivo. É por esta razão que o artigo 15 da Lei nº 8.884/94⁸ não cria qualquer exceção quanto à aplicabilidade do referido diploma legal. Não existe, por outro

⁸ Este artigo corresponde ao art. 31 da Lei 12.529/2011.

lado, qualquer outro dispositivo constitucional ou legal que isente, expressamente, o exercício da medicina dos valores atinentes à livre concorrência e tampouco aos preceitos que a tutelam.

92. É pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o entendimento que expressa a submissão das entidades representativas, inclusive os Conselhos de classe, as Associações e os Sindicatos, aos ditames da Lei nº 8.884/94⁹. Nesse sentido, tem-se reiterado que, a despeito dos aspectos benéficos inerentes à atuação das referidas entidades, essas, principalmente quando congregam empresas/profissionais concorrentes, são expostas a riscos não desprezíveis de se envolverem em práticas contrárias à concorrência e ao livre mercado.

93. A atuação das entidades representativas de profissionais deve adstringir-se aos pilares constitucionais, dentre os quais se insere a livre concorrência. Suas atividades, nesse passo, não podem acarretar limitação à liberdade de contratar e tampouco se circunscreverem a medidas que prejudiquem competidores e consumidores das benesses de um mercado regido pela livre concorrência.

94. Conforme é de conhecimento amplo, a Constituição Federal de 1988 consagrou a livre concorrência e a livre iniciativa como alguns dos pilares fundamentais da ordem econômica. Visa-se, com isso, assegurar o equilíbrio nas relações econômicas, conferindo a todos uma existência digna, o que implica a busca de eficiências por parte dos agentes econômicos e na procura pelo bem estar dos consumidores. Os princípios constitucionais regentes da ordem econômica não podem ser analisados de forma individual ou estanque. Assim como toda a normativa constitucional, são eles regidos pelo princípio da unidade da Constituição, o que acena a necessária e indispensável atenção às demais preocupações do constituinte¹⁰. Sendo assim, não se pode dizer que a atividade econômica será concedida sob o viés da absolutividade. Ela, assim como todos os princípios constitucionais, está adstrita a limites implícitos e explícitos previstos na Carta Magna.

95. A livre iniciativa, portanto, como fundamento da estruturação econômica do país, é princípio adstrito aos mandamentos presentes no artigo 173 que, em seu §4º, veda expressamente o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

96. A lei de defesa da concorrência, nesse viés, possui o condão de conferir estabilidade às relações entre os mais diversos agentes econômicos, compatibilizando os múltiplos bens jurídicos tutelados pelo texto constitucional de modo a evitar e/ou reprimir qualquer tipo de distorção que acarrete, por exemplo, limitação ou falseamento da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como o abuso de posição dominante.

⁹ Nesse sentido aponta-se, apenas como medida de referência, as seguintes condenações do CADE a Associações: Processo Administrativo nº 08000.010318/1994-73 (em que a própria AMHPDF foi condenada por conduta anticompetitiva); Processo Administrativo nº 08012.004025/2000-63; Processo Administrativo nº 08012.006492/1997-25.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1223.

97. Assim, embora a concepção das entidades representativas dos médicos esteja salvaguardada por dispositivos constitucionais e legais, suas atividades não podem afastar-se dos princípios que regem a ordem econômica, implicando em consequências que conduzam a condutas anticompetitivas ilegais. Ato que afrontem o princípio da livre concorrência desafiam uma intervenção das respectivas autoridades para coibir danos a concorrentes e consumidores.

2.3 Dos conflitos entre os agentes no mercado de saúde suplementar

98. O setor de assistência suplementar está se ampliando de forma consistente¹¹, se consolidando como um segmento de grande relevância para o Brasil. Estima-se em torno de 48,7 milhões o número de pessoas cobertas por pelo menos um plano de assistência médica¹². Além disso, atuam nesse mercado cerca de 1.360 operadoras¹³, que apresentaram um faturamento de R\$ 82,4 bilhões no ano de 2011¹⁴.

99. A evolução desse segmento, contudo, tem sido marcada por intensos conflitos distributivos, sobretudo entre médicos e operadoras de saúde. A crescente elevação dos custos de produção nos serviços de saúde, em função da incorporação de novas tecnologias¹⁵ e da ampliação das coberturas obrigatórias definidas pela ANS, somada a importantes mudanças regulatórias impuseram às operadoras de planos de saúde novos desafios para preservar o equilíbrio econômico-financeiro de suas empresas.

100. Até 1994, com a alta inflação, as operadoras de planos de saúde se financiavam em grande parte com o giro financeiro, não havendo muita ênfase na otimização da gestão. O fim da inflação e a regulação dos reajustes por variação de custo pela ANS vieram alterar a gestão dos planos de saúde pelas operadoras, considerando que a política de reajuste atual não possibilita mais o repasse de custo via preço. Dentre outros fatores, o teto de reajuste para os produtos individuais faz com que as operadoras passem a ter que buscar mais eficiência nas suas atividades gerenciais, pois apenas as operadoras com custos reduzidos e controlados serão capazes de ofertar produtos competitivos.

101. O significativo aumento dos custos enfrentados pelas operadoras e os limites colocados pelas novas medidas regulatórias impuseram duas opções às operadoras de planos de saúde: aumentar os preços ou reduzir o custo operacional.

¹¹ Entre 2001 a 2011, o segmento apresentou um crescimento médio de 6,5% ao ano

¹² Tendo em vista que uma mesma pessoa física pode estar vinculada a mais de um plano – particular e coletivo –, o número de beneficiários cadastrados é superior ao número de indivíduos que possuem planos privados de assistência à saúde.

¹³ Esse número contabiliza apenas aquelas que possuem beneficiários.

¹⁴

Fonte:

http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/20121009_mes09_cademo_informacao.pdf.pdf. Acesso em 26 de outubro de 2012.

¹⁴ Esse número contabiliza apenas aquelas que possuem beneficiários.

¹⁵ Esta, a seu turno, caracteriza-se por estar precipuamente direcionada aos meios de complementação diagnóstica (tomografia computadorizada e imagem por ressonância magnética, *pet scan*, são alguns exemplos), pressionando mais ainda os preços dos serviços, na medida em que o ingresso da inovação tecnológica não necessariamente representa uma redução do custo da produção ou um aumento de produtividade em si.

102. Devido à existência de limite para o aumento dos preços dos planos de saúde, na modalidade individual, as operadoras passaram a adotar como uma de suas estratégias a redução de custos, o que introduziu, por parte das operadoras de planos de saúde, incentivos à pressão por redução de despesas como a remuneração dos médicos e a remuneração pelos procedimentos médicos¹⁶. Os limites impostos pelas operadoras à remuneração geraram insatisfação da classe médica, que argumenta que os reajustes dos valores dos procedimentos médicos são inferiores aos reajustes obtidos pelas operadoras junto à ANS, e inferiores à inflação acumulada do período¹⁷⁻¹⁸.

103. Esse contexto foi agravado pelo aumento de concentração no mercado de assistência suplementar¹⁹, que reforçou a assimetria entre as estruturas de oferta de mão de obra nos serviços de saúde, que costuma ser pulverizada em diversas clínicas médicas²⁰; e a demanda de serviços médicos por meio de operadoras de planos de saúde de médio e grande porte.

104. Em razão do cenário apresentado e de modo a se contrapor aos tomadores de serviços, as entidades representativas passaram a negociar com as operadoras, como forma de ampliar o poder de barganha dos médicos a ela associados. Para isso, utilizaram diversos artifícios, relatados nestes autos, tais como: (i) a edição de tabelas de honorários mínimos, que

¹⁶ Como registrou a Secretaria de Acompanhamento Econômico, SEAE/MF, no Documento de Trabalho n. 31, de outubro de 2004: *a redução de custos teria como estratégia a imposição de limites aos preços cobrados pelos prestadores de serviços. Contudo, tais limites não se distribuem uniformemente pelo mercado - hospitais têm maior poder de resistir do que os médicos isoladamente. Isto gera distorções que impactam negativamente na prestação dos serviços de saúde, por exemplo, os médicos podem reduzir o tempo de atendimento para atender um maior número de pacientes e assegurar determinada renda, aumentando a probabilidade de erros de diagnóstico. O problema agrava-se pelo fato de a ANS não regular o mercado de prestadores de serviços.*

¹⁷ Em 30 de julho de 2007, em razão de algumas operadoras obterem reajustes aprovados pela ANS, mais uma vez a discussão se apresentou porque os percentuais permitidos ficaram muito acima da variação do Índice de Preços ao Consumidor-Amplo (IPCA). Enquanto o IPCA acumulado (maio/2006 entre maio/2007) era de 2,48%, as operadoras receberam autorizações de reajuste entre 6,64% e 9,94%. <http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1338>. Destaca-se, no entanto, que os reajustes autorizados pela ANS não se referem apenas às despesas médicas, mas também, às despesas administrativas, comerciais e o impacto financeiro sofrido pelas operadoras com a ampliação do rol obrigatório de cobertura e no avanço da tecnologia. Além disso, os valores de reajuste autorizados pela ANS não estão relacionados diretamente com o aumento de custo incorrido pelos prestadores de serviços médicos para ofertar seus serviços. Dessa forma, o índice aprovado pela Agência Reguladora não necessariamente é o melhor índice para balizar os reajustes de honorários médicos.

¹⁸ Outros fatores destacados pelos prestadores de serviços são: pressões dos planos de saúde sobre os médicos para que estes adotem procedimentos de redução dos exames e custos de internação; o uso indiscriminado de glosa; a deterioração da qualidade dos planos de saúde; pouca demanda particular e necessidade de assegurar a dignidade e o respeito ao profissional de saúde.

¹⁹ Frente às mudanças regulatórias do início de 2000, as operadoras de menor porte não conseguiram manter-se no setor: houve uma diminuição superior a 30% no número de operadoras ativas no mercado de saúde suplementar, que passou de 2.639 em 1999 para 1.360 em 2011. Além disso, destaca-se que o índice C4¹⁹ vem aumentando reiteradamente: em 2006 era de 17,08 enquanto em 2008 era de 19,73 (Fonte: Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar 2008 – Versão Preliminar. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2009).

²⁰ Considera-se haver uma assimetria nas negociações entre médicos e operadoras. Com relação a hospitais e laboratórios, entende-se que, em geral, estas entidades possuem suficiente poder de barganha para neutralizar a posição das operadoras de planos de saúde. Vide parecer final da SDE no Processo Administrativo 08012.010187/2004-64.

balizam a negociação de honorários entre prestadores e tomadores do serviço, (ii) boicotes àquelas operadoras de planos de saúde que se recusaram a adotar os valores pleiteados pelas entidades e (iii) ameaças de punição ética a médicos não alinhados ao movimento.

105. Os posicionamentos das entidades representativas acarretaram a reação das operadoras de planos de saúde que apresentaram inúmeras denúncias ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. De fato, as estratégias adotadas pelas entidades representativas suscitam um debate antitruste, devido ao potencial prejuízo à concorrência decorrente de práticas analisadas. O presente parecer procura endereçar essas questões, observando em que medida a posição e a motivação dos médicos são legítimas e de que maneira harmonizá-las com o interesse público.

2.4. Delimitação do mercado relevante

106. As autoridades antitruste, geralmente, utilizam-se do conceito de “mercado relevante” para circunscrever uma discussão concorrencial específica a um dado mercado, possibilitando uma avaliação inicial de qual seria a participação de mercado dos agentes envolvidos²¹. De acordo com o Guia de Análise de Atos de Concentração (da SEAE e da SDE), o referido teste consiste na busca pela menor delimitação de mercado em que uma suposta estrutura monopolística – criada artificialmente no mercado - conseguiria impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento dos preços”.

107. Ocorre que quando se analisam condutas anticompetitivas é possível que os efeitos da prática já tenham ocorrido no mercado, não sendo razoável supor que a análise prognóstica utilizada em atos de concentração seja a mais adequada.

108. É relevante ressaltar, ainda, que, se os efeitos da prática (como os aumentos de preços analisados) são verificados diretamente no mercado, estando o âmbito material e geográfico da conduta razoavelmente evidentes, não há sentido em milimetrar as fronteiras do mercado relevante, a partir de testes formais²².

²¹ Segundo HOVENKAMP: “o mercado relevante é o menor mercado para o qual a elasticidade da demanda e da oferta são suficientemente baixas que uma firma com 100% desse mercado possa de forma lucrativa reduzir oferta e aumentar substancialmente os preços acima do custo marginal [...] é simplesmente outra forma de dizer que (1) não é possível para os consumidores encontrarem substitutos adequados em resposta ao aumento de preços; e (2) outras firmas não conseguirão entrar no mercado em questão ou não poderão alterar suas próprias linhas de produção para competir com a empresa que aumentou os preços.” (HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. St. Paul : West Group, 1999, p. 83).

²² Conforme BLUMENTHAL e BAKER: “The possibility of observing and measuring market power more directly leads me to suggest a new notion for Clayton Act doctrine, something I think of as the *res ipsa loquitur* market definition. When a piano crashes onto the sidewalk, the law does not ask whether someone was negligent; instead, it goes right to the question of who. This approach could translate to antitrust. Suppose we know, directly, that a merger or other practice is harmful. That is, we can observe, or confidently predict, an increase in price or the exclusion of efficient competition. But suppose also that it is hard to draw lines around a market, because the array of differentiated products is broad and seamless. If we can show the harm, there must be a market in there somewhere. Just exactly where the market's boundaries are may not be very important, though. Nor may it matter much whether the market in which the harm occurs is large or small.” (BAKER,

109. Feitas essas considerações, entende-se que – no presente caso - o mercado relevante, do ponto de vista geográfico, compreende a área em que os agentes ofertam e procuram produtos (bens ou serviços), levando-se em consideração, em especial, o escopo territorial no qual a conduta se deu. Para a presente análise, considera-se como mercado relevante a área de atuação dos Representados que, conforme visto anteriormente, abarca todo o Estado de São Paulo. Os médicos paulistas associam-se a entidades com representação em todo o Estado, que por sua vez negociam com os planos de saúde de modo a surtir efeitos em todo esse território.

110. Do ponto de vista do produto, a prática denunciada insere-se no mercado de prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde. Isso ocorre porque este é o segmento de mercado no qual se insere a alegada infração à concorrência, qual seja, a formação de um bloco de negociação de médicos de diferentes especialidades, coordenado pelos Representados, para impor os valores e os procedimentos da tabela CBHPM aos planos de saúde.

