

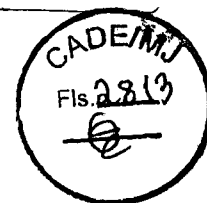


08700.001562/2014-07



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50



PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

PARECER Nº 92 – ST/MPF/CADE – 2014

REPRESENTANTE: SDE Ex Officio

REPRESENTADAS: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
– CREMESP, Associação Paulista de Médicos – APM e Sindicato dos
Médicos de São Paulo - SIMESP.

RELATORA: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. Mercado de prestação de serviços de Planos de Saúde no Estado de São Paulo. imposição de tabelas de preços. Abuso de posição dominante. - Provas suficientes que comprovam que a prática entabulada pelas representadas enquadram-se nos arts. 20, incisos I, II, III e IV, c/c art. 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei nº 8.884/94. - Parecer do MPF pela condenação das representadas CREMESP, APM e SIMESP por infração contra à ordem econômica.

Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 22 de outubro de 2004, em desfavor do Conselho Regional de Medicina do Estado



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

de São Paulo – CREMESP, da Associação Paulista de Médicos – APM e do Sindicato dos Médicos de São – SIMESPF, por suposta infração à ordem econômica enquadrada no artigo 20, incisos I, II, III e IV c/c artigo 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei nº 8.884/94¹.

As investigações que resultaram na instauração do presente processo administrativo iniciaram em virtude de reportagens jornalísticas publicadas em jornais de grande circulação na cidade de São Paulo/SP², quando a SDE tomou conhecimento de que médicos do Estado 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.

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 Seguro³.

Demais 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

1 Artigos recepcionados na Lei nº 12.529/2011 (art. 36, incisos, I, II e IV, § 3º, incisos II, III, IV e VIII.

2 Fls. 02-24 dos autos.

3 Fls. 06 e 07 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50



pressionar operadoras e seguradoras de planos de saúde a reajustar a tabela de honorários da categoria⁴

Com o objetivo de esclarecer as questões trazidas ao conhecimento da então Secretaria de Direito Econômico, foram encaminhados ofícios à Federação Nacional de Médicos – FENAM, à Associação Médica Brasileira – AMB, à Confederação Médica Brasileira – CMB, ao Conselho Federal de Medicina – CFM, ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São – CREMESP, à Associação Paulista de medicina – AMP e ao Sindicato dos Médicos do Estado de São Paulo – SIMESP.

Em resposta aos ofícios encaminhados, as entidades prestaram as seguintes informações:

a) APM⁵: 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 de seguros-saúde, o qual produziu como resultado a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM; e que não tem poderes para apreciar o comportamento do médico que não quiser adotar a CBHPM.

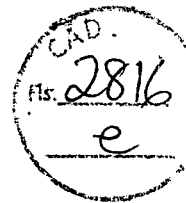
4 Fls. 05; 08 e 12 dos autos.

5 Fls. 303-304 dos autos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50



b) FENAM: 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 CBHPM⁶.

c) O CREMESP⁷: 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 – CBHPM; 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 CRESM tem atuado como mero observador desse movimento, para fiscalizar que dele não resulte infração ética; e que não há qualquer consequência, por parte do CREMESP, ao profissional de saúde que se recusar a aderir a tal movimento.

d) O SIMESP⁸: 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 saúde; não mantém qualquer relação de interdependência com a AMB porque são entidades de natureza jurídica diversa e defende a negociação coletiva

6 Fls. 376 dos autos.

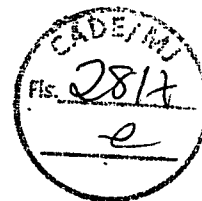
7 Fls. 397-398 dos autos

8 Fls. 608-609 dos autos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50



regionalizada dos valores mínimos que devem ser praticados para cada um dos procedimentos arrolados.

As representadas após serem notificadas, apresentaram suas defesa prévia, reprisando os mesmos argumentos quando da apresentação das respostas do pedido de informações solicitadas pela SDE.⁹

A SDE encerrou a instrução processual em 02 de dezembro de 2010 e solicitou que as representadas apresentassem suas alegações finais no prazo de 5 dias. Contudo, estas não se manifestaram.

Posteriormente, diante da solicitação feita pelo CREMESP, a SDE apresentou Nota Técnica¹⁰, em 16 de janeiro de 2012, sugerindo a restituição do prazo para manifestação sobre provas a produzir e a reabertura da instrução do processo administrativo.

