



**ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO
AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA- CADE**

PARECER PROCADE Nº 08 /2014/PROCADE/PGF/AGU.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006647/2004-50

REPRESENTANTE: SDE EX OFFICIO

**REPRESENTADAS: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE
SÃO PAULO - CREMESP; ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA - APM;
SINDICATO DOS MÉDICOS DE SÃO PAULO - SIMPESP.**

PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUPOSTAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS POR PARTE DE ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA CATEGORIA MÉDICA. IMPOSIÇÃO DE CONDUTA UNIFORME POR MEIO DE INSTRUMENTOS COERCITIVOS. TABELA DE FIXAÇÃO DE PREÇOS (CBHPM). INFRAÇÃO CONFIGURADA. ARTIGOS 20, INCISOS I, II, III E IV C/C ARTIGO 21, INCISOS II, V, X E XIV DA LEI N. 8.884/94

Senhor Procurador-Geral,

I. Relatório.

1. Trata-se de Processo Administrativo para apurar a ocorrência de condutas anticoncorrenciais por parte do Conselho Regional de Medicina do Estado do Estado de São Paulo – CREMESP, da Associação Paulista de Medicina – APM e do Sindicato dos Médicos de São Paulo – SIMESP, passíveis de enquadramento nos artigos 20, incisos I a IV c/c artigo 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei nº 8.884/94.



2. O processo administrativo foi instaurado inicialmente em desfavor do CREMESP por despacho do então Secretário de Direito Econômico, publicado no D.O.U. em 22 de outubro de 2004 (fls. 379-392). O despacho foi retificado em 13 de dezembro de 2004 para que fossem incluídos no polo passivo do processo administrativo a AMP e o SIMESP (fls.711-715).

3. A instauração do processo administrativo foi motivada por suposta negociação coletiva realizada por estas entidades médicas, no sentido de impor aos médicos e às operadoras de planos de saúde a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), uma tabela elaborada para ordenar procedimentos médicos e que teria sido utilizada para fixar preços mínimos.

4. A Secretaria de Direito Econômico, por meio de notícias jornalísticas veiculadas na cidade de São Paulo (fls. 2-24), tomou conhecimento de que os médicos de São Paulo suspenderiam, a partir de 30 de julho de 2004 e por tempo indeterminado, a prestação de serviços às operadoras de planos de saúde que não adotassem a CBHPM como padrão de remuneração dos serviços médicos. Foram citadas especificamente oito operadoras alvo do boicote: SulAmerica Seguros, Bradesco Saúde, Golden Cross, Itaú, Marítima, Unibanco, Notredame e Porto Seguro (fls. 6-7).

5. Também foi anunciado nessas mesmas notícias que, para exercer pressão para a adoção da CBHPM, os usuários dos planos de saúde atingidos pelo boicote passariam a ser atendidos em sistema de reembolso. Neste sistema, esses usuários deveriam pagar a quantia de R\$42,00 no ato da consulta para depois requerer o ressarcimento à sua operadora de plano de saúde (fls. 05, 08 e 13).

6. A fim de obter esclarecimentos sobre o movimento de boicote às operadoras de planos de saúde, a SDE enviou ofício à Federação Nacional dos Médicos - FENAM (fls. 25-26), à Confederação Médica Brasileira – CMB (fls. 27-28), ao Conselho Federal de Medicina – CFM (fls. 29-30), à Associação Médica Brasileira – AMB (fls. 31-32), e aos Representados (CREMESP – fls. 33-34; APM – fls. 35-36; SIMESP – fls. 37-38) para que fornecessem informações.

7. Em 10 de setembro de 2004, a APM encaminhou sua resposta (fls. 303-304), na qual informou sumariamente que não sofreu influência de qualquer entidade, mesmo de âmbito nacional, no que se refere ao movimento de boicote, e que não tem poderes para apreciar o comportamento do médico que não deseja adotar a CBHPM. Foram anexadas atas de Reunião de Diretoria da AMP (fls. 305-372).