111. Note-se que, no presente caso, perquirir uma definição de mercado relevante distinta dessa, como, por exemplo, uma que segmentasse o mercado do produto em diversos serviços médicos distintos, ou uma que adotasse um mercado geográfico municipal, não faria sentido de um ponto de vista da racionalidade da análise, identificação da conduta e aferição de seus efeitos. A conduta dos agentes ora examinada não se deu por especialidade médica ou apenas em um ou outro município. Ela ocorreu no âmbito de entidades representativas de médicos com um todo, na amplitude de todo o Estado de São Paulo. Segmentações distintas de mercado relevante, aqui, apenas complicariam a análise, sem qualquer alteração sobre o seu resultado final.

2.5. O movimento nacional para implantação da CBHPM como tabela de honorários mínimos obrigatória: a coordenação das entidades nacionais e a atuação das entidades regionais

112. O movimento pela implantação da CBHPM foi inaugurado pelas entidades médicas nacionais com o lançamento da 1ª edição da CBHPM, em julho de 2003. O marco normativo para a mobilização da categoria foi a Resolução nº 1.673/03 do Conselho Federal de Medicina. A Resolução torna a lista *referencial ético* para a remuneração de honorários médicos, e preceitua:

"Art.1º - Adotar como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos, para o Sistema de Saúde Suplementar, a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, incluindo suas instruções gerais e valores.

Jonathan. Product Differentiation Through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues. De acordo com o site <http://www.ftc.gov/speeches/other/bakst.shtm>, verificado em 17 de agosto de 2009). No mesmo sentido, há também o entendimento de Blumenthal (BLUMENTHAL, W., Why Bother?: On Market Definition under the Merger Guidelines, Discurso realizado no workshop do FTC/DOJ sobre fusões, em Washington DC, em fevereiro de 2004. De acordo com o site <http://www.usdoj.gov/atr/public/workshops/docs/202600.htm>, verificado em 17 de agosto de 2009).

Art. 2º - Os valores relativos aos portes de procedimentos deverão ser determinados pelas entidades médicas nacionais, por intermédio da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

Parágrafo único - As variações, dentro das bandas determinadas nacionalmente, serão decididas pelas Comissões Estaduais ou Regionais de Honorários Médicos, levando-se em conta as peculiaridades regionais” (fls. 67 a 68). Grifos nossos.

113. Sendo assim, por meio da referida Resolução, o CFM estabeleceu não apenas um padrão de remuneração a toda a classe médica - a CBHPM -, como também designou a constituição de um colegiado para determinar as variações regionais da tabela em bandas pré-definidas – as Comissões Estaduais de Honorários Médicos, que seriam formadas pelas entidades médicas, em cada Estado da Federação. Em São Paulo, como ressaltado, a Comissão Estadual foi composta pelas ora Representadas²³.

114. Para além da participação nas comissões estaduais, a adesão das entidades regionais ao movimento é motivada: (i) em razão do apelo junto a toda classe médica da pauta de reivindicações relacionadas às condições de exercício da atividade médica; e (ii) em razão da própria influência exercida pelo Conselho Federal de Medicina sobre os conselhos regionais instalados nos estados brasileiros, que decorre da subordinação destes em relação ao primeiro, conforme previsão legal estabelecida segundo a Lei nº 3.268/57, em seu artigo 3º, *in verbis*:

“Art. 3º - Haverá na Capital da República um Conselho Federal, com jurisdição em todo o Território Nacional, ao qual ficam subordinados os Conselhos Regionais; e, em cada capital de Estado e Território e no Distrito Federal, um Conselho Regional, denominado segundo sua jurisdição, que alcançará, respectivamente, a do Estado, a do Território e a do Distrito Federal.”

115. Com efeito, o conjunto probatório reunido no bojo do Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71, que investigou a conduta das entidades nacionais - Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos - na elaboração e implementação da CBHPM, demonstra claramente a intensa participação das tais entidades na coordenação do movimento para a implantação da CBHPM. E de modo a conferir capilaridade às discussões sobre a CBHPM e disseminar a sua adoção, AMB, CFM e FENAM instituíram uma Comissão Nacional para Implantação da CBHPM (CNI), cuja estrutura foi replicada nos estados a partir da criação das Comissões Estaduais de Honorários Médicos.

116. Documentos constantes nos autos do referido Processo Administrativo demonstram que as entidades nacionais, por meio da CNI, definiam diretrizes para as

²³ Em São Paulo, conforme ressaltado anteriormente, foi institucionalizada a Comissão Estadual de Honorários Médicos de São Paulo, composta pelo CREMESP, APM e SIMESP para negociar com as operadoras de planos de saúde a implantação da CBHPM e a admissão regional de bandas de 20%, para mais ou para menos, nos valores constantes na Classificação.

negociações entre prestadores e operadoras em âmbito regional. Nesse sentido, destaca-se o ofício expedido pela AMB²⁴ à classe médica. Veja-se:

“Em reunião realizada no dia 24 de março de 2004, em Brasília, com a participação das diretorias da Associação Médica Brasileira, do Conselho Federal de Medicina e dos presidentes de todo o sistema federativo da AMB, foram tomadas, por unanimidade, as seguintes decisões visando as negociações com a Fenaseg (...):

i. Como as empresas de Seguro-Saúde não podem atuar com o sistema de credenciamento, decidiu-se que a partir de 15 de abril de 2004 todos os médicos brasileiros passarão a atender pelo sistema de reembolso, tendo como base a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos;

ii. Não negociar isoladamente com as operadoras vinculadas a Fenaseg a implantação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos;

iii. Evitar estabelecer qualquer tipo de acordo que não contemple de modo integral as bases e os conceitos da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos” Grifo nosso. (fl. 693 do Processo Administrativo nº. 08012.005101/2004-81)

117. A participação das entidades estaduais na mobilização dos médicos pela implantação da CBHPM, a partir da Resolução nº 1.673/2003 do CFM, passou a ser contínua e incisiva, desencadeando, como ressaltado anteriormente, a reação das operadoras de planos de saúde e de outras entidades, que acionaram o SBDC questionando a atuação da classe médica²⁵. Com efeito, as denúncias e documentos reunidos pela SDE (e agora pela Superintendência-Geral do CADE) evidenciam que, apesar de ser clara a influência do CFM e demais entidades nacionais nos movimentos regionais para a implantação da CBHPM, é possível observar certa discricionariedade por parte dos Conselhos Regionais de Medicina e demais entidades estaduais, que lhes permitiram adotar medidas para além das recomendadas pelo CFM.

118. Ressalta-se que o CFM, em resposta a ofício expedido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.005101/2004-81²⁶ em 10.9.2004, afirmou que a Resolução CFM nº 1.673/2003, que estabeleceu a CBHPM como padrão mínimo e ético de remuneração, não

²⁴ Datado de 30 de março de 2004 - informa o andamento das negociações com a FENASEG.

²⁵ Esta Superintendência analisa os possíveis impactos anticoncorrenciais dos movimentos médicos para a implantação da CBHPM em outros Processos Administrativos, dentre os quais apontamos: PA nº 08012.004020/2004-64, cujo Representado é o Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB); PA nº 08012.002985/2004-12, cujo Representado é o Conselho Regional de Medicina do Maranhão (CRM/MA); PA nº 08012.006647/2004-50, cujos Representados são: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, Associação Paulista de Medicina e Sindicato dos Médicos de São Paulo; PA nº 08012.009381/2006-69, cujos Representados são: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do estado do Rio de Janeiro (SOMERJ), Central de Convênios e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS); PA nº 08012.003048/2003-01, cujos Representados são: Sindicato dos Médicos do Ceará, Conselho Regional de Medicina do Ceará e Centro Médico do Ceará.

²⁶ Processo Administrativo instaurado em desfavor do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, da Associação Médica de Minas Gerais, do Sindicato dos Médicos de Minas Gerais e da Federação Mineira das Cooperativas Médicas com o fito de apurar a existência de conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento no artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, X e XXIV, ambos da Lei nº 8.884/94.

determinou sua obrigatoriedade, tampouco qualquer previsão de sanção aos profissionais que não a observassem, *in verbis*:

O Conselho Federal de Medicina informa que não há na Resolução CFM nº 1673/2003, que estabelece a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM, qualquer previsão de sanção aos profissionais.(...) (fls. 217-219 do Processo Administrativo nº 08012.005101/2004-81²⁷).

119. A despeito da manifestação expressa do CFM no sentido de não imputar qualquer infração ético-disciplinar aos médicos que deixassem de aplicar os valores da CBHPM, como se verá detalhadamente nas seções seguintes, as entidades médicas regionais, destacando-se no caso em exame a atuação específica do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, passaram a divulgar a sujeição dos profissionais não alinhados a processo ético-disciplinar, em notícias de jornal, a qual preceituava, dentre outras coisas, ser violação a postulados éticos a cobrança pelos procedimentos médicos prestados aos planos de saúde em desconformidade com a CBHPM.

120. O que se evidencia dos elementos acima transcritos, portanto, é que, apesar da relação de subordinação havida entre o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo atuou de forma a determinar previsão de punição a médicos que não observassem os valores da CBHPM, ao ameaçá-los com a instauração de processos ético-disciplinares. Tal conduta independe da recomendação expedida pelo CFM por meio da Resolução nº. 1.673/2003.

121. Mais do que isso, como se verá ao longo da presente análise, CREMESP, APM e SIMESP efetivamente participaram dos trabalhos da Comissão Estadual de Honorários Médicos, do movimento de inserção da CBHPM e de coordenação dos médicos do Estado para a sua implantação. O fato é que a participação das Representadas regionais viabilizou as práticas aqui relatadas.

122. Tendo sido esclarecido, assim, que as entidades regionais agiram e participaram de forma ativa das condutas ora examinadas e que, portanto, devem ser responsabilizadas, se for o caso, independentemente de ter havido uma coordenação nacional do movimento para implantação da CBHPM, é importante se debruçar sobre a possibilidade de dano concorrencial das condutas perpetradas pelo CREMESP, APM, e SIMESP. Para isso, deve-se ingressar objetivamente na análise de poder de mercado das Representadas.

2.6. O poder de mercado das entidades representadas

102. Definido o mercado relevante de acordo com a seção 2.3, impende avaliar se os Representados possuem posição dominante, nos moldes consagrados pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 20 da Lei nº 8.884/94, legislação aplicável à época dos fatos. Para tanto, a fim de se determinar o poder de influência dessas entidades, far-se-á uma brevíssima caracterização das

²⁷ Documento anexo a presente Nota Técnica.

entidades e um retrospecto sobre a constituição das comissões estaduais criadas para intermediar a negociações de honorários entre médicos e tomadores de serviços.

103. O CREMESP é uma autarquia, com personalidade jurídica de direito público, dotada de autonomia jurídica e financeira. Segundo o art. 2º da Lei nº 3.268/57, o Conselho Regional de Medicina é o órgão supervisor *“da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam”*. Dessa forma, esse Representado é o órgão de classe que regulamenta a profissão com jurisdição no Estado de São Paulo.

104. A Associação Paulista de Medicina (APM), por sua vez, é uma sociedade civil sem fins lucrativos, que congrega médicos do Estado de São Paulo. Segundo o artigo 2º do seu Estatuto Social²⁸, a APM tem como finalidades: promover a união dos médicos e a defesa de seus interesses, e representar seus associados, judicial ou extrajudicialmente, visando a defesa dos seus direitos e interesses. Dos cerca de 100 mil médicos existentes no território paulista, cerca de 30 mil fazem parte do quadro associativo da entidade, em São Paulo²⁹. Dessa forma, a APM além de possuir grande capilaridade entre médicos de todas as regiões e especialidades, detém aproximadamente, 30% do mercado.

105. Destaca-se, ainda, o artigo 18º e 19º do Estatuto Social da Associação Paulista Médica³⁰, que afirma:

“Art. 18 – São obrigações dos associados da APM:

a) cumprir e fazer cumprir os instrumentos normativos da Entidade; (...)

f) obedecer aos princípios legais, éticos e morais.”

“Art. 19 – Será passível de punição o associado cuja conduta esteja em desacordo com este Estatuto, com as Resoluções, os Regimentos e Regulamentos da Entidade; e ainda, com os princípios legais e éticos vigentes, quanto apurados pelo Conselho Regional de Medicina, após responder a regra processo instaurado pela autarquia e com decisão transitada em julgado”.

106. Já o Sindicato dos Médicos de São Paulo – SIMESP é órgão sindical de primeiro grau, constituído para fins de defesa e representação legal da categoria profissional dos médicos, tendo como base territorial os municípios do Estado de São Paulo não pertencentes ao Sindicato dos Médicos de Santos; Sindicato dos Médicos de Campinas; Sindicato dos Médicos de Taubaté; Sindicato dos Médicos de São José do Rio Preto; Sindicato dos Médicos de Presidente Prudente; e Sindicato dos Médicos de Sorocaba. Tal entidade tem como objetivos, dentre outros, representar perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais de sua categoria e os interesses individuais de seus associados; instalar diretorias regionais, municipais ou de base no âmbito de sua base territorial conforme as necessidades da categoria; defender os interesses individuais, coletivos

²⁸ Fonte <http://www.apm.org.br/imagens/Pdfs/Estatuto-apm-2011.pdf>, acessado em 25 de janeiro de 2013.

²⁹ Fonte: <http://www.apm.org.br/perfil.aspx>, acessado em 25 de janeiro de 2013.

³⁰ Fonte: http://www.apm.org.br/imagens/Pdfs/estatuto_apm.pdf, acessado em 25 de agosto de 2011.

e difusos da categoria; estabelecer negociações, visando à obtenção de melhorias para a categoria médica.

107. Aqueles que se associam ao SIMESP, conforme o Art. 6º de seu Estatuto Social³¹, tem como dever, dentre outras obrigações:

“b) exigir o cumprimento dos objetivos e determinações deste Estatuto e o respeito dos órgãos diretivos às decisões das Assembléias Gerais e demais instâncias deliberativas;

f) pautar sua conduta profissional conforme os princípios da ética médica.”

108. Além disso, segundo o Artigo 7º do Estatuto Social³² desse Sindicato, os associados estão sujeitos a penalidades caso não cumpram as deliberações das Assembléias, senão vejamos:

“Artigo 7º - Os associados estão sujeitos às penalidades de advertência, suspensão e eliminação do quadro social, quando desrespeitarem o Estatuto ou decisões de instâncias deliberativas do Sindicato.”