Foi declarada encerrada a fase instrutória do processo administrativo¹¹ em 16 de janeiro de 2013, ocasião em que as representadas foram notificadas para apresentarem alegações finais no prazo de 5 dias.

As alegações finais¹² apresentadas pelas representadas contêm, em suma, os mesmos argumentos quando da apresentação de suas defesas.

A Superintendência Geral do CADE¹³ opinou pela condenação das representadas.

9 Fls. 700-884 dos autos.

10 Fls. 1801-1819 dos autos.

11 Fls. 2659-2660 dos autos.

12 Fls. 2661-2697 dos autos.

13 fls. 2706-2767 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

A ProCADE¹⁴, em linha com os argumentos da SDE, concluiu pela condenação das representadas.

Vieram os autos ao Ministério Público Federal.

II

Da instrução do Processo Administrativo

Verificamos nos autos que houve regular notificação dos representados, bem como a sua adequada instrução, facultado, a livre produção de provas, com a observância dos princípios do contraditório e o da ampla defesa, portanto respeitado o devido processo legal.

Todas as preliminares foram rebatidas pela SG, com base nos argumentos expostos na nota técnica.

Da conduta e de sua subsunção

A conduta ora analisada versa sobre a imposição, pelas entidades médicas representadas às operadoras de planos de saúde de tabela de honorários mínimos, usando-se como referência a CBHPM. Essa imposição seria viabilizada pela promoção de negociações coletivas e pela coordenação de paralisações generalizadas (boicotes) ao atendimento de beneficiários das operadoras que se recusassem a aderir à tabela.

A implantação da CBHPM como referencial mínimo uniforme para os procedimentos médicos, bem como a promoção de recusa dos médicos a negociarem com as operadoras de planos de saúde que não se sujeitassem

¹⁴ Fls. 2777-2809 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

aos valores mínimos, subsume-se, em tese, aos incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94, conjugados com os incisos II, IV, V e X do art. 21 da mesma lei¹⁵.

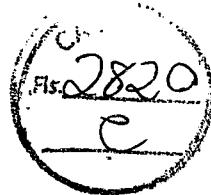
Avaliar se a prática das representadas tinha potencial anticompetitivo é decorrência da aplicação da “regra da razão” para condutas de influência vertical, técnica de decisão majoritariamente adotada pelo CADE para casos dessa natureza¹⁶.

A referência à “regra da razão”, instituto próprio do direito antitruste norte-americano, pode não ser de todo adequada à tipificação das infrações à ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro. É que essa categoria, situada ao lado da regra da ilegalidade *per si*, funciona com base em presunções relativas de ilicitude ou de legalidade que podem ser diferenciadas para distintas condutas anticoncorrenciais previstas naquele ordenamento. Os contornos dessa distribuição não necessariamente simétrica de presunções se dão a partir da experiência dos órgãos encarregados do controle e repressão ao abuso do poder econômico.

Exemplificando a afirmação acima, se a Suprema Corte dos Estados Unidos entende que determinada conduta é alvo de graves preocupações concorrenciais, seja por seu objeto, seja pelos efeitos que gera com maior frequência, então é possível que essa conduta seja presumida

15 Sucedidos pelo art. 36, I, II e IV e § 3º, II e XII da lei nº 12.529/11.

16 “o CADE passou a dar maior valoração à análise das condições estruturais do mercado e às características da tabela, a fim de aferir a real potencialidade de um tabelamento causar danos à concorrência. Não obstante, o número de condenações permaneceu alto, indicando que a posição do Conselho não passou a significar condescendência com o tabelamento de preços.” (Voto Vogal do ex-Conselheiro Carlos Ragazzo na Ap 08012.005994/2004-65, de interesse de Leopoldo Ubiratam Carreiro Pagotto e do Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas de São Paulo – SEAFESP, pág. 10)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

ilícita. Essa presunção pode adquirir contornos de presunção *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, a depender das probabilidades de se demonstrar um eventual caráter lícito para a referida conduta: se essa probabilidade é, embora remota, factível, tem-se presunção relativa de ilicitude; caso essa probabilidade seja desprezível, então devida será a presunção absoluta de ilegalidade.

No caso brasileiro, existe apenas uma prática anticoncorrencial, consistente no tipo que era previsto no art. 20 da lei nº 8.884/94, e que hoje está inserido no art. 36, *caput*, da lei nº 12.529/11. Como o próprio CADE reiteradamente afirma, as condutas previstas no art. 21 da lei nº 8.884/94 ou no § 3º do art. 36 da lei nº 12.529/11 são meramente exemplificativas, e só justificam uma condenação se estiverem conformadas à fórmula mais geral constante do art. 20 da lei antiga, ou do *caput* do art. 36 da lei atual.