8. O CFM apresentou resposta no mesmo dia, às fls. 1592-1778. Nesta oportunidade, informou que não orientou o movimento de boicote, o qual teria sido iniciativa da própria classe médica insatisfeita, e afirmou que o contrato entre médicos e empresas de assistência à saúde tem natureza de direito privado, cabendo apenas às partes transigirem as suas cláusulas. Também chamou a atenção para o fato de a resolução nº 1.673/2003 do CFM não prever qualquer tipo de sanção aos profissionais médicos.

9. Em 06 de outubro de 2004, A FENAM, por sua vez, informou que não exerce influência sobre as entidades sindicais médicas estaduais no que se refere aos planos de saúde, e que têm participado de discussões acerca da CBHPM no âmbito da Agência Nacional de Saúde (ANS) (fls. 376).

10. O CREMESP apresentou resposta em 22 de novembro de 2004 (fls. 397-398), na qual informou que não orientou ou incentivou o movimento de boicote da classe médica, embora tenha se empenhado em divulgar medidas de implementação da CBHPM. Neste sentido, afirmou que têm acompanhado o movimento apenas como observador, a fim de evitar que sejam cometidas infrações médicas, e apesar de terem sido abertas representações contra profissionais que não aderiram ao movimento, nenhum procedimento administrativo foi instaurado, não havendo consequência aos médicos por parte da entidade nestas situações.

11. Por fim, o CREMESP informou que a CBHPM é uma referência de honorários a serem cobrados por procedimentos médicos, e não tem nenhum caráter impositivo ou sugestivo de qualquer ação contra operadoras de planos de saúde. O Conselho também juntou aos autos documentos que versam sobre o movimento de implementação da CBHPM (fls. 400-607).



12. Em 23 de novembro de 2004, o SIMESP respondeu o ofício, informando ser uma entidade sindical da categoria médica que apoia a aplicação da CBHPM e que defende a implementação da CBHPM e a negociação coletiva regionalizada dos valores mínimos de cada procedimento (fls. 608-609). Na mesma ocasião, negou ter qualquer vínculo com a AMB, sendo esta uma entidade de natureza jurídica diversa, e apresentou documentos sobre a implementação da CBHPM (fls. 613-692).

13. Diante das informações prestadas, a SDE resolveu instaurar o presente processo administrativo em desfavor do CREMESP, da APM e do SIMESP. As entidades representadas foram devidamente notificadas para apresentarem defesa (CREMESP – fl. 394; APM – fls. 756; SIMESP – fl. 757).

14. O CREMESP apresentou sua defesa em 06 de dezembro de 2004 (fls. 700-710), ocasião em que solicitou o arquivamento do feito. A entidade alegou que:

- a) O processo administrativo em epígrafe deveria ser reunido ao PA 08012.004276/2004-71, que teria sido instaurado pelos mesmos motivos e fundamentos contra o CFM, a AMB, a Confederação Médica Brasileira e a Federação Nacional dos Médicos;
- b) A nota de instauração omitiu o fato de o CREMESP ser uma autarquia que tem como objetivo fiscalizar não só médicos, mas operadoras de planos de saúde também;
- c) Cabe aos CRMs zelar pelo cumprimento do Código de Ética de Medicina, que dispõe que o trabalho médico não deve ser exercido como comércio ou com objetivo de lucro, de modo que se tornaria impossível a existência de conduta comercial uniforme neste setor;
- d) Não consta na Lei nº 8.884/94 que a SDE possa processar as autarquias federais fiscalizadoras, e, de qualquer maneira, o CREMESP não teria praticado ato que tivesse como finalidade



- limitar ou dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante;
- e) A Nota Técnica e o despacho que instaurou o processo administrativo não estariam devidamente motivados, visto que as notícias jornalísticas apresentadas não seriam suficientes e visto que não foi avaliada a postura dos prestadores de serviços médico-hospitalares e das operadoras de planos de saúde;
 - f) O CREMESP não presta serviços médico-hospitalares, mas fiscaliza-os, razão pela qual possui poder de polícia sobre médicos, sociedades hospitalares e operadoras de planos de saúde;