109. Destaca-se, ainda, que tal entidade, assim como a APM, possui grande capilaridade, possuindo 14 Diretorias Regionais e estando presente em mais de 120 municípios de São Paulo³³. Dessa forma, é clara a importância da SIMESP na condução de atividades que dizem respeito aos médicos, uma vez que associados localizados em diversos municípios de São Paulo são obrigados a cumprir suas decisões.

³¹ Fonte: <http://www.simesp.org.br/sindicato.php?Estatuto>, acessado em 25 de agosto de 2011

³² Fonte: <http://www.simesp.org.br/sindicato.php?Estatuto>, acessado em 25 de agosto de 2011

³³ Destaca-se, entre eles: Barra do Turvo, Cajati, Cananéia, Eldorado, Iguape, Iporanga, Itariri, Jacupiranga, Jiquiá, Miracatu, Pariqueira-Açu, Pedro de Toledo, Registro, Sete Barras, Alvares Florence, Américo de Campos, Aparecida D Oeste, Auriflama, Buritama, Cardoso, Cosmorama, Dolcinópolis, Estrela D Oeste, Floreal, Gastão Vidigal, General Salgado, Guarani D Oeste, Guzolândia, Indiapora, Jales, Macaubal, Macedônia, Magda, Marinópolis, Meridiano, Mira Estrela, Monções, Nova Luzitânia, Orindiuva, Palmeira D Oeste, Paranapua, Paulo de Faria, Pedranópolis, Pontes Gestal, Populina, Rirolândia, Rubinéia, Santa Adelia, Santa Albertina, Santa Clara D Oeste, Santa Fé Do Sul, Santa Rita D Oeste, Santana da Ponte Pensa, São João das Duas Pontes, Sebastianópolis do Sul, Três Fronteiras, Turiuba, Turmalina, Urânia, Valentim Gentil, Araraquara, Barretos, Batatais, Bebedouro, Borborema, Cajurú, Ibitinga, Itápolis, Jaboticabal, Matão, Orlândia, Pitangueiras, Pontal, Ribeirão Preto, São Carlos, São Joaquim da Barra, Serrana, Sertãozinho, Taquaritinga, Alumínio, Araçariгуama, Barueri, Carapicuíba, Cotia, Embu, Embu-Guaçu, Itapeceirica da Serra, Itapevi, Jandira, Jiquitiba, Mairinque, Osasco, Pirapora do Bom Jesus, Santana de Parnaíba, São Lourenço da Serra, São Roque, Taboão da Serra, Vargem Grande Paulista, Álvaro de Carvalho, Alvinlândia, Echaporá, Garça, Lupércio, Marília, Ocaucu, Oriente, Oscar Bressane, Pompéia, Quintana, Vera Cruz, Apiai, Barão de Antonina, Buri, Capão Bonito, Coronel Macedo, Guapiara, Itabera, Itapeva, Itaporanga, Itararé, Ribeira, Ribeirão Branco, Riversul, Taquarivai, Arujá, Guarulhos, Santa Isabel, Aramina, Buritizal, Cristais Paulista, Franca, Guaiúra, Guará, Igarapava, Itirapua, Ituverava, Jequara, Miguelópolis, Patrocínio Paulista, Pedregulho, Restinga, Ribeirão Corrente, Rifaina, São José da Bela Vista, Atibaia, Bom Jesus dos Perdões, Bragança Paulista, Joanópolis, Nazaré Paulista, Pedra Bela, Piracaia. Fonte: <http://www.simesp.org.br/sindicato.php?Regionais:4> acessado em 25 de agosto de 2011.

110. A organização do movimento para a implantação da CBHPM, definida pela Resolução nº 1.673/03 editada pelo Conselho Federal determinou significativo poder de influência das entidades Representadas sob os médicos de São Paulo.

111. Como destacado anteriormente, a Resolução nº 1.673/03 instituiu que haveria, em cada estado, um grupo específico para determinar as variações regionais da tabela em bandas pré-definidas – as Comissões Estaduais de Honorários Médicos, cujos componentes viriam das entidades médicas desses estados.

112. Nesses termos se deu a formação da Comissão Estadual de Honorários Médicos de São Paulo, composta pelas entidades ora Representadas, a quem competia, dentre outros, (i) a definição das bandas da CBHPM, que repercutiam sobre o valor dos honorários praticados no estado, (ii) a negociação com as operadoras de planos de saúde para a adoção da CBHPM, em nome dos médicos paulistas, (iii) a mobilização da categoria, a partir da realização de assembleias médicas, para discussão das propostas negociadas com as operadoras e coordenação das ações supervenientes relativas ao “movimento”.

113. Evidências presentes nos autos, como se verá de forma mais detalhada posteriormente, demonstram que as deliberações acerca da CBHPM tinham caráter obrigatório para os médicos de São Paulo, determinando a adoção da CBHPM como padrão mínimo de remuneração, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Comissão e a adesão mandatória ao movimento da categoria, coordenado pela Comissão.

114. Dessa forma, aqueles médicos que não acatassem as decisões relacionadas ao tabelamento de preços, poderiam sofrer processos ético-disciplinares no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo³⁴.

115. Destaca-se, nesse sentido, o Regimento Interno do CREMESP que, em seu artigo 42, define como competência do Conselho, o funcionamento, “*em sua composição e organização normais, como Tribunal Regional de Ética, cabendo-lhe o julgamento dos processos ético-profissionais*”³⁵.

116. O poder de influência e coação da Comissão, aliado ao poder de sanção do Conselho Regional de Medicina, torna-se mais expressivo e contundente quando se tem em conta que os médicos devem estar credenciados ao CRM do seu respectivo Estado para exercer suas atividades, conforme o artigo 17 da Lei nº 3.268/57:

“Art. 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados

³⁴ Segundo o Artigo 2º do Código de Processo Ético-Disciplinar aprovado, em 14 de julho de 2010, pela Resolução do CFM nº 1.953/2010, a competência para apreciar e julgar infrações éticas é atribuição do Conselho Regional de Medicina em que o médico estiver inscrito, ao tempo do fato punível ou de sua ocorrência. Já a apreciação e o julgamento de infrações éticas de Conselheiros obedecerá às seguintes regras: I - a sindicância realizar-se-á pelo Conselho Regional de Medicina onde o fato ocorreu.

³⁵ Fonte:

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=8826&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=205&situacao=VIGENTE&data=21-09-2009>

ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade."

117. Dessa forma, considerando que (i) o profissional deve estar credenciado ao CRM do seu respectivo Estado para o regular desenvolvimento de suas atividades; (ii) para manter regular a sua inscrição no Conselho, os médicos devem respeitar e acatar as decisões da entidade profissional; (iii) as Representadas faziam parte da Comissão Estadual para adoção da CBHPM, determinando a adesão aos movimentos da categoria e bem como o respeito às decisões assembleares; instituiu-se a possibilidade de repreensão, via CRM, dos profissionais que não acatassem as decisões da Comissão Estadual, havendo inequívoca situação de poder de influência das entidades Representadas.

118. Geralmente, poder de mercado é mensurado, por exemplo, via uma aproximação da "participação de mercado" dos representados envolvidos. Por outro lado, no presente caso, não há razão para mensurar tais variáveis, visto que as mesmas não seriam aplicáveis a entidades de classe.

119. Isto não significa, contudo, que os representados não detenham capacidade suficiente de influenciar as decisões mercadologicamente relevantes. Com efeito, o CREMESP, a APM e o SIMESP deteriam poder de determinar a fixação de preços mínimos dos serviços médicos, independentemente do número de associados de cada entidade. Ou seja, não há necessidade de se avaliar o número de médicos associados a cada instituição específica para demonstrar que os atos dos representados teriam impacto relevante no mercado.

120. Além disto, é possível que a tabela CBHPM seja seguida e observada como patamar de preços mínimos inclusive por quem não é vinculado às entidades representadas.

121. Portanto, a potencialidade de dano da CBHPM é elevada, dado que: (i) o tipo da Tabela indica, como se verá adiante, preços mínimos; e (ii) a abrangência da tabela é direcionada e divulgada a uma grande quantidade de filiados, havendo também possibilidade de que terceiros não filiados venham a conhecê-la e a segui-la, sob pena de desrespeitarem preceitos éticos.

122. Sendo assim, as entidades Representadas teriam capacidade para influenciar e induzir a adoção de comportamento uniforme dos médicos no Estado de São Paulo como um todo.

2.7. Da caracterização de infração contra a ordem econômica

123. Conforme se examinou em tópico anterior, existe um intenso conflito entre os prestadores de serviços médicos e as operadoras de plano de saúde, que vem afetando a assistência à saúde aos beneficiários da saúde suplementar. O embate entre prestadores e operadoras tem sido acompanhado pelas autoridades de defesa da concorrência, que são recorrentemente chamadas a se manifestar sobre a adoção de tabelas de honorários no setor de saúde, bem como sobre a composição entre os pares para a negociação de valores e o potencial prejuízo à concorrência decorrente de supostas práticas colusivas.

124. Apresentado o panorama geral da relação entre prestadores e operadoras de planos de saúde e do movimento nacional para a implantação da CBHPM, cumpre finalmente analisar as informações coligidas nos autos, a fim de se concluir pela ocorrência ou inoccorrência de prática anticoncorrencial com aptidão de gerar efeitos prejudiciais à concorrência ou à livre iniciativa, nos termos da Lei nº 8.884/94.

125. Para melhor estruturação da análise, abordar-se-á em tópicos separados, sejam eles:

- A CBHPM como tabela de valores mínimos de honorários médicos;
- A promoção de boicotes e paralisações de serviços para forçar a implementação da CBHPM; e
- A obrigatoriedade da CBHPM, por meio da punição ou ameaça de punição a médicos desviantes, e seus efeitos no mercado.

2.7.1 A CBHPM como tabela de valores mínimos de honorários médicos

126. A CBHPM é uma lista de métodos e procedimentos médicos existente tanto no campo terapêutico quanto diagnóstico, estabelecendo portes de acordo com a complexidade, tecnologia e técnicas envolvidas em cada ato, servindo como referência para estabelecer faixas de valoração dos atos médicos pelos seus portes³⁶. É considerada equânime e com ênfase no ato médico, razão pela qual é defendida pela categoria dos prestadores e chancelada pela Associação Médica Brasileira, pelo Conselho Federal de Medicina e pela Federação Nacional dos Médicos.

127. A hierarquização é resultado da avaliação dos médicos quanto aos requisitos presentes no procedimento médico: habilidade cognitiva, habilidade técnica, risco, responsabilidade e tempo (pré, intra e pós). Com base nesses requisitos, os médicos valoraram relativamente os procedimentos, que foram ordenados com base nesses quesitos. A lista reflete, portanto, a valoração dos procedimentos médicos levando em conta apenas os atributos que o médico deve ter para realizá-los. Não foram considerados aspectos de mercado, como a frequência com que o procedimento é realizado (demanda) ou ainda a quantidade de profissionais capazes de realizá-lo (oferta).

128. A elaboração da lista teve início no ano 2000 e se transformou em um projeto de 3 anos idealizado pelas entidades médicas (AMB, CFM e FENAM) e executado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo – FIPE. A primeira etapa do projeto consistiu na classificação e hierarquização dos honorários médicos, realizada a partir de reuniões com todas as especialidades médicas. A segunda etapa foi de valoração dos serviços de apoio a diagnóstico e terapia – SADT, avaliando-se custos fixos, custos e tecnologia dos equipamentos empregados, pessoal técnico e insumos necessários para a realização do procedimento. A terceira etapa foi o levantamento do valor da consulta médica, realizada com a colaboração de mais de 3000 médicos. Após o confronto dos itens entre as áreas clínica, cirúrgica e de SADT, concluiu-se que no ato médico o tempo deveria

³⁶ A versão da CBHPM do ano 2010 encontra-se na página eletrônica da AMB: http://www.amb.org.br/teste/cbhpm/cbhpm_2010.pdf.

ser considerado o fator mais importante. Porém, os demais atributos, como qualificação do profissional, complexidade, insalubridade, etc. também foram levados em consideração.

129. Atualmente, quando surge uma proposta para incluir ou retirar da lista algum procedimento médico, esta proposta é encaminhada à equipe de medicina baseada em evidências, que analisa as justificativas³⁷. O projeto também é enviado à Câmara Técnica de Avaliação de Tecnologias e à Câmara Técnica da CBHPM, composta por representantes da AMB, CFM, FENAM, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Unimed e Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde)³⁸.

130. A classificação está ordenada segundo o código de cada especialidade, por ordem crescente. Em cada especialidade, encontram-se quatro tipos de procedimentos: a) Procedimentos Clínicos Ambulatoriais, b) Procedimentos Clínicos Hospitalares, c) Procedimentos Cirúrgicos e d) Procedimentos de SADT (Serviços Auxiliares de Diagnóstico e Tratamento). Os procedimentos médicos relacionados na lista estão divididos em 14 portes, subdivididos em 3 portes – A, B e C –, num total de 42 portes. Quanto aos custos, estabeleceu-se a unidade de custo operacional (UCO), que incorpora a depreciação de equipamentos, manutenção, mobiliário, imóvel, aluguéis, folha de pagamento, etc. Esse custo foi calculado para os procedimentos de SADT de cada especialidade.

131. Os portes representados ao lado de cada procedimento na tabela *não expressam exatamente valores monetários*, apenas estabelecem a comparação entre os diversos atos médicos no que diz respeito à sua complexidade técnica, tempo de execução, atenção requerida e grau de treinamento necessário para a capacitação do profissional que o realiza. O porte é resultado da comparação dos procedimentos, em termos dos atributos do trabalho médico.

132. Nesse contexto, é importante ressaltar que a hierarquização de serviços médicos, em si, inicialmente não teria o condão de uniformizar preços praticados no mercado, uma vez que não expressaria valores monetários, apenas indicaria a posição relativa de cada procedimento, em comparação com os demais, dentro da escala. Contudo, como se verá detalhadamente a seguir, este não foi o cenário fático mantido após a hierarquização dos procedimentos efetuados pela CBHPM.

133. Isso porque, **a edição da CBHPM foi acompanhada de um “Comunicado Oficial”, que informava aos profissionais os valores monetários dos portes e das UCO’s**

³⁷ Existem diversas edições da CBHPM, seguindo a metodologia elaborada pela FIPE. A 3ª edição da CBHPM foi editada julho de 2004. A 4ª edição, em 2005, e a 5ª edição, 2008. Em outubro de 2010, foi editada uma nova versão da CBHPM, totalmente compatível com Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde instituído pela Resolução Normativa nº 211 da ANS, a CBHPM-2010.