A infração à ordem econômica, no regime legal brasileiro, não se define por um critério formal, mas pelos efeitos advindos de determinada prática. Se, e somente se, uma conduta comercial for capaz de produzir algum dos efeitos anticompetitivos previstos na Lei Antitruste, e não se verificar no caso alguma excludente de ilicitude, então essa conduta será considerada ilegal¹⁷.

17 Esse é o posicionamento majoritário da doutrina nacional, como demonstra Calixto Salomão Filho:

“É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido no Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito per se. Todas estão sujeitas a um critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira na correlação necessária imposta pelo art. 20 da lei concorrencial brasileira entre as condutas descritas no artigo 21 e os efeitos descritos no art. 20.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª ed. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 263.)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

Considerando-se esse cenário, não há diferentes presunções de ilicitude para as infrações à ordem econômica no regime da lei de concorrência brasileira. A uma, pois a rigor só há uma infração tipificada pela lei; apenas a sua manifestação fenomênica é que se dá por diferentes vias. A duas, pois a lei não fez qualquer ressalva específica nesse sentido.

Essa diferença adquire contornos de relevância prática quando se considera que os diferentes graus de presunção de ilegalidade do direito norte-americano importam em distintas distribuições de ônus probatório, fórmula que, aparentemente, contraria as disposições relativas à matéria do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável aos processos administrativos do CADE¹⁸.

Isso porque o diploma processual adota como regra a teoria estática do ônus da prova¹⁹, admitindo que ele seja invertido apenas excepcionalmente, nas seguintes hipóteses: naquelas em que a lei material assim o preveja (como o CDC, em caso de hipossuficiência consumerista); ou quando, no caso concreto, houver insuficiência da regra geral para a instrução, de modo que se faça conveniente atribuir o ônus da prova à parte que tenha melhores condições de produzi-la (teoria dinâmica do ônus da prova²⁰) –

18 “Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

19 Art. 333 do CPC: “O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

20 “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) 2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC. 3. Agravo regimental não provido.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

ressaltando que a última hipótese não se aplica abstrata e indiscriminadamente, mas a partir da análise das circunstâncias fáticas justificadoras em um caso concreto²¹.

Nesse ponto, transportar, de antemão e genericamente (sem analisar o caso concreto), o sistema de presunções norte-americano (com suas consequentes inversões de ônus probatório) à análise de condutas anticompetitivas no Brasil, possivelmente, afrontaria o sistema instrutório constitucional instituído pelo CPC – uma vez que não há previsão material na lei antitruste que autorize a inversão e estar-se-ia generalizando para a tutela da concorrência, sem apontar as circunstâncias justificadoras no caso concreto, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.

Acrescente-se que o transplante genérico do referido sistema de presunções se demonstra extremamente preocupante em sede de processos administrativos punitivos – âmbito em que a inversão do ônus da prova se faz ainda mais excepcional, como garantia ao direito fundamental de defesa do administrado. Nesse sentido, qualquer argumento (em favor do sistema de presunções) que se fundamente na celeridade processual e na economia da máquina pública deve ser enxergado com maior cautela²².

(AGARESP 201201686355, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/11/2012, g.n.)

- 21 “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. (...) INADMISSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE GOIÁS DESPROVIDO. (...) A prova do ato infracional compete a quem alega a sua ocorrência, no caso, ao credor (Fazenda Pública) que requer o redirecionamento. A inversão do ônus probandi só deve ser feita nos casos em que a lei admite expressamente e, ainda assim, em hipóteses excepcionais. (...) (AGARESP AGARESP 201100748437, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:19/02/2013, g.n.)”

22 “Irregularidade do processo disciplinar. Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário. 1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo

Procurador Regional da República Sady d'Assumpção Torres Filho



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

Em resumo, se se considerasse que a lei antitruste brasileira comporta diferentes presunções de ilegalidade para ilícitos diversos, cujos ônus probatórios correspondentes seriam, também, diferenciados, então se estaria admitindo inversões do ônus da prova possivelmente incompatíveis com o direito processual e constitucional brasileiros.