15. Em 29 de abril de 2005, a APM apresentou sua defesa, requerendo o arquivamento do feito (fls. 758-804). Nesta oportunidade, foram anexados o Estatuto Social e Ata de Assembleia Geral da Associação (fls. 806-835). A entidade alegou em sua defesa que:

- i. A sentença proferida na 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que tratou da adoção da CBHPM como padrão mínimo ético de remuneração dos procedimentos médicos, teria produzido coisa julgada material, possibilitando que seja praticada a conduta em análise sem que se incorra em infração contra a ordem econômica;
- ii. a CBHPM não poderia ser classificada como tabela já que não possui valores;
- iii. Em sentença proferida por Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal no processo nº 2001.34.00.022713-6, teria havido entendimento no sentido de se admitir a CBHPM não como norma de conduta, mas como parâmetro não obrigatório. No mesmo sentido, foram citados o voto proferido pelo Desembargador Federal da 1ª Região, Dr.



Daniel Paes, em apelação interposta no Mandado de Segurança nº 1999.01.00.059757-6; e o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região na apelação do Mandado de Segurança nº 1998.01.00.014517-7.

16. Em 19 de maio de 2005, o SIMESP apresentou sua defesa (fls. 839-844), ocasião em que fez as seguintes alegações:

- a) O SIMESP é órgão sindical constituído para fins de defesa e representação legal dos profissionais médicos e, como tal, é munido de direitos e prerrogativas garantidas pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual não poderia figurar como Representado no Processo Administrativo;
- b) Não teria sido imputado nenhum fato específico ao SIMESP, o que teria acarretado o cerceamento ao seu direito de defesa;
- c) A CBHPM ocupar-se-ia em classificar e referenciar procedimentos médicos para permitir a operacionalização da medicina em benefício dos pacientes;
- d) O trabalho humano não deveria ser equiparado a uma simples mercadoria. Neste sentido, inexistiria imposição de preços.

17. Em dezembro de 2004, a SDE juntou aos autos notícias e comunicados sobre saúde suplementar e sobre o movimento de implantação da CBHPM. As notícias haviam sido publicadas no Valor Econômico, no Correio Brasiliense, e nas páginas eletrônicas da AMB, do CREMESP e da APM (fls. 693-699; 716-722).

18. Em 14 de janeiro de 2005, a SDE encaminhou ofício à FENAM para que esta esclarecesse se a Confederação Médica Brasileira – CMB é entidade ativa de fato ou de direito (fls. 723-724). A FENAM respondeu, em 28 de janeiro de 2005, que a



CMB é uma entidade de fato inativa, e explicou os motivos que levaram à inatividade da entidade (fls. 725-726).

19. Em 04 de março de 2005, foram juntados aos autos cópias de documentos, apresentados no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004.71, relativos à participação do CREMESP, da APM e do SIMESP no movimento de implementação da CBHPM no Estado de São Paulo (fls. 727-754).

20. Em 29 de abril de 2005, por meio do Ofício de fl. 836, a SEAE se reservou o direito de não se manifestar sobre o presente processo administrativo.

21. Em 26 de julho de 2005, a SDE indeferiu as preliminares suscitadas pelos Representados por motivo de ausência de amparo legal (fls. 845-868). Na mesma ocasião, os representados foram intimados para especificar as provas que pretendessem produzir, e determinou-se que as provas testemunhais não fossem superiores a três.

22. A SDE oficiou, em 23 de outubro de 2005, diversas operadoras de planos de saúde e entidades representativas para solicitar informações principalmente sobre i) se as operadoras haviam sido afetadas pela paralisação do atendimento; ii) se negociaram individualmente com os médicos os valores de honorários; iii) se adotam ou são instruídas a adotar alguma tabela de remuneração; iv) quais foram os impactos da CBHPM, em caso de adoção da tabela e v) quais os custos fixos e variáveis na prestação de serviços médicos (fls. 873-908).