³⁸ A Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde) é a representante institucional das seguradoras especializadas em Saúde (Bradesco Saúde, SulAmérica Saúde, Brasilsaúde, Porto Seguro Saúde, Marítima Saúde, AGF Saúde, Unimed Seguro Saúde, Unibanco Aig Saúde, Notre Dame, Itaúseg) e de operadoras de outras modalidades, como das medicinas de grupo (Amil, Medial, Intermédica, Golden Cross, Excelsior e a Omint) e odontologia de grupo (Odontoprev). A FenaSaúde tem como associados, atualmente, 16 grupos empresariais, responsáveis pela proteção da saúde de 13 milhões de beneficiários, ou seja, 29% dos beneficiários da saúde suplementar no Brasil. <http://www.fenaseg.org.br/main.asp?View=%7B0E2FD29F-4A8B-4F6A-90F7-4B059D29B33F%7D>

definidos por representantes da AMB, do CFM e da FENAM no âmbito da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

134. Dessa forma, uma vez que a Comissão Nacional de Honorários Médicos define e informa aos profissionais os valores monetários dos portes e das UCO's em comunicados amplamente divulgados, **a CBHPM deixa de ser uma lista em que os procedimentos são hierarquizados quanto ao custo relativo de cada um, tornando-se uma tabela de preços,** que, dada a representatividade das entidades médicas nacionais e regionais, pode ter como consequência a produção de efeitos nefastos à concorrência.

135. Destaca-se, ainda, que no "Comunicado Oficial" as entidades nacionais apresentam as instruções gerais para a utilização da lista, em que estabelecem, dentre outras coisas uma banda dentro da qual os valores monetários dos portes podem variar. Ou seja, se o valor monetário pode variar 20% para cima e 20% para baixo, acaba-se criando um valor mínimo, abaixo do qual o médico estaria proibido de aceitar em troca dos seus serviços. Esta proibição de atendimento por valores mínimos acaba refletindo para o consumidor um preço mais caro do que eventualmente ele pagaria pela consulta se não houvesse a referida "banda de variação mínima". Enfim, o Comunicado Oficial foi redigido nos seguintes termos, *in verbis*:

"A valoração dos portes e da UCO ficará sujeita a alteração sempre que modificadas as condições que nortearam suas fixações, sendo admitida banda de até 20%, para mais ou para menos como valores referenciais mínimos, em respeito à regionalização e a partir destes, os valores deverão ser acordados por livre negociação entre as partes".

COMISSÃO NACIONAL DE HONORÁRIOS MÉDICOS

COMUNICADO OFICIAL

**AOS MÉDICOS E ÀS ENTIDADES CONTRATANTES QUE INTEGRAM
O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

A Comissão Nacional de Honorários Médicos, em conformidade com o disposto na Resolução CFM nº 1.673-03, comunica os valores relativos em moeda nacional dos 14 portes e subportes (A,B,C), bem como o da unidade de custo operacional (UCO), previstos na CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA HIERARQUIZADA DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS (CBHPM), vigentes a partir de 1º de agosto de 2003. A valoração dos portes e da UCO ficará sujeita a alteração sempre que modificadas as condições que nortearam suas fixações, sendo admitida banda de até 20%, para mais ou para menos como valores referenciais mínimos, em respeito à regionalização e a partir destes, os valores deverão ser acordados por livre negociação entre as partes.

1) Portes dos Procedimentos Médicos:

1A	R\$ 8,00
1B	R\$ 10,00
1C	R\$ 24,00
2A	R\$ 32,00
2B	R\$ 42,00
2C	R\$ 50,00
3A	R\$ 60,00
3B	R\$ 66,00
3C	R\$ 100,00
4A	R\$ 120,00
4B	R\$ 132,00
4C	R\$ 145,00
5A	R\$ 160,00
5B	R\$ 172,00

5C	R\$ 184,00
6A	R\$ 200,00
6B	R\$ 220,00
6C	R\$ 240,00
7A	R\$ 260,00
7B	R\$ 280,00
7C	R\$ 340,00
8A	R\$ 368,00
8B	R\$ 384,00
8C	R\$ 408,00
9A	R\$ 438,00
9B	R\$ 476,00
9C	R\$ 524,00
10A	R\$ 560,00

10B	R\$ 605,00
10C	R\$ 676,00
11A	R\$ 715,00
11B	R\$ 784,00
11C	R\$ 860,00
12A	R\$ 892,00
12B	R\$ 960,00
12C	R\$1.176,00
13A	R\$1.292,00
13B	R\$1.420,00
13C	R\$1.670,00
14A	R\$1.750,00
14B	R\$1.900,00
14C	R\$2.100,00

2) Unidade de Custo Operacional – UCO = R\$ 11,50

São Paulo, 1º de agosto de 2003

Dr. Eleazar Vieira de Paiva
Presidência

136. Como visto anteriormente, a fixação das variações das bandas, de até 20%, cabiam às Comissões Estaduais de Honorários Médicos, da qual, no caso de São Paulo, faziam parte as Representadas.

137. Apesar de a possibilidade de as bandas tornarem essa tabela menos rígida, permitindo uma negociação, ainda que limitada, entre prestadores e operadoras de planos de saúde, a CBHPM continua impondo um valor mínimo para cada procedimento médico, que seria definido pela subtração de até 20% dos valores constantes da tabela. As bandas definidas pelas entidades médicas geram significativas distorções na concorrência, pois o equilíbrio competitivo em cada Estado ou região pode representar variações superiores a 20%. Além disso, dadas as possíveis diferenças individuais no grau de eficiência e qualificação tanto do lado dos prestadores, quanto do lado das operadoras de planos de saúde, o equilíbrio competitivo pode determinar preços diferentes para prestadores e operadoras que estão em uma mesma região.

138. Nesse contexto, fica evidenciado que o movimento para implantação da CBHPM, na prática, procurava impor preços mínimos de serviços médicos destinados a

beneficiários de planos de saúde quando se observa os ofícios e comunicados publicados pelos Representados em que noticiaram à classe médica paulista o andamento de negociações com planos e seguros de saúde:

- “Os médicos da capital decidiram paralisar o atendimento a oito seguradoras, além da Golden Cross (que é medicina de grupo. (...) O paciente deverá pagar o valor de R\$ 42 e buscar ressarcimento nos planos de saúde” (Carta aos médicos da capital, enviada pelo SIMESP, fl. 685)
- “Assim, a partir de 30 de julho, os médicos de São Paulo atenderão aos usuários dessas empresas pelo sistema de reembolso. Será cobrado o valor da CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Serviços Médicos (R\$ 42,00 a consultai)” (Trecho de Ata da Assembleia Geral dos Médicos, datada de 20 de julho de 2004, fls. 448 a 450)

139. Tendo em vista o exposto acima, conclui-se, **a CBHPM segue maculada pela fixação de valores mínimos**, levantando preocupações concorrenciais ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A fixação de preços mínimos homogêneos diminui a concorrência entre agentes do mercado e resulta em maiores valores cobrados pelos procedimentos médicos, sem, no entanto, garantir maior qualidade do serviço prestado. Tal fato implica maiores custos para as operadoras de planos de saúde que tenderão a aumentar os valores dos planos de saúde cobrados dos consumidores finais. Como resultado disso, devido aos maiores preços observados, muitos consumidores deixarão de ter acesso à saúde suplementar.

140. Historicamente, o SBDC tem sido incisivo ao condenar entidades associativas das categorias de prestadores de serviços médicos pela adoção de tabelas de honorários e pela influência de conduta uniforme entre os prestadores³⁹, oscilando entre a caracterização de infração pela mera existência de tabela⁴⁰ a uma análise mais consequencialista do uso de tabelas referenciais, analisando as características dos mercados em que estas tabelas estão inseridas⁴¹.

141. A existência de condições estruturais favoráveis a prática anticoncorrencial e um alto poder de influência das associações coordenadas caracterizam conduta ilícita, como

³⁹ Destacam-se os seguintes precedentes: os Processos Administrativos nº 61/93, Processo Administrativo nº 53/1992, Processo Administrativo nº 08000.015515/97-02, Processo Administrativo nº 08000.011520/1994-40, Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78.

⁴⁰ Vide voto da Ex-Conselheira Neide Terezinha Mallard, no PA nº 61/92, cuja Representada era a Associação Médica Brasileira, em que sustenta: *Não requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos. (...) Na verdade, a tabela de preços viola o princípio basilar de economia de mercado, segundo o qual cada agente econômico é livre para fixar os preços de seus produtos e serviços, sendo-lhe lícito, no entanto, no exercício desta liberdade, considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes. A colaboração entre concorrentes, sob qualquer forma manifestada, com o objetivo de estabelecer ações coordenadas para fixar preços dos bens ou serviços que produzem, inviabiliza a economia de mercado, pois os preços não reagem às forças da oferta e da procura, pressuposto básico de sua fixação.*

⁴¹ Sobre este aspecto, destacam-se os Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03 (caso da Rede da Economia); no Processo Administrativo 08012.005994/2004-65 (caso da tabela dos fotógrafos) e no Processo Administrativo nº 08012.002169/2009-13 (caso da tabela dos tradutores).

demonstra os julgamentos dos processos nos 08012.004372/2000-70 (j.2002), 08012.004373/2000-32 (j. 2002), 08000.021976/1997-51 (j. 2003)⁴², dentre outros.

142. Nesse sentido, aponta trecho do voto do Ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em âmbito Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78, em que entendeu ser anticompetitiva a imposição de tabela por entidades com poder de mercado⁴³:

“A imposição de tabela de preços por uma entidade que congrega a totalidade de especialistas em um único mercado, aplicável a todos aqueles que contratarem os seus serviços, ofende diretamente a dignidade da coletividade, a qual não restará qualquer alternativa, a não ser pagar o preço imposto (grifos nossos).”

143. A existência de sanções por descumprimento a tabelas de preços, cenário fático observado no presente Processo Administrativo, como se verá mais detidamente adiante, vem sendo entendido pelo Conselho como suficiente para que a tabela deixe de ser vista como concorrencialmente neutra. Detaca-se, nesse sentido, os votos vencedores do Ex-Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65⁴⁴ e do Ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em âmbito Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78:

“entendo que a imposição de sanções por descumprimento a tabelas de preços é um forte indício de conduta anticompetitiva, revelando não só a possibilidade de impactos no mercado relevante, falseando a livre concorrência, como também a intenção ilícita do sindicato ou da associação que, embora seja relevante para fixar as penas, também pode servir indiretamente para demonstrar os possíveis efeitos.” (Voto do Ex-Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65)

“no caso em concreto, conforme já sobejamente demonstrado, é flagrante o caráter impositivo da tabela divulgada, porquanto o Representado não somente informa a seus associados de sua existência, como ameaça de punição àqueles que a desrespeitarem, por intermédio de seu Código de Ética. Tal fato contribui para a análise da gravidade da conduta, na medida em que demonstra de maneira inequívoca a intenção do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região em restringir a concorrência.” (Ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer - Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78)

⁴² Voto do Conselheiro Relator, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, proferido na Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65, de 11 de novembro de 2009. Representante: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto. Representada: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo. p. 10

⁴³ Julgado em 19 de janeiro de 2005. Representante: CIEFAS. Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará (COOPANEST-CE). p. 16

⁴⁴ Representante: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto; Representado: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas/SP – SEAFESP. P. 10.

2.7.2. *A promoção de boicotes e paralisações de serviços para forçar a implementação da CBHPM*

144. O conjunto probatório dos autos demonstra a intensa participação dos Representados na coordenação do movimento para a implantação da CBHPM por meio da incitação dos médicos à **realização de boicotes, paralisações ou descredenciamentos coletivos junto a operadoras de planos de saúde** que se recusassem a adotar a CBHPM como padrão de honorário.

145. A evidenciar as condutas das Representadas, examinam-se trechos de panfletos e cartas encaminhados pela Comissão Estadual para Implantação da CBHPM:

- Informe das entidades Representadas, publicado no Diário do Grande ABC, em 08 de agosto de 2004, que comprova a atuação dos Representados, enquanto integrantes da Comissão Estadual para Implantação da CBHPM, como articuladores de recusa de contratar coordenada e descredenciamento em massa:

“Diário do Grande ABC – Política Grande ABC, de 08 de agosto de 2004

O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, atendendo solicitação da COMISSÃO DE HONORÁRIOS DO GRANDE ABC, vem tornar público o extrato da Ata de Assembléia Geral Permanente realizada em 29 de julho de 2004.

‘Reunidos em Assembléia Geral Permanente no dia 29 de julho de 2004, (...) tendo como pauta o processo de implantação da CBHPM (...), os médicos do Grande ABC assim deliberaram?’