Não obstante, o método usualmente empregado pelo CADE nos casos de condutas verticais tem passado pelas seguintes etapas: identificação de uma posição dominante, para depois se constatar o potencial anticompetitivo de uma conduta e, finalmente, avaliar se eventuais eficiências oriundas da conduta compensam seus efeitos anticompetitivos. Dessa forma, mesmo que aparentemente aplicando a regra da razão norte-americana (cujo modelo de presunções, como já exposto, não se adequa perfeitamente ao art. 20 da lei antiga, correspondente ao caput do art. 36 da lei atual, sendo possivelmente contrário ao sistema processual brasileiro), o CADE vem atendendo plenamente às exigências da lei brasileira, uma vez que tem analisado concretamente, em cada conduta, a existência de potencial lesivo que atinja a toda a coletividade (sem presumi-lo, ainda que nos casos de práticas ilícitas pelo objeto)²³.

legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante na gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo” (MS 200501292441, NILSON NAVES, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/10/2008, g.n).

23 Nesse sentido, o MPF considera por bem pontuar que discorda, pelos motivos expostos, do posicionamento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, manifestado por meio de voto-vista no PA nº 08012.001271/2001-44, que aplica o sistema de presunção de ilegalidade (com consequente inversão do ônus probatório) para as condutas classificadas doutrinariamente como ilícitas pelo objeto. Se levado ao



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50



3.) Da potencialidade lesiva da conduta

O Ministério Público Federal acompanha a definição de mercado relevante da SG, tomando-o como a prestação de serviços médico hospitalares por meio de planos de saúde no Estado de São Paulo/SP. A definição produto justifica-se pelo fato de a CBHPM ser bastante ampla, contendo uma vasta gama de procedimentos médicos. Considerando que a conduta foi de imposição da tabela como um todo, não faria sentido a segmentação do mercado em procedimentos médicos individualizados, uma vez que todos os tipos de procedimentos previstos na tabela foram alvo da conduta.

Quanto à dimensão geográfica, a representatividade dos representados restringe-se ao Estado de São Paulo/SP, sendo este o território supostamente afetado pela prática anticompetitiva.

A influência que as representadas CREMESP, APM e SIMESP exercem sobre o mercado é facilmente aferível quando se considera a natureza destes, órgãos de regulação profissional. Todos os profissionais da área pertinente ao conselho (no caso, os médicos) devem estar credenciados para que possam exercer suas atividades. Além disso, na qualidade de regulador e fiscalizador da profissão, as decisões do CREMESP, APM e SIMESP devem ser observadas por todos os médicos sob sua orientação, sob pena de se sujeitarem à aplicação de medidas disciplinares.

limite o argumento do Conselheiro, então um acordo de preços entre apenas dois donos de posto de combustível, sem a mais remota possibilidade de produzir qualquer efeito anticoncorrencial, seria presumido ilícito, sem que o administrado pudesse objetar, direta e materialmente, a pretensão punitiva da Administração.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

O poder de influência das representadas sobre o mercado decorre, inicialmente, de suas naturezas de associação de classe e de sindicato. A visibilidade que esses entes têm diante da categoria já é forte indício de sua capacidade de alterar, unilateralmente, as condições de competição do mercado.

Por outro lado, médicos que não atendessem às determinações das representadas sujeitar-se-iam à aplicação de sanções disciplinares. Por essa via, o Conselho acabou transferindo sua posição no mercado aos demais representados, uma vez que todos, conjuntamente, dirigiam as atividades a mobilização pela Implantação da CBHPM.

Diante desse cenário, certo é que as representadas exercem sim influência decisiva sobre todo o mercado relevante objeto da conduta ora analisada, uma vez que todos os médicos que exercem suas atividades em todo o território nacional estão sujeitos à regulação e à fiscalização pelos respectivos Conselhos.

Nesse passo, não cabe o argumento das representadas de que não estariam sujeitos à aplicação da Lei nº 8.884/94. O art. 15 da lei²⁴, cuja redação foi integralmente replicada pelo art. 31 da Lei nº 12.529/11, sujeita as pessoas de direito privado, bem como as de direito público, à aplicação da lei, não isentando qualquer tipo de entidade representativa, como associações de classe ou sindicatos, tampouco conselhos de regulamentação profissional.

4.) Da comprovação da conduta.

24 “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

O Ministério Público Federal, a partir das razões a seguir desenvolvidas, considera que estão presentes nos autos elementos probatórios que, em conjunto, são suficientes para demonstrar a ocorrência da prática delitiva analisada.

A CBHPM foi introduzida na comunidade médica por meio da Resolução nº 1.673/2003 do CFM²⁵. Junto a outras entidades representativas de âmbito nacional, o CFM coordenou o movimento de implantação da CBHPM em todo o território brasileiro. Essas entidades ficaram responsáveis pela elaboração da tabela, determinando os valores em portes e unidades de custo operacional (UCO).