23. As entidades responderam, em suma, que foram sim atingidas pela paralisação e pelo sistema de reembolso, e ressaltaram que a adoção da CBHPM traria um grande impacto econômico no sentido de aumentar as despesas relativas à remuneração de procedimentos médicos. Neste sentido, foram anexadas tabelas de custos por diversas empresas (Amil Assistência Médica – fls. 929-931; Itauseg – fl. 945; UNIDAS – fls. 946-948; ABRAMGE – fls. 950-1011 e fls. 1114-1133; Golden Cross - fls. 1093-1107, Unimed São Luis – fls. 1012-1013; HAPVIDA – fls. 1014-1035; Unimed Brasil – fls. 1037-1088; AGF Saúde – fls. 1144-1150; Porto Seguro Saúde – fls. 1151-1170; Federação de Unimeds



do Estado de São Paulo – fls. 1177-1185; CASSI – fls. 1190-1231; Unimed BH – fls. 1236-1340).

24. A Golden Cross ainda chamou atenção, especificamente, para o poder que os Conselhos Regionais de Medicina têm para instaurar processos éticos contra médicos que não seguissem suas recomendações de adição da tabela, o que teria motivado a grande adesão ao movimento de paralisação (fls. 1093-1107).

25. Em 28 de setembro de 2007, após serem oficiados pela SDE (fls. 1359-1371), a AMB, o Conselho Federal de Medicina – CFM e a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE prestaram informações e juntaram aos autos pesquisas e estudos que embasaram a Classificação Brasileira de Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) (fls. 1388-1390 e fl. 1588).

26. Em 05 de julho de 2008, a SDE oficiou o CREMESP e a APM para que apresentassem informações sobre a influência dessas entidades na negociação de honorários médicos, a obrigatoriedade da tabela, a monitoração do uso da tabela, a existência de eventual sanção para médicos que a descumprissem, dentre outros dados (fls. 1374-1379).

27. Em 08 de julho de 2008, o CREMESP afirmou que não influencia na negociação direta de honorários de procedimentos médicos e que nenhum médico filiado ao Conselho foi excluído por motivo de descumprimento de orientação referente a honorários médicos, além de ter prestado algumas outras informações (fls. 1382-1386). A APM apresentou resposta no mesmo sentido em 1º de agosto de 2008 (fls. 1388-1390).

28. Entre fevereiro e outubro de 2010, foram recebidas respostas de operadoras de planos de saúde que haviam sido oficiadas para prestarem informações relativas ao contexto e ao processo de negociação dessas operadoras com seus prestadores de serviço (fls. 1400-1585). As respostas totalizaram 11 volumes e foram acostadas aos autos públicos na folha 1591 (mídia digital) e em apartado confidencial com vistas exclusivas ao SBDC.



29. A SDE encerrou a instrução processual em 02 de dezembro de 2010 e solicitou que os representados apresentassem suas alegações finais no prazo de 5 dias. Porém, estes não se manifestaram (fls. 1782-1799).

30. Posteriormente, diante de solicitação feita pelo CREMESP, a SDE apresentou Nota Técnica, 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 (fls. 1801-1819).

31. O CREMESP requereu, dentre outras coisas, o encerramento da fase instrutória e a oitiva de três testemunhas (fls. 1825-1851). O SIMESP e a APM requererem a oitiva de três testemunhas cada (1847-1849 e fls. 1852-1853).

32. As testemunhas foram intimadas (fls. 18621-866), com exceção das requeridas pelo SIMESP por motivo de ausência de justificativa de necessidade e relevância. A justificativa foi requerida tendo em vista a necessidade de adotar procedimentos específicos, devido à função exercida pelas testemunhas (Assessor Especial da Presidência, Deputado Estadual de São Paulo e Deputado Federal). Em resposta a Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico, o SIMESP questionou o requerimento de justificativa e reiterou a relevância dos depoimentos (fls. 1868-1875).