- i. (...)
 - ii. *Descredenciamento coletivo dos planos: Saúde ABC, SIM, SEISA, LIFE Empresarial e Itálica, a ser oficialmente comunicado o Conselho Regional do Estado de São Paulo;*
 - iii. *Os demais planos suspensos, caso não haja acordo, serão incluídos no descredenciamento coletivo a ser definido na próxima Assembléia (...)” (fl. 417)*
- Extrato de Ata da Assembleia Geral dos Médicos realizada em 20 de julho de 2004 (fls. 448 a 450), comunicando aos médicos a decisão de atender beneficiários de seguros de saúde apenas mediante reembolso:
“A partir de 20 de julho, os médicos atenderão aos usuário de vários planos de saúde somente pelo sistema de reembolso. A decisão alcançará, por enquanto, todas as seguradoras de planos de saúde que atuam na cidade de São Paulo e que, em seus contratos com os usuários, já prevêem a possibilidade de reembolso (...). A ampliação para outros planos de Medicina de Grupo, Cooperativas Médicas e de Autogestão não está descartada, se as negociações não forem bem sucedidas. Assim, a partir de 30 de julho, os médicos de São Paulo atenderão aos usuários dessas empresas pelo sistema de reembolso. Será cobrado o valor da CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Serviços Médicos (R\$ 42,00 a consultai)”

- Panfleto elaborado pelos Representados (fl. 667 – grifos nossos), em que comunicaram à classe médica as deliberações da Assembleia Geral dos Médicos realizada em 15 de junho e a intenção de paralisar o atendimento como forma de pressionar os convênios a adotar a CBHPM:

“Médicos de Guarulhos decidem aderir ao movimento pela implantação da CBHPM

Na próxima assembléia, que será realizada no dia 6 de julho, decidiremos como vamos organizar o movimento e deliberaremos sobre a paralisação do atendimento aos convênios que não responderem positivamente até a data da assembléia. A assembléia também deliberou o litígio ético: quem não acatar as decisões das assembléias que são soberanas, infringirá o código de ética, podendo ser denunciado ao CRM”

- Carta aos médicos da capital, enviada pelo SIMESP, em que propõe realização de boicotes às operadoras que não adotarem a CBHPM (fl. 685):

“Os médicos da capital decidiram paralisar o atendimento a oito seguradoras, além da Golden Cross (que é medicina de grupo). (...) As seguradoras e a Golden Cross prevêem reembolso em contrato. (...) O paciente deverá pagar o valor de R\$ 42 e buscar ressarcimento nos planos de saúde”

- Notícia publicada na página eletrônica do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, que noticia que o descredenciamento foi, de fato, utilizado como estratégia para pressionar as operadoras de planos de saúde:

*“Apesar dos dados revelarem a vitória da capacidade de articulação de classe [80% dos planos de saúde adotaram a CBHPM], muito ainda há que ser feito. De acordo com determinação da última assembléia, **mais dois planos serão descredenciados nos próximos dias**, Golden Cross e Samp. Ao todo, agora são seis operadoras na mesa situação: Amil, Asmédica, Medial e Só Saúde, além das duas recentes” (fl. 547 – grifos nossos)*

- Notícias dos boicotes publicadas em Jornais de São Paulo:

- i. *“Os médicos de São Paulo decidiram suspender a prestação de serviços a planos de saúde no próximo dia 30 de julho por tempo indeterminado. (...) O usuário que precisar realizar consultas terá de pagar ao médico, no ato, R\$ 42,00 e pedir reembolso às empresas. (...) Descredenciamento é opção. O presidente da Associação Paulista de Medicina (APM), José Luiz Gomes do Amaral, disse que a entidade optou pela paralisação porque os clientes poderiam recorrer ao reembolso. ‘Mas estamos estudando uma maneira diferente de atingir as medicinas de grupo’, disse ele, acenando com a possibilidade de punir as empresas com o descredenciamento de médicos. (...) A paralisação foi, disse ele, uma medida de alertar às empresas que se recusam a aceitar ou a discutir a CBHPM” (Gazeta Mercantil, 22 de julho de 2004, fl. 02)*
- ii. *“José Luiz Gomes do Amaral, presidente da APM (...), informou que o boicote visa todos os procedimentos, de consultas a cirurgias. De acordo com o*

presidente, uma carta será enviada a todos os médicos da cidade de São Paulo com orientações de como proceder no boicote. A idéia é cobrar do usuário no mínimo o valor de referência que defendem os médicos para os procedimentos – são R\$ 42 para a consulta.” (Folha de São Paulo, 24 de junho de 2004, fl. 07)

- iii. *“Para o vice-presidente da AMB e diretor da Associação Paulista de Medicina, José Luiz Gomes do Amaral, a ampliação da suspensão para outros planos não está descartada se negociações não forme abertas. – Essa pressão é para agilizar a implantação da tabela de Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos (CBHPM) e estabelecer o valor de R\$ 42 por consulta” (Jornal do Brasil, 22 de julho de 2004, fl. 03)*
- iv. *“O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo realizaria uma reunião ontem à noite com o objetivo de convencer clínicas e hospitais a aderir ao boicote contra oito seguradoras de saúde” (Folha de São Paulo, 3 de agosto de 2004, fl. 18)*
- v. *“O presidente do Sindicato dos Médicos do Estado de São Paulo (Simesp), José Erivalder Guimarães de Oliveira, argumentou que as empresas de medicina de grupo foram incluídas no protesto, apesar de desobrigadas por lei a oferecer reembolso a seus segurados” (O Estado de S. Paulo, 3 de agosto de 2004, fl. 19)*

123. Algumas entidades representantes das operadoras de planos de saúde manifestaram-se nos autos relatando os movimentos coordenados de descredenciamento em massa para forçar a adoção da CBHPM. Destaca, nesse sentido, manifestação da Porto Seguro Saúde, em 03 de outubro de 2005, que aduz: *“a Porto Seguro Saúde foi atingida por este movimento, que visa estabelecer valores uniformes de remuneração pelos procedimentos médicos prestados, pontualmente, na Grande São Paulo e principalmente na Baixada Santista, tendo em vista a paralisação de atendimentos aos nossos segurados” (fl. 1152).*

146. Verifica-se, portanto, que são fartas as evidências constantes nos autos que demonstram a atuação da Comissão Estadual de Honorários Médicos de São Paulo, composta por CREMESP, APM e SIMESP, para pressionar as operadoras de planos de saúde a reajustar os valores pagos com base na CBHPM, com ameaças de descredenciamento em massa.

147. O rompimento de contratos e a cessação na prestação de serviços são lícitos quando expressão da vontade individual do profissional. Entretanto, quando esta decisão parte de uma atitude concertada, acordada pelos médicos ou conduzida pelas entidades de classe, como estratégia de negociação com potenciais efeitos lesivos aos consumidores, há violação à dinâmica concorrencial do mercado.

148. Frise-se, também, que uma paralisação jamais poderia utilizar meios coercitivos para obrigar algum profissional a aderir a um movimento coletivo paredista. Da forma como feitas, as paralisações e descredenciamentos em bloco, liderados pelas entidades

médicas representadas, se distanciam significativamente do exercício legítimo de algum tipo de direito de negociação coletiva.

149. Em sua defesa, as entidades profissionais Representadas comumente argumentam que as tratativas coletivas restam como consequência inafastável dos direitos que lhes são assegurados pela Constituição Federal, figurando tais entidades supostamente como legitimadas à busca por melhores condições de trabalho à respectiva classe profissional e autorizados à realização de boicotes, pois seriam estes equiparados aos movimentos de greve.

150. Contudo, o exercício constitucionalmente resguardado de que entidades e associações profissionais tutelem o interesse de seus associados não confere a essas entidades prerrogativas para orquestrar a suspensão em massa dos atendimentos médicos aos planos de saúde, ferindo gravemente o direito do consumidor e até mesmo a liberdade profissional, uma vez que disposições do código de ética médica à época dos fatos compeliavam os médicos a aderir obrigatoriamente às reivindicações da categoria.

2.7.3 A punição ou ameaça de punição aos médicos que não aderissem aos valores da CBHPM e/ou aos boicotes

151. O conjunto probatório colhido no presente feito aponta claramente para o fato de que a CBHPM consubstancia-se como uma tabela de honorários mínimos, obrigatória a toda a classe médica paulista, ao menos à época da mobilização das entidades médicas para a sua implantação. Observemos detidamente a seguir as provas colhidas por essa Superintendência, que demonstram inequivocamente a percepção das entidades médicas da obrigatoriedade da CBHPM.

124. A evidenciar as condutas das Representadas, destacam-se os comunicados e informativos veiculados pelas entidades médicas representadas, que divulgavam a sujeição dos profissionais não alinhados a processo ético-disciplinar, senão vejamos:

- ***“CREMESP, SIMESP, ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA***

Médicos de Guarulhos decidem aderir ao movimento pela implantação da CBHPM (...)

Na próxima assembléia, que será realizada no dia 6 de julho, decidiremos como vamos organizar o movimento e deliberaremos sobre a paralisação do atendimento aos convênios que não responderem positivamente até a data da assembléia. A assembléia também deliberou o litígio ético: quem não acatar as decisões das assembléias que são soberanas, infringirá o código de ética, podendo ser denunciado ao CRM” (fl. 667, grifo nosso)

- ***“O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, atendendo solicitação da COMISSÃO DE HONORÁRIOS DO GRANDE ABC, vem tornar público o extrato da Ata de Assembléia Geral Permanente (...)***

tendo como pauta o processo de implantação da CBHPM (...), os médicos do Grande ABC assim deliberaram:

iv. *Descredenciamento coletivo dos planos: Saúde ABC, SIM, SEISA, LIFE Empresarial e Itálica, a ser oficialmente comunicado o Conselho Regional do Estado de São Paulo;*

v. *Os demais planos suspensos, caso não haja acordo, serão incluídos no descredenciamento coletivo a ser definido na próxima Assembléia (...)*

As decisões das Assembléias são soberanas, não cabendo a esta Entidade questioná-las ou referenciá-las. O papel do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo no Movimento Médico é de apoio e garantia para que o processo ocorra dentre dos ditames da Ética” (fl. 417, grifo nosso)

125. Note-se, ademais, que em diversas notícias publicadas em Jornais de São Paulo, algumas apresentando entrevistas com presidentes e demais representantes das entidades médicas de paulistas, confirmam a possibilidade de os CREMESP promoverem processos ético-disciplinares contra os médicos. Vejamos:

- *“Estado – O que pode acontecer ao médico que não aderir ao movimento? Amaral – O ato poderá ser considerado ilícito pelo Conselho Regional de Medicina(...) Estado – Existe alguma punição prevista para as infrações? Amaral – Na pior das hipóteses, o profissional pode até perder o direito de exercer a profissão. Mas espero que isso não aconteça” (Estado de S. Paulo, 30 de julho de 2004, fl. 14, grifos nossos)*
- O jornal Folha de São Paulo, em matéria publicada em 03/08/2004, informa que segundo secretário do CREMESP, ainda, *“os médicos são obrigados a aderir ao boicote. Ele cita o código de ética da categoria, que prevê que o profissional pode ser punido até com a perda do registro caso de posicione contra os movimentos”* (fl. 18, grifos nossos)
- O Jornal Estado de São Paulo publicou, na mesma data, as principais dúvidas dos profissionais e as orientações do movimento dos médicos:

O MOVIMENTO DOS MÉDICOS

Principais dúvidas dos profissionais

1 O que pode acontecer se eu não aderir ao movimento? O médico pode ser punido. O Artigo 78 do Código de Ética Médica diz o seguinte: é vetado ao médico posicionar-se contrariamente aos movimentos legítimos da área médica. De acordo com o Conselho Regional de Medicina, o boicote é legítimo porque foi decidido em assembleia.	não aderiu ao boicote, tenho de denunciá-lo? Mais uma vez, de acordo com o Código de Ética Médica, o profissional não pode acobertar alguém que se oponha a uma decisão legítima da classe médica. 2 O que devo fazer se sofrer pressão de alguma seguradora? O médico pode denunciá-la para o Conselho Regional de Medicina pelos telefones	(0xx11) 32595899/5576/5065/5906. O profissional pode ou não se identificar. 3 Posso aderir ao movimento se trabalho em hospital? Se o médico for terceirizado, sim. Se for contratado de hospital ou laboratório, deve seguir a orientação da empresa em que trabalha. Serviços de emergência dos hospitais (UTI, pronto-socorro e exames clínicos) estão fora
2 Se meu vizinho de consultório		

(Folha de São Paulo, 3 de agosto de 2004, fl. 20)

- “Pró-boicote, o CRM pressiona médicos. O Cremesp (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo) expedirá 80 cartas de esclarecimento a médicos denunciados pelos colegas que não aderiram ao boicote a seguradoras em curso na cidade de São Paulo. ‘Não é constrangimento, Mas ele pode ser punido. O Conselho só o fará se houver insistência (...)’, afirmou o presidente do Cremesp (...). Os 80 profissionais foram ‘denunciados’ pelos colegas que aderiram ao movimento. O Conselho pode punir até com cassação do registro aqueles que furarem os movimentos definidos em assembleia, como o da capital (...)”. (Folha de São Paulo, 13 de agosto de 2004, fl. 24)

126. A ameaça das entidades médicas paulistas se torna ainda mais crível quando se tem em conta que em diversos comunicados e notícias de jornais, os médicos eram incentivados a denunciarem aqueles profissionais que não estivessem cumprindo os valores instituídos na CBHPM ou atuassem em desconformidade com as Assembleias Gerais. Observe, abaixo, notícias de jornais sobre o movimento de implantação da CBHPM em São Paulo e os trechos de comunicados elaborados pelos Representados, in verbis:

- “80 mil cartas informam sobre boicotes em SP (...). O documento orienta os médicos a apontarem colegas que não tenham aderido ao movimento para que sejam esclarecidos pela liderança.” (Folha de São Paulo, 28 de julho de 2004, fl. 10, grifos nossos);

- *O Jornal Estado de São Paulo publicou, na mesma data, as principais dúvidas dos profissionais e as orientações do movimento dos médicos: (...) 2. Se meu vizinho de consultório não aderiu ao boicote, tenho de denunciá-lo? Mais uma vez, de acordo com o Código de Ética Médica, o profissional não pode acobertar alguém que se oponha a uma decisão legítima da classe médica*” (fl. 20, grifos nossos);
- *Ofício circular nº 070/04-PRES, de 22 de julho de 2004 (...)*

Sua presença e participação, não somente nas decisões da assembléia, mas também na implantação e fiscalização do cumprimento dessas decisões por todos os colegas, é essencial para o sucesso dessa luta (fl. 653).

127. As cartas nº 023/04-PRES e 027/04-PRES do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a médicos filiados, datadas de 11 de agosto de 2004, evidenciam que o CREMESP de fato adotou condutas para intimidar aqueles médicos que não adotaram a CBHPM como padrão mínimo de remuneração, *in verbis*:

- *“carta nº 023/04 – PRES, de 11 de agosto de 2004, do CREMESP: “Prezado doutor, chegou ao conhecimento deste Conselho Regional, por meio de comunicação da Associação Paulista de Medicina, que V.Sa. não está cumprindo as deliberações da Assembléia Geral dos Médicos da Cidade de São Paulo, realizada no dia 20 de julho p.p. Consideramos vossa participação neste movimento de luta na defesa da dignidade profissional muito importante. Nesse sentido, solicitamos de V. Sa. Manifestação em relação à comunicação acima referida, no prazo máximo de 5 (cinco) dias.” (fl. 727)”*
- *“carta nº 027/04 – PRES, de 11 de agosto de 2004, do CREMESP-SP ao Jorge Mitre: “Prezado doutor, chegou ao conhecimento deste Conselho Regional, por meio de comunicação da Associação Paulista de Medicina, que V.Sa. não está cumprindo as deliberações da Assembléia Geral dos Médicos da Cidade de São Paulo, realizada no dia 20 de julho p.p. Consideramos vossa participação neste movimento de luta na defesa da dignidade profissional muito importante. Nesse sentido, solicitamos de V. Sa. Manifestação em relação à comunicação acima referida, no prazo máximo de 5 (cinco) dias.” (fl. 729)”*

128. Trechos da Ata da Assembleia Geral de Médicos, a qual as cartas supracitadas fazem referência, de 20 de julho de 2004, deliberava sobre o movimento médico para implantação da CBHPM e decidia que *“a partir de 30 de julho, os médicos atenderão aos usuários de vários planos de saúde somente pelo sistema de reembolso. A decisão alcançará, por enquanto, todas as seguradoras de planos de saúde que atuam na cidade de São Paulo e que, em seus contratos com os usuários, já prevêem a possibilidade de reembolsos (...). A ampliação para outros planos de Medicina de Grupo, Cooperativas Médicas e de Autogestão não está descartada, se as negociações não forem bem sucedidas. (...) Será cobrado o valor da CBHPM - Classificação Brasileira Hierarquizada de Serviços Médicos (R\$ 42,00 a consulta) e será fornecido recibo para que os pacientes possam solicitar ressarcimento, às operadoras, dos valores de consulta e demais procedimentos”* (fls. 448).