Os portes são oriundos da comparação entre procedimentos médicos, tomando como base sua complexidade técnica, tempo de execução, atenção requerida e grau de treinamento necessário para a capacitação do profissional que o realiza. Esses portes não estão necessariamente vinculados a valores monetários, uma vez que indicam, primariamente, a posição relativa de cada procedimento em relação aos demais, dentro de uma escala comparativa de complexidade. Assim, cumprem menos uma função de valoração monetária dos procedimentos que de hierarquização destes.

O caráter anticompetitivo da conduta está em que, junto à divulgação da CBHPM, está destacado em “Comunicado Oficial”²⁶, informando os valores a serem observados para os portes e as UCOs. Esses valores foram definidos consoante o previsto na resolução nº 1.673/2003, que estabeleceu, em seu art. 2º, que “os valores relativos aos portes de

²⁵ Conduta objeto do PA 08012.004276/2004-71.

²⁶ Constante da nota técnica final da SG, fls. 2742 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

procedimentos deverão ser determinados pelas entidades médicas nacionais, por intermédio da Comissão Nacional de Honorários Médicos”. Assim, o valor mínimo em reais é estipulado, com base na fixação em UCO constante na tabela, pela Comissão Nacional de Honorários Médicos – a qual é integrada por representantes do CRESP, APM E SIMESP.

Esse comunicado estipulava que, se houvesse alteração das condições que levaram à fixação dos valores, estes poderiam ser modificados. Essa previsão destinava-se a proporcionar certa flexibilidade na observância dos valores estipulados, uma vez que as condições de preço poderiam apresentar consideráveis variações em estados distintos. Admitiu-se, portanto, uma banda de até 20%, dentro da qual seria possível a negociação. Desse modo, a CBHPM passou a funcionar como uma tabela de preços mínimos, mas não uma tabela de preços fixos.

A participação das entidades regionais deu-se com a efetiva implementação da tabela. Para isso, essas entidades tinham certo grau de independência, exarando resoluções próprias cujo conteúdo não estaria necessariamente adstrito àquele da resolução nº 1.673/2003, exarada pelo CFM.

Além da ação junto aos profissionais médicos, há vasta documentação nos autos que demonstra a atuação das representadas no sentido de impor a tabela também às operadoras de planos de saúde. CREMESP, APM E SIMESP dirigiram a negociação coletiva dos médicos e passou a coordenar a prática de boicotes, impedindo que os médicos atendessem os beneficiários



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

das operadoras que se recusassem a aderir aos valores estipulados pela tabela, conforme documentos constantes dos autos.

Ressalta-se, por fim, que os boicotes não estão amparados pelo conteúdo da liberdade associativa; constituem, ao contrário, manifesto abuso do direito de associação – ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil – uma vez que se dedicam a um fim expressamente combatido pelo direito antitruste²⁷. Também não estão acobertados pelo direito de greve, uma vez que este vige nas relações de natureza trabalhista (o que não é o caso da relação entre médicos e operadoras de plano de saúde) e não têm caráter impositivo.

Com a conduta das representadas, a tabela deixa de ser meramente sugestiva, podendo ser considerada uma tabela impositiva de preços mínimos, o que agrava sobremaneira a ilicitude da conduta, uma vez que seu efeito deixa de ser a criação de um ponto focal para os preços, tornando-se efetivamente uma fixação deles – no caso, preços mínimos.

Do exposto, o Ministério Público Federal entende estar suficientemente comprovada nos autos a influência das representadas sobre os médicos para que atuassem concertadamente na imposição do preço mínimo fixado na CBHPM às operadoras de planos de saúde, com ameaça de paralisações no atendimento e descredenciamentos em massa (boicotes).

5.) Conclusão

Assim, manifesta-se o Ministério Público Federal pela condenação das representadas FENAM, AMB e CFM pela prática de infração

²⁷ Art. 21, XIV, da Lei nº 8.884/94, sucedido pelo art. 36, §3º, XII, da lei nº 12.529/11.

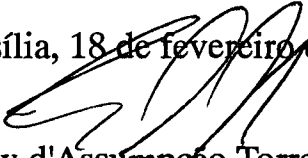


MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

à ordem econômica, prevista no art. 20, incs. I, II e IV c/c art. 21, incs. II, IV, V e X, todos da então vigente Lei nº 8.884/94.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014.


Sady d'Assumpção Torres Filho
Procurador Regional da República
Ofício do MPF junto ao CADE