33. O CREMESP solicitou a juntada de 24 sindicâncias instauradas contra médicos que não haviam corroborado com o boicote, com o objetivo de demonstrar que todas foram arquivadas e não resultaram em Processo Ético-Profissional, razão pela qual o Conselho requereu o arquivamento do feito (fls. 1902-2604).

34. A oitiva de testemunhas foi devidamente realizada e registrada (fls. 1894-1897). As testemunhas do SIMESP foram intimadas para que indicassem dia, hora e local em que pretendiam ser ouvidos, nos termos do Código de Processo Civil (fls. 1898-1901).

35. O sr. José Lopez Feijoo, uma das testemunhas arroladas pelo SIMESP, protocolou petição alegando desconhecimento de fatos relacionados a este



processo administrativo e requerendo a dispensa de comparecer à oitiva (fl. 2607). As demais testemunhas não se manifestaram.

36. Tendo sido os parlamentares devidamente intimados, considerou-se que houve declinação tácita da intimação para testemunhar. Deste modo, a Superintendência-Geral deferiu o pedido de dispensa do Sr. José Lopez Feijoo e rejeitou o pedido do SIMESP de oitiva das outras duas testemunhas. O SIMESP foi intimado para especificar novo rol de testemunhas (fl. 2630-2636), porém o sindicato apenas reiterou a necessidade de se ouvir o Sr. Deputado Arlindo Chinaglia (fls. 2640-2643).

37. O Sr. Arlindo Chinaglia foi novamente intimado (fls. 2647-2654). Não havendo resposta, o SIMESP foi mais uma vez intimado para que apresentasse nova testemunha (fls. 2657-2658), o que não fez.

38. Foi declarada encerrada a fase instrutória do processo administrativo em 16 de janeiro de 2013 (fls. 2659-2660), ocasião em que os Representados foram notificados para apresentarem alegações finais no prazo de 5 dias.

39. Em alegações finais apresentadas em 22 de janeiro de 2013, o SIMESP afirmou que seu direito de defesa teria sido cerceado, tendo em vista que o Sr. Arlindo Chinaglia não foi ouvido, o que ensejaria nulidade processual (fls. 2661-2662).

40. Também em alegações finais, apresentadas em 25 de janeiro de 2013, a APM alegou, em síntese, que i) as tabelas de honorários são utilizadas por diversas entidades de classe e que a CBHPM tinha como objetivo a busca de qualidade do serviço médico; ii) há jurisprudência favorável às tabelas de honorários médicos, que também declaram incompetência do CADE para julgar estes casos; e iii) o Estatuto Social da APM não aborda questões relativas a honorários médicos ou a exclusão de médicos motivada por descumprimento de preços tabelados (fls. 2663-2696).

41. O CREMESP, nas suas alegações finais, afirmou que i) não houve imposição da CBHPM por sua parte, assim como não houve prejuízo ao mercado relevante determinando; ii) a criação da tabela não representa uma forma de boicote e não houve condenação nas sindicâncias abertas por inobservância da CBHPM; e iii) a maioria dos



planos de saúde afirmaram não ter tido dificuldades nas negociações e contratação decorrentes da CBHPM (fls. 2697-2705).

42. A Superintendência-Geral apresentou Nota Técnica em 06 de fevereiro de 2013 sugerindo a condenação dos Representados pela prática de infrações contra a ordem econômica (fls. 2706-2769).

43. Na 21ª Sessão Ordinária de Distribuição, o processo em epígrafe foi distribuído ao Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo (fl. 2772) e, em fevereiro de 2013, foi remetido à Procuradoria do CADE para parecer (fl. 2775).

II. Da Manifestação da Superintendência-Geral

44. A Superintendência Geral manifestou-se acerca do presente processo administrativo por meio de Nota Técnica às fls. 2706-2768.