129. Nesse contexto, conforme se depreende da análise da carta supracitada e tendo em vista as decisões da Assembléia Geral de Médicos, o CREMESP de fato buscou coagir aqueles profissionais médicos que não boicotaram as seguradoras de saúde.

130. Destaca-se, nesse sentido, que o CREMESP poderia utilizar os artigos 15, 77 do Código de Ética Médica como subsídio normativo para a instauração de processos administrativos contra médicos que decidem não participar de movimentos para negociações de melhor remuneração, ou dos boicotes organizados pelas entidades médicas às operadoras de planos de saúde.

“Art. 15º - Deve o médico ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração condigna, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico.

É vedado ao médico:(...)

Art. 77 - Assumir emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.”

131. Dessa forma, se um médico decidisse manter o atendimento a uma operadora de planos de saúde contra a qual insurgira-se o movimento de implantação da CBHPM, poderia sofrer um processo de infração ao Código de Ética Médica, com base no Artigo 15. Além disso, caso algum médico decidisse se conveniar a alguma operadora que teria sua rede credenciada desfalcada devido a movimento de boicotes, poderia sofrer sanções de acordo com o Artigo 77 do Código de Ética Médica. Assim, mesmo aqueles médicos que não tinham interesse em aderir o movimento de implantação da CBHPM se viram impelidos a fazê-lo sob pena de sofrerem sanções éticas.

132. De fato, foi constatado que diversos processos de infração ética instaurados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo que investigaram condutas classificadas nos artigos acima citados. Observemos alguns trechos de atas juntadas ao feito, *in verbis*:

- Ata da nona sessão plenária do ano de 2003, realizada nos dias 10 a 13 de setembro:

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8176-184/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional seja por remuneração condigna, seja por condições de trabalho ético-profissional da medicina e seu aprimoramento técnico.” Grifo nosso (fl. 1691)

“12) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8244-196/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) **INFRAÇÃO AOS ARTIGO 4º, 77 E 78 DO CEM: (...) ASSUMIR EMPREGO, CARGO OU FUNÇÃO SUCEDENDO A MÉDICO DEMITIDO OU AFASTADO EM REPRESÁLIA A ATITUDE DE DEFESA DE MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA OU DA APLICAÇÃO DESTES CÓDIGOS. - POSICIONAR-SE CONTRARIAMENTE A MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS UNIFORMES. (...) III – Descumpra o Código de Ética Médica, o médico que se coloca contrário a movimentos legítimos da categoria, participando e assumindo cargo de chefia em programas de saúde de má qualidade**” Grifo nosso (fl. 1693)

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8173-181/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) **INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)**” Grifo nosso (fl. 1693 a 1694)

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8178-186/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) **INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)**” Grifo nosso (fl. 1694)

- Ata da décima sessão plenária do ano de 2003, realizada nos dias 04 a 08 de novembro:

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8171-179/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) **INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)**” Grifo nosso (fl. 1671)

- Ata da décima primeira sessão plenária do ano de 2003, realizada nos dias 10 a 13 de dezembro:

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8181-189/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) **INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS**

MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)”.

“III – Descumpre o Código de Ética Médica, o médico que se coloca contrário a movimentos legítimos da categoria, participando e assumindo cargo de chefia em programas de saúde de má qualidade, em detrimento de seus colegas” Grifo nosso (fl. 1659).

- Ata da terceira sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 11 e 12 de março:

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8172-180/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)”Grifo nosso (fl. 1621).

- Ata da quarta sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 14 a 16 de abril:

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8185-193/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...) 03) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8179-187/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (fls. 1612 e 1613) (...)

12) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 2849-087/02 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) POSICIONAR-SE CONTRARIAMENTE A MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS UNIFORMES. (...) III – O médico deve ter respeito a seus colegas e apoiar os movimentos legítimos da classe” (fl. 1614)

- Ata da quinta sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 12 a 15 de maio:

2) *PROCESSO ÉTICO PROFISSIONAL CFM Nº 0565-011/02 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, 77 E 78 DO CEM: AO MÉDICO CABE ZELAR E TRABALHAR PELO PERFEITO DESEMPENHO ÉTICO DA MEDICINA E PELO PRESTÍGIO E BOM CONCEITO DA PROFISSÃO. – ASSUMIR EMPREGO, CARGO OU FUNÇÃO, SUCEDENDO A MÉDICO DEMITIDO OU AFASTADO EM REPRESÁLIA A ATITUDE DE DEFESA DE MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS. (...) III - Descumpre o Código de Ética Médica, o médico que se coloca contrário a movimentos legítimos da categoria, participando e assumindo cargo de chefia em programas de saúde de má qualidade (...)* (fl. 1599).

133. Apesar de não ser possível afirmar, da análise desses trechos transcritos, que os Procedimentos ético-disciplinares supra-citados são resultantes de condutas de médicos que não apoiaram a implantação da CBHPM, pode-se concluir que o CREMESP, de fato, utilizou-se desses artigos do Código de Ética Médica para instaurarem sindicâncias e, eventualmente, punirem médicos que “se colocaram contrários a movimentos legítimos da categoria”.

134. Destaca-se, ainda, que em petição, datada de 24 de abril de 2012, o CREMESP informou que à época da implantação da CBHPM, foram instauradas 242 (duzentas e quarenta e duas) sindicâncias (fl. 1905) contra médicos que não aderiram ao boicote, sendo 10% delas acostadas às fls. 1902/2604. Diversas sindicâncias foram iniciadas em razão de denúncias das demais entidades Representativas médicas, como o Sindicato dos Médicos e a Associação Paulista de Medicina, em função de médicos e/ou clínicas não aderirem ao movimento para implantação da CBHPM (fl. 1922, fl. 1932, fl. 2000, 2038, 2084).

135. O CREMESP informa que todas as sindicâncias foram arquivadas em fase de investigação preliminar e não resultaram Processo Ético-Profissional. No entanto, é importante ressaltar que, para que os efeitos anticoncorrenciais de uma tabela obrigatória se consubstanciem no mercado, não é necessário que haja uma instauração de processos éticos disciplinares, em que uma punição seja determinada aos médicos que não aderiram às decisões do movimento para implantação da CBHPM. **A mera ameaça de instauração de sindicâncias e processos éticos disciplinares, terá como consequência provável a adesão dos médicos aos ditames do movimento. Portanto, a mera ameaça, em um contexto de insegurança jurídica, já teria consequências anticompetitivas potenciais.**

152. Dessa forma, ao determinarem a obrigatoriedade de cumprimento dos patamares mínimos fixados pelas entidades médicas nacionais ameaçando denunciar e instaurar processos disciplinares contra aqueles profissionais que não respeitassem os valores definidos na CBHPM, o CREMESP e demais entidades regionais que atuavam no contexto da Comissão Estadual de Honorários Médicos **tornaram a Classificação Hierarquizada uma tabela de preços mínimos obrigatória**. Assim, formaram no mercado um verdadeiro bloco impermeável às pressões competitivas, visto que mesmo aqueles médicos que não quisessem participar do movimento de implantação da CBHPM eram impelidos a isso, devido à possibilidade de sofrer sanções éticas. As operadoras, por sua vez, eram ameaçadas com o descredenciamento em massa dos médicos que compunham a sua rede de prestadores caso se recusassem a adotar a CBHPM.

153. Os Representados eliminaram, desta forma, a possibilidade de contratações sob condições variadas, isto é, que as negociações entre médicos e operadoras fossem feitas dentro das condições entendidas como adequadas por ambas as partes, forçando os médicos a romper contratos de prestação de serviços, não deixando qualquer alternativa para as operadoras.

2.6.4. Conclusões preliminares sobre a conduta

154. Conforme se depreende da análise efetuada até o momento, o que se verifica é que as entidades ora Representadas, utilizando-se de suas prerrogativas representativas, de seu poder de mercado (que atinge a totalidade da classe médica no Estado) e de seu poder de coerção sobre os médicos associados – embora buscando, parcialmente, um objetivo legítimo, na forma de melhores condições de trabalho e remuneração a uma classe de importância sócio-econômica vital –, acabaram por promover uma efetiva prática concertada entre profissionais autônomos e, mais importante, concorrentes, no sentido explicitamente reconhecido de obter preços mais altos pela prestação de seus serviços.

155. Trata-se, de fato, da promoção de uma conduta colusiva, na medida em que teve por escopo, justamente, substituir um modelo de concorrência entre médicos na prestação de seus serviços por um modelo em que as condições e preços dos serviços são atingidos não por meio de um equilíbrio concorrencial de oferta e procura que garanta a prática de preços de mercado, mas sim por meio da exigência uniforme de um preço mais alto determinado coletivamente.

156. Tal como ocorre em um cartel, tal conduta tem como consequência necessária efeitos sobre os consumidores e a população em geral, na forma de preços mais altos repassados pelas operadoras em razão do aumento de custos representada pela remuneração a maior artificialmente exigida pelas Representadas, sem falar nos prejuízos advindos de boicotes de longo prazo, paralisação de serviços e descredenciamento conjunto de planos de saúde.

157. Os beneficiários de planos de saúde, nos períodos de descredenciamento em massa, para obter atendimento médico, são instados a realizar pagamentos diretos aos prestadores de serviços médicos e hospitalares, mesmo estando em dia com as mensalidades do plano de assistência suplementar. As entidades médicas costumam aduzir que os boicotes não teriam efeitos sobre os consumidores, pois os prestadores de serviços emitem notas para que os pacientes solicitem reembolso às operadoras de planos de saúde. Contudo, são poucos os planos que cobrem despesas fora da rede credenciada, permitindo, portanto, que os consumidores se beneficiem de algum tipo de reembolso. Além disto, mesmo quando o reembolso efetivamente existe, no médio prazo, o preço do plano de saúde irá incorporar a elevação do custo do serviço médico, o que acaba afetando novamente o próprio consumidor. Dessa forma, como resultado das paralisações de atendimento, o consumidor, elo mais fraco da relação, acabará sempre incorrendo em maior gasto com saúde.

158. As condutas das Representadas relatadas no bojo do presente Processo Administrativo inverteu a relação de hipossuficiência entre médicos e operadoras de planos de

saúde, implicado poder de barganha excessivamente alto para as entidades representativas médicas, possibilitando a fixação de preços mínimos e os efeitos anticompetitivos decorrentes dessa prática no mercado. Por isso, aceitar como legítima a conduta das Representadas significa, efetivamente, aceitar a substituição de um regime de livre concorrência por um regime monopolista, no qual o preço formado será, em regra, o mais alto possível, inflando os custos com procedimentos médicos para saúde suplementar.⁴⁵

159. Além disso, os mercados que apresentam alta concentração, como o de planos de saúde, apresentam incentivos para que as empresas, ao enfrentar preços de insumos maiores, repassem o aumento de custos para o consumidor final. Dessa forma, a conduta das Representadas poderá resultar em uma transferência de bem-estar dos beneficiários, que incorrerão em preços de planos de saúde maiores, para a classe médica. Outro potencial efeito negativo é que, no equilíbrio dinâmico, o encarecimento da assistência suplementar expulsará os beneficiários mais pobres que não terão renda suficiente para consumir planos de saúde. Tais pacientes voltarão a ser atendidos pelo SUS, o que resultará em maiores gastos governamentais em saúde.

160. Conforme demonstrada, a promoção de tal prática concertada pelas Representadas ocorreu, em suma:

- (i) primeiramente, por meio da fixação de uma tabela de honorários mínimos a serem seguidos de forma uniforme por todos os médicos concorrentes no Estado;
- (ii) depois, por meio da promoção de paralisações, boicotes e ameaças de descredenciamento coletivo, de forma a obrigar as operadoras a absorverem os preços artificialmente fixados; e
- (iii) concomitantemente, pela utilização efetiva de uma estratégia de coerção e punição que obrigou todos os médicos a aderirem ao movimento colusivo, de forma a garantir a efetividade da conduta uniforme.

161. Por tudo quanto aqui exposto, o CADE não ignora o poder de mercado das operadoras de saúde e a sua capacidade, muitas vezes, de ditar condições remuneratórias e qualitativas à classe médica. Não se pode olvidar que já passaram e ainda passam por este Conselho diversos casos que visam a coibir infrações à ordem econômica por parte de planos de saúde, cujos abusos relacionados à sua posição dominante também são alvo de preocupação e atuação do órgão antitruste.

162. Do modo como conduzidas, porém, as práticas e formas de negociação utilizados pelas Representadas tratam-se, por tudo quanto exposto, de condutas

⁴⁵ Vale lembrar que mercados caracterizados por monopólios naturais (ex: transmissão de energia elétrica), em regra, sofrem regulação do Estado, justamente para, entre outros objetivos, evitar a formação, que naturalmente ocorreria, de um preço de monopólio (o mais alto possível). No presente caso, não seria razoável aceitar que um mercado não caracterizado por um monopólio natural, mas sim por um regime de livre concorrência, fosse monopolizado, permitindo-se a formação de preços de monopólio fatalmente repassados aos consumidores. Não por outro motivo, a conduta de cartel é considerada a mais grave prática antitruste, sendo ilegal na maior parte dos países e no Brasil.

flagrantemente ilegais, na medida em eliminam por completo a livre concorrência e a livre iniciativa constitucional e legalmente garantidas, em grande prejuízo dos consumidores brasileiros.

163. Não é por outro motivo que as condutas aqui reprovadas também são rechaçadas por autoridades de outros países, com histórico de discussões profundas sobre o tema, podendo mecanismos de associação e de negociação coletiva legítimos ser empregados sem o mesmo potencial de danos⁴⁶.

2.8 Entendimentos do Poder Judiciário sobre a CBHPM e sua implementação

136. Em diversas oportunidades ao longo deste Processo, as entidades Representadas argumentaram que o Poder Judiciário já teria se manifestado no sentido de que a CBHPM seria uma tabela lícita.

137. Para sustentar tal afirmativa, os defensores da CBHPM geralmente citam, por exemplo: (i) o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Mandado de Segurança 3461-8-DF; (ii) a decisão da antecipação de tutela da Ação Civil Pública nº. 2004.36.00.010091-0; e (iii) processo nº. 2005.50.01.005245-2 da 3ª Vara Federal do Espírito Santo; entre outras decisões judiciais⁴⁷.

138. Tais precedentes, data máxima vênua, não são aplicáveis e não servem para demonstrar a licitude da conduta das representadas.

139. Com efeito, o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Mandado de Segurança 3461-8-DF foi vencido pelos demais membros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que compreendeu que a Secretaria Nacional de Defesa Econômica, à época, conforme disposição da Lei 8.158/91 não tinha poderes ou competência para exarar uma medida preventiva. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo momento,

⁴⁶ Destaca-se, nesse sentido, as experiências das jurisdições dos Estados Unidos, Austrália e Irlanda, por exemplo, cujos entendimentos convergem nos seguintes pontos: i) as negociações e as definições dos valores dos procedimentos médicos para o mercado de saúde suplementar devem observar os preceitos do livre mercado, sem influência de práticas concertadas de fixação de preços; os acordos ou recomendações, mesmo não obrigatórias, que tenham como resultado o estabelecimento de valores mínimos devem ser evitados, sob pena de infringir os ditames legais da defesa da concorrência; ii) os boicotes coordenados por médicos ou entidades representativas ofendem a liberdade de concorrência e são por isso ilegais. Fonte: The Competition Authority, *Guidance in respect of Collective Negotiations relating to the Setting of Medical fees*, 2005, Irlanda. Australian Competition and Consumer Commission, *Guide to the Trade Practices Act for the health sector*, 1995, Austrália; *Setting your fees straight*, 2004; <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/575152>; *Cutting a deal – what doctors need to know about collective negotiations*, 2005. Statements Of Antitrust Enforcement Policy In Health Care. Disponível em: <http://www.ftc.gov/bc/healthcare/industryguide/policy/index.htm>.

⁴⁷ Cita-se, aqui, como exemplo o AgRg no Recurso Especial 663.179 – DF. Este precedente, também, não pode ser utilizado como parâmetro para demonstrar a licitude da campanha em favor da CBHPM. Com efeito, tratou-se de um precedente em que o STJ não viu pré-questionados alguns itens específicos do recurso, motivo pelo qual não o conheceu. Mesmo assim, adentrando no mérito, compreendeu o STJ que haveria mera “recomendação” para adoção da tabela da AMB, não havendo coerção ou coação de médicos para imposição da referida tabela. Diferentemente, no presente caso, houve sim, efetivamente, coerção de médicos para adoção da CBHPM, conforme demonstrado ao longo desta nota, via possibilidade de aberturas de processos éticos contra médicos que não aderissem ao movimento de paralisação referido.

reconheceu que a Lei 8.884/94 previu expressamente tal competência, não havendo óbice, após a promulgação da Lei 8.884/94, que se adotasse qualquer medida preventiva por parte do órgão instrutor na seara antitruste.

140. Frise-se que mesmo o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, que teoricamente suportaria a visão dos defensores da CBHPM, alega que a tabela médica que estava analisando não continha *“qualquer norma de conduta. Tampouco, comina sanção para quem não observar os valores recomendados”*. Conforme verificado ao longo destes processos, estes pressupostos não estão presentes neste caso, visto que houve coerção de médicos, via possibilidade de abertura de processos éticos contra aqueles que buscassem se desviar do movimento de paralisação aventado.

141. De outra sorte, a Ação Civil Pública nº. 2004.36.00.010091-0 (conexão ao proc. nº. 2004.36.00.009687-0), da 1ª Vara Federal do Mato Grosso, movida Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina-CRM/MT, Sindicato dos Médicos do Estado do Mato Grosso/MT, Associação Médica do Mato Grosso/MT, também não serve de suporte à tese dos representados. Se em um primeiro momento, o Juiz reconheceu na antecipação de tutela a licitude da prática das representadas, de 25 de abril de 2005, é também verdade que a referida decisão foi modificada em 2009, quando o Poder Judiciário, ao ter a oportunidade de julgar o caso, por meio de uma análise exauriente de mérito, compreendeu que o ordenamento jurídico não permite imposição de tabelas de honorários médicos por parte do CRM. Assim, determinou que o CRM se abstenha de impor a tabela CBHPM, ou qualquer outra que venha a substituí-la nesse propósito e instaurar qualquer procedimento administrativo disciplinar contra médicos pela não aplicação da referida tabela. Ressaltou-se que *“Não é atribuição legal do CRM impor tabelas de honorários, revela-se de todo descabida a interferência do CRM em assunto que diga exclusivamente aos médicos e empresas do setor de planos e seguros de saúde, seja direta ou indiretamente.”*⁴⁸.

142. Outro julgado mencionado, por exemplo, é a sentença proferida nos autos do processo nº. 2005.50.01.005245-2 da 3ª Vara Federal do Espírito Santo movido pelo MPF em face do CFM e CRM/ES. Ocorre que, diferentemente do que afirmam os defensores da CBHPM, tal caso não ratifica a legalidade da CBHPM. Pelo contrário, o julgado dispõe que não haveria óbice da CBHPM existir como referência, mas não seria possível adotá-la como “padrão ético” sob pena de investigação disciplinar. O TRF da 2ª Região, na Apelação Cível 421251 em semelhantes termos manteve a decisão do Juiz singular.

143. Não obstante sempre existir a possibilidade, em um processo democrático, do Poder Judiciário apresentar posicionamentos díspares a respeito dos mais diversos assuntos, no presente caso há uma miríade de decisões que apontam de forma uníssona no sentido do caráter abusivo relacionado ao caráter obrigatório da CBHPM, bem como da possibilidade do CADE poder investigar estas práticas.

144. A este respeito, é relevante notar o posicionamento do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, no âmbito das decisões dos agravos que a União apresentou

⁴⁸ Diário da Justiça Federal da Primeira Região – Seção Judiciário do Estado de Mato Grosso - e-DJF1 AnoII / N. 122 Divulgação: 13/07/2009 Publicação: 14/07/2009

contra ações Judiciais apresentadas pelo CFM (0029461-66.2011.4.01.0000), a AMB (0030649-94.2011.4.01.0000/DF) e a FENAM (0030650-79.2011.4.01.0000).

“ A exegese dos artigos acima transcritos não conduz ao entendimento de que a atuação da SDE se restringe, apenas, às atividades desenvolvidas por empresas, como ficou consignado na decisão agravada. Ao contrário, conclui-se que o legislador, com o intuito de municiar o Poder Público com os instrumentos e as prerrogativas capazes de coibir as infrações à ordem econômica, ampliou, ao máximo, o leque de pessoas e entidades cujas atividades, quando potencialmente danosas à ordem econômica, ficam sujeitas à fiscalização pelos órgãos competentes. O único pressuposto para atuação da SDE, a meu ver, é que a atividade fiscalizada seja desenvolvida por quem tenha a capacidade de interferir no equilíbrio do mercado de bens e de serviços. Resta saber, se, na hipótese, as entidades médicas, entre elas a FENAM, podem ser classificadas como agente econômico, para fins de atuação da SDE.

(...)

Não há como negar, contudo, que, exercendo o médico profissão das mais relevantes na sociedade, busca ele também remuneração pelos seus serviços, mediante a cobrança de honorários que remunerem, de forma justa, a atividade desempenhada. Não se pode olvidar, também, que, num país em que grande parte da população tem acesso, apenas, à assistência médico-hospitalar oferecida pelo Governo, via SUS, e que, por outro lado, enfrenta enorme carência de profissionais de saúde, o sistema privado de saúde se transformou num verdadeiro nicho da economia voltado para as classes mais bem remuneradas, ou até mesmo para as menos abastadas, mas que preferem fazer sacrifícios financeiros para poderem usufruir de facilidades oferecidas pela rede particular de assistência médico-hospitalar. Os tomadores dos serviços dessa rede particular constituem o universo de milhões de consumidores dos serviços prestados pelos médicos e hospitais particulares e que, independentemente da forma jurídica com que os profissionais se organizem, seja como empresa, seja como profissional liberal individual, podem sofrer danos em virtude de eventual prática abusiva do que se pode chamar de mercado da saúde. Dessa forma, eventual prática abusiva que venha a ser praticada pela Fenam ou por qualquer outra entidade representativa da classe médica, e que traga reflexos para os beneficiários de planos de saúde como, por exemplo, a cobrança de adicional sobre o valor das consultas e procedimentos médicos, ou a deflagração de movimento de paralisação na oferta dos serviços pelos profissionais credenciados pelas operadoras de planos de saúde, não podem ficar à margem de atuação da SDE, porquanto podem trazer sérias repercussões na relação contratual estabelecida entre médicos, operadoras de saúde e usuários.

Conclui-se, pois, pela ausência de mácula na instauração de procedimento administrativo no âmbito da SDE, para apuração de suposta prática abusiva da Fenam que venha a trazer reflexos danosos na relação entre médicos e usuários de planos de saúde.”

145. No mesmo sentido, também é possível citar a sentença proferida nos autos do processo nº. 2004.34.00.015795-1⁴⁹, da 22ª Vara Federal do Distrito Federal, movido pela Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda e pela Hapvida Assistência Médica em face do Conselho Federal de Medicina, que declarou nula a Resolução nº. 1673/03 do CFM, *in verbis*: “A resolução (...) ao impor a tabela de honorários aos planos de saúde, configura ato que invade ilicitamente as relações entre os membros da classe e as empresas operadoras de saúde coletiva que têm como objeto a prestação ou a garantia dos serviços médicos.”;

146. Também, a sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.41.00.005432-8⁵⁰, da 3ª Vara Federal de Porto Velho, movida pelo Ministério Público Federal contra o CFM, o CRM-RO e a Associação Médica de Rondônia sustentou a procedência do pedido de decreto da ilegalidade da Resolução nº 1.673/2003 do CFM, *in verbis*: “Outrossim, dela aflora maltrato à ordem econômica, à luz da Lei 8.884/94, artigos 15 e 23, III. Com ela, os Conselhos ensaiaram ingerência no mecanismo de livre formação de preços, em ordem a ensejar gravame à concorrência no mercado.” Tal decisão também foi amparada por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento⁵¹ impetrado pelo CRM-RO, em que o TRF da Primeira Região conclui que: “1 - Os Conselhos de medicina não podem impor tabela de honorários (CBHPM), sob pena de violação da liberdade contratual. 2 - Não se insere na competência do Conselho Federal de Medicina a edição de resolução que se consubstancie em coação aos profissionais da área verificada a partir de publicações em jornais, recomendado a suspensão de atendimento à população sob pena de processo disciplinar. 3 - Agravo de Instrumento não provido”.

147. Citam-se, também, as seguintes decisões:

- “MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO Nº 19/87, DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (STJ, RESP 8490/RJ, Rel. Min. PECANHA MARTINS, T2, maioria, DJ 27/09/1999, p. 68)
- O MM. Juiz Federal Substituto IVO ANSELMO HÖHN JUNIOR, da Seção Judiciária do Maranhão, deferiu antecipação de tutela, nos autos da AO nº 2004.37.00.002613-5, adiante distribuída à 6ª Vara/MA, ajuizada em 8 de abril de 2004 por Hapvida Assistência Médica Ltda contra Conselho Regional de Medicina - CRM/MA, que objetivava anular as Res. nº 001 e nº 003/2004 do CRM/MA, visto que tais resoluções impediriam os médicos maranhenses de atenderem aos usuários da autora se não

⁴⁹ O último andamento processual: recurso de apelação ao TRF 1ª Região pendente de análise.

⁵⁰ Último andamento processual: Recurso de apelação pendente de julgamento pelo TRF da 1ª Região.

⁵¹ AG 2004.01.00.058671-9/RO, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Conv. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (conv.), Sétima Turma, DJ p. 78 de 09/06/2006.

adotassem a CBHPM - Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos. Também, o TRF da 1ª. Região manteve a referida decisão, por ocasião do julgamento do Agravo Interno no Agravo 2004.01.00.020286-8/MA, distribuído no em 21/05/2004, cujo Processo na Origem é 200437000026135. Dentre os motivos da manutenção desta decisão, o TRF compreendeu que seria necessário manter a liberdade negocial dos médicos. Compreendeu que seria *"bastante censurável que, sob o pálio do que chama "liberdade", o ora agravante, longe da negociação, da discussão e do entendimento que devem nortear a necessária colaboração entre empresas administradoras de planos de saúde e os médicos – e colocando no meio do tiroteio o paciente –, o que atesta certa incapacidade de lidar com as controvérsias próprias da livre concorrência, tente constranger as empresas de saúde (...) a aceitar suas condições, levantando a bandeira da ética e da defesa do paciente para ocultar, em desrespeito à inteligência dos usuários"*. Entendeu-se que *"proibir os médicos de trabalhar (e os pacientes de serem atendidos) para forçar esta ou aquela administradora a aceitar suas condições é procedimento próprio daqueles que se recusam a dialogar, expondo argumentos que, sob a névoa da liberdade e do "prejuízo científico", tangenciam a chantagem, denotando estratégia negocial repugnante, tanto mais no campo da saúde. Como também seria qualquer tentativa congênere adotada pelas administradoras (alterações unilaterais)"*.

- Decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.33.00.013832-9⁵², da 13ª Vara Federal da Bahia, movida pelo Ministério Público Federal contra o CRM-BA e o CFM. A sentença julgou procedente o pedido e determinou a nulidade da Resolução 1.673/2003, pois considerou que a Circular CFM nº. 125/2004 *"apenas solicita o sobrestamento de apurações de infrações ligadas ao descumprimento da Resolução 1.673/2003, cuja declaração de invalidade é buscada neste feito, revelando o caráter apenas transitório e precário da suspensão dos seus efeitos jurídicos (...)"*.
- Sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.60.00.006852-8⁵³, da 1ª Vara Federal do Mato Grosso do Sul, subseção Campo Grande, movida pelo Ministério Público Federal contra o CFM e o CRM/MS. A Sentença sob fls. 2552 e seguintes dispõe que *"Não há previsão legal para que o CFM limite a atividade profissional do médico, determinando que proceda aos atendimentos somente mediante cobrança de um preço mínimo ora fixado pelo CFM. (...) O direito à saúde é uma garantia constitucional fundamental da pessoa humana que não pode ficar à mercê de uma política econômica desses Conselhos de Classe apenas porque os médicos não são remunerados pelos Planos de Saúde privados com os valores mínimos previstos na tabela CBHPM. Essa é uma luta justa, mas que deve ser travada entre a Classe Médica e os Planos de saúde privados; não podem os consumidores desses Planos, mesmo pagando pelos seus serviços, serem tolhidos do acesso à assistência médico-hospitalar porque os Conselhos não aceitam suas tabelas de preços. Ora, e ainda propagam que a medicina não é comércio!? Não se trata de*

⁵² Último andamento processual: Recurso de apelação pendente de decisão pelo TRF da 1ª Região.

⁵³ Último andamento processual: Recurso de apelação pendente de julgamento pelo TRF da 3ª Região.

infração à ordem econômica, à livre concorrência e ao livre exercício da profissão!? Mera falácia.”

148. Como se pode observar no arcabouço de decisões colacionadas acima, a controvérsia ora analisada sob o prisma da defesa da concorrência já fora abordada sob inúmeros enfoques no âmbito do Poder Judiciário, a reverberar a complexidade e a importância do tema à sociedade brasileira.

149. As decisões, ademais, denotam o desequilíbrio limítrofe vivenciado pelo setor de saúde suplementar no Brasil, a demonstrar a inexorável necessidade de uma intervenção séria e eficiente das mais diversas esferas do Poder Público, no sentido de oportunizar à população que possui condições de financiar um sistema privado de assistência à saúde o mínimo de confiabilidade na concretização deste seu direito fundamental.

2.9 A liderança de negociações coletivas junto às operadoras de planos de saúde para a discussão dos honorários médicos

164. A forma como os honorários são negociados entre os diferentes agentes faz parte de um tópico mais amplo, qual seja, o de “negociação coletiva”. Embora a mesma não seja vedada *per se*, é certo que as ferramentas utilizadas pelos representados para conseguir um balanceamento de forças, como já sobejamente afirmado em tópicos anteriores, via estipulação de tabelas com preços mínimos, obrigatórios, impostos por meio de boicotes, certamente foge do escopo do que seria uma negociação aceitável.

165. Neste aspecto, para repisar todos os tópicos já mencionados, constata-se ao longo dos autos fartas provas de que as entidades Representadas, em nome de toda a categoria médica e sob as vestes da Comissão Estadual de Honorários Médicos, conduziram negociações de honorários junto às operadoras de planos de saúde no Estado de São Paulo.

166. Com efeito, conforme se extrai do Relatório do Monitoramento de Mercado realizado pela SDE a partir de ofícios enviados às operadoras em janeiro de 2010, é habitual que as negociações de honorários sejam conduzidas, de um lado, por operadoras de planos de saúde ou por entidades que as representam e, do outro, por entidades representativas dos prestadores⁵⁴.

167. Em São Paulo, como destacado de forma detalhada anteriormente, atuavam como representantes dos médicos, intermediando as negociações com as operadoras de planos

⁵⁴ Destaca-se que as informações reunidas no referido documento não apontam para o cenário fático de um monopólio bilateral no mercado - em que os prestadores de serviços médicos agiriam em bloco, como monopolista, negociando com as operadoras de plano de saúde que também se comportariam como monopolista. Isso porque, é pouco usual observar operadoras de planos de saúde classificadas em modalidades distintas - tais como, medicina de grupo, cooperativas, autotestes - negociando conjuntamente os valores dos procedimentos médicos. Dessa forma, haveria sempre mais de um grupo de operadoras negociando de forma independente os valores dos procedimentos médicos. Pelo lado dos prestadores de serviços médicos, também é possível observar clivagens, o que apontaria para grupos distintos negociando separadamente com as operadoras de planos de saúde.

de saúde, a Comissão Estadual de Honorários Médicos, cujos integrantes são investigados nesse Processo Administrativo - a saber o Conselho Regional de Medicina de São Paulo - CREMESP, a Associação Paulista de Medicina - APM, e o Sindicato dos Médicos de São Paulo - SIMESP.

168. Consoante já pontuado acima, as tratativas coletivas entre representantes da classe médica e operadoras de planos de saúde tornaram-se circunstância bastante comum nas negociações de reajuste nos últimos anos. Isso porque, sob o argumento de que a negociação naturalmente desigual entre um grande agente econômico e um profissional individualmente, acarreta, em verdade, a ausência de acordo, com a inevitável imposição das condições de contratualização pela operadora de plano de saúde. O descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer das cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer outro especialista, salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico. Tal constatação é interessante não apenas porque denota o desequilíbrio da relação, como também porque demonstra a existência efetiva de concorrência entre os médicos prestadores de serviços às operadoras.

169. Voltando-nos, no entanto, à pontuação do desequilíbrio da relação entre médicos e operadoras, uma breve observação da história recente da saúde suplementar no país demonstra que tanto médicos quanto operadoras buscaram alternativas para o alcance de melhores condições de negociação de reajuste. Os médicos, descontentes com as baixas remunerações, passaram a se aglomerar em fortes entidades de classe, sociedades de especialistas e até mesmo cooperativas, com a finalidade de, concentrando em um mesmo pólo todos os prestadores do serviço, obter melhores condições de negociação. As operadoras, e aqui ressaltamos nomeadamente as ações perpetradas pelas autogestões, por seu turno, além da conhecida e generalizada estratégia de glosas, passaram igualmente a se agremiar em instituições que, por vezes, ultrapassando sobremaneira seus objetivos estatutários, igualmente conduzem coletivamente as negociações com os prestadores de serviços médicos.

170. A discussão acerca da legitimidade de movimentos coletivos, pois alegadamente equiparados às negociações coletivas autorizadas pelo Direito do Trabalho, todavia, perde força quando adequada às particularidades do Direito Antitruste, na medida em que as deliberações coletivas de determinada classe de profissionais liberais não podem ser utilizadas para coagir os agentes econômicos e muito menos para causar danos à saúde dos brasileiros ou mesmo para inverter o balanceamento de forças que tais deliberações busquem, eventualmente, via poder compensatório, mitigar.

171. Nesse contexto, os casos concretos trazidos à apreciação do SBDC demonstram que a adoção de certas condutas pelas entidades médicas implicam danos de inestimável dimensão ao setor. Conforme foi destacado anteriormente, boicotes que redundem em paralisações coletivas por tempo indeterminado ou desarrozoado e rompimentos coletivos definitivos do atendimento de operadoras que não se disponham a aceitar as condições impostas pelos médicos não podem ser admitidos. Tampouco se poderá aceitar determinações por parte de Conselhos de classe que, ultrapassando todos os limites dos poderes que lhes foram conferidos pela Constituição e pela Lei, fixem valores mínimos de remuneração que vinculem todos os profissionais por eles fiscalizados, sob pena de imposição de Processo Administrativo Disciplinar. Finalmente, o profissional deve preservar integralmente a

liberdade de contratar com operadoras nos termos em que lhe convier, não podendo haver qualquer obrigatoriedade em acatar condições negociadas por entidades representativas.

172. Sob uma perspectiva de ponderação, já mencionada, cabe reconhecer que condutas como essas são desproporcionais no sentido de atingir os objetivos das associações coletivas, dado que maculam de modo absoluto a livre concorrência e, em consequência, os consumidores, com a fixação de oferta e preços artificiais acima do nível competitivo.

173. A reivindicação, pelas entidades médicas, das melhorias que propugnam, não podem se utilizar de meios ilegítimos, que invertam a relação de hipossuficiência e causem a completa extinção da concorrência entre os prestadores, absolutamente necessária para garantir oferta, qualidade e preços a níveis de mercado aos consumidores desse serviço de essencialidade e impacto indubitáveis.

2.10 Conclusões e parâmetros para a atuação dos médicos

150. Segundo a legislação brasileira de defesa da concorrência, incumbe aos órgãos antitruste a missão de reprimir infrações à ordem econômica, acompanhar as práticas de mercado de modo a prevenir infrações à ordem econômica e instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão.

151. A advocacia da concorrência e a prevenção das infrações à ordem econômica, contudo, não devem limitar-se a hipóteses genéricas ou abstratas. Devem ser exercidas precipuamente diante de situações concretas e recorrentes em que se mostre útil e necessário esclarecer aos agentes quanto a medidas a serem adotadas e fronteiras a serem observadas em suas atividades para garantir adstringência ao ordenamento jurídico.

152. O conflito entre prestadores e operadoras vem se alastrando, com consequências nefastas aos consumidores, que se veem impotentes enquanto assistem replicar-se na assistência privada as mazelas da assistência pública: longa espera para o atendimento, descaso, ausência de profissionais capacitados, negativas de cobertura, preços elevados, entre tantas outras. As instituições do Estado, cada qual em sua seara, precisam articular-se em busca de soluções eficientes e definitivas. Ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência cumpre, nesse passo, buscar formas efetivas para o cumprimento de suas decisões e emitir orientações claras e consistentes sobre as ações não toleradas diante dos ditames da Lei n. 8.884/94 (e, agora, da lei nº 12.529/11).

153. Dessa forma, a fim de evitar a prática de atos ilegais e contrários à concorrência e aos consumidores, entende-se que as entidades representativas da categoria médica devem:

- (i) excluir e deixar de divulgar quaisquer valores monetários para portes e UCO's, atualmente definidos e publicados pela Comissão Nacional de Honorários Médicos. A CBHPM, ao passar a ser equivalente a uma tabela de preços, torna-se potencialmente danosa à concorrência no mercado. A definição desses valores deve sujeitar-se a negociações entre os médicos e cada uma das operadoras de planos de saúde;

- (ii) suprimir as bandas que estabelecem limites inferiores de remuneração (deflator de 20%) para aplicação da CBHPM;
- (iii) abster-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, retaliar ou ameaçar os médicos que deixem de adotar a CBHPM como padrão de remuneração. O profissional deve ser sempre e em qualquer circunstância livre para atender pelo valor e condições que entender convenientes e adequadas segundo seus critérios individuais;
- (iv) abster-se de promover, apoiar ou fomentar movimentos de boicote, paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo longo ou indeterminado ou descredenciamentos em massa;
- (v) abster-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, retaliar ou ameaçar os médicos, obrigando a participação em movimentos de boicote, paralisação, descredenciamento, negociação coletiva ou o acatamento irrestrito às decisões das entidades médicas;
- (vi) abster-se de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais.

3. RECOMENDAÇÃO

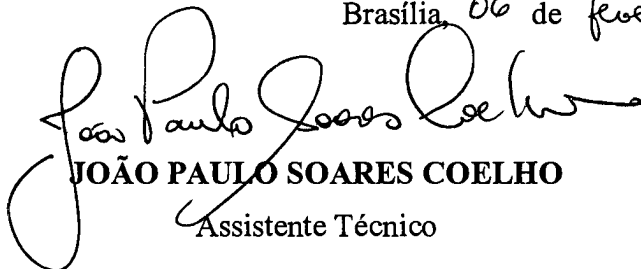
154. Conclui-se que as provas constituídas no feito demonstram a caracterização indubitável das infrações contra a ordem econômica, conforme artigo 20, incisos I, II, III e IV c/c artigo 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei nº 8.884/94⁵⁵. Nesse passo, recomenda-se nos termos do art. 74 da Lei nº 12.529/2011 e art. 156, §1º, do Regimento Interno do Cade, que sejam remetidos os presentes autos ao Tribunal Administrativo do Cade para julgamento, opinando-se pela **condenação** dos Representados pela prática de infrações à ordem econômica.

155. Estas são as conclusões.

⁵⁵ Os Artigos correspondentes na Lei nº 12.529/2011 são: Art. 36, incisos I a IV, Art. 36 § 3º inciso II, IV, VIII e VIII.

Encaminhe-se ao Sr. Coordenador-Geral de Análise Antitruste

Brasília, 06 de fevereiro de 2013

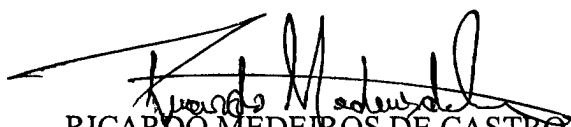

JOÃO PAULO SOARES COELHO
Assistente Técnico


TAINÁ LEANDRO

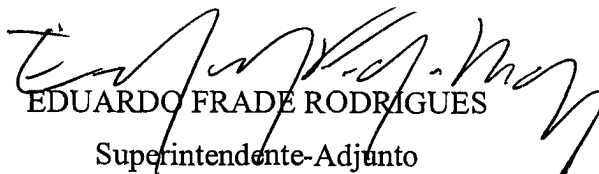
Coordenadora de Análise Antitruste

De acordo. Encaminhe-se ao Sr. Superintendente-Adjunto.

Brasília, 06 de fevereiro de 2013


RICARDO MEDEIROS DE CASTRO
Coordenador-Geral de Análise Antitruste 1

De acordo.


EDUARDO FRAIDE RODRIGUES
Superintendente-Adjunto

DESPACHO DO SUPERINTENDENTE-GERAL

Em 06 de fevereiro de 2013

Nº 145. Ref.: Processo Administrativo nº 08012.006647/2004-50. Representante(s): SDE Ex Officio. Representado(s): Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CRM-SP (Adv.: Giselle Crosara Lettieri Gracindo, Thalita Abdala, Rodrigo Octavio Mendes, Lucas Giron Fonseca e Silva), Associação Paulista de Medicina (Adv.: Alessandro Piccolo Acayaba de Toledo, Francine Curtolo Acayaba de Toledo, Fernando Acayaba de Toledo) e Sindicato dos Médicos de São Paulo (Adv.: Edson Gramuglia Araújo). Acolho a Nota Técnica de fls., aprovada pelo Superintendente Adjunto e, com fulcro no §1º do art. 50, da Lei n. 9.784/99, integro as suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação. Nos termos do art. 74 da Lei nº 12.529/2011 e do art. 156, §1º, do Regimento Interno do CADE, opina-se pela condenação dos Representados pela prática de infrações à ordem econômica capituladas no artigo 20 incisos I, II, III e IV c/c artigo 21 incisos, II, V, X e XIV ambos da Lei nº 8.884/94, que correspondem aos dispositivos ora vigentes do art. 36 incisos I, II, III e IV c/c Art. 36, § 3º, incisos II, IV, VIII e XII ambos da Lei nº 12.529/2011, e determina-se que sejam remetidos os presentes autos ao Tribunal Administrativo do CADE para julgamento. Publique-se.



CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO
Superintendente-Geral