45. Primeiramente, foi enfrentada a alegação do SIMESP de que o sindicato teria tido sua defesa cerceada devido ao fato de o Sr. Deputado Federal Arlindo Chinaglia Junior, testemunha arrolada, não ter sido ouvida pela Superintendência.

46. Referente a este tema, a Superintendência-Geral deixou claro que, devido à função exercida pela testemunha (Deputado Federal), procedimentos especiais deveriam ser adotados com relação ao Sr. Arlindo Chinaglia. Nos termos dos artigos 411 e 412 do CPC, a testemunha foi devidamente intimada para informar dia, hora e local para ser ouvida. Contudo, não houve manifestação por parte do Deputado Federal.

47. Considerando a ausência de manifestação por parte da testemunha, tendo decorrido meses da intimação, e não sendo possível determinar coercitivamente a sua oitiva, a Superintendência fez por bem considerar que houve declinação tácita da intimação para testemunhar. Ainda, para garantir o direito de defesa do SIMESP, abriu-se possibilidade para que este determinasse novo rol de testemunhas. Contudo, o SIMESP permaneceu inerte e o prazo transcorreu *in albis*.



48. Ou seja, em nenhum momento a Superintendência cerceou o direito de defesa do Representado, já que tomou as providências ao seu alcance para que a testemunha fosse ouvida e abriu oportunidades para que novas testemunhas fossem arroladas.

49. No início de sua análise, a Superintendência ressaltou que profissionais liberais configuram-se, dentro de sua área de atuação, como agentes econômicos, e que entidades representativas são sim passíveis de gerarem efeitos anticoncorrenciais.

50. O contexto da controvérsia analisada insere-se no das mudanças ocorridas no mercado de serviços de saúde, que acarretaram aumento dos preços. Para arcar com tais mudanças, os planos de saúde agiram no sentido de diminuir despesas através da pressão para redução da remuneração dos procedimentos médicos, o que acabou por gerar insatisfação da classe médica.

51. Dentro deste contexto, as entidades representativas agiram para proteger estes profissionais, principalmente através de medidas como: i) fixação de tabela de honorários mínimos; ii) boicotes às operadoras que não adotassem a tabela e iii) ameaça de punição ética a médicos não alinhados ao movimento. A reação das operadoras de plano de saúde, então, foi apresentar denúncias ao SBDC, fato gerador do presente caso.

52. A partir dos efeitos da prática analisada verificados empiricamente no mercado, o mercado geográfico foi delimitado na área em que os agentes ofertam e procuram produtos: o estado de São Paulo. Do mesmo modo, o mercado relevante definido foi o de atuação das Representadas, no qual se inserem as supostas infrações analisadas, sendo o produto a prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde.

A) Da implantação da CBHPM

53. A Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) é uma tabela que fixa honorários de procedimentos médicos, instaurada



pelas entidades médicas nacionais como padrão mínimo e ético de remuneração por meio da Resolução nº 1.673/03 do Conselho Federal de Medicina.

54. Foi determinado que a implantação desta tabela fosse responsabilidade das entidades estaduais, que determinavam as variações dos preços fixados de acordo com o contexto fático de seu estado. Importante destacar que, dentro dessas atribuições, verificou-se que as entidades estaduais possuíam discricionariedade para adotar medidas além das previstas pelo Conselho Federal de Medicina.

55. No estado de São Paulo, a Comissão Estadual de Honorários Médicos foi composta pelas entidades representadas. A adesão dessas entidades ao movimento seria decorrente do apelo junto à classe médica de reivindicações relativas ao exercício da atividade profissional e da influência exercida pelo CFM, ao qual os Conselhos Regionais de Medicina são subordinados, conforme previsão legal.

56. Em momento posterior, a Superintendência Geral do CADE avaliou outro aspecto importante da CBHPM: o modo como foi elaborada a tabela. Constatou-se que foram levados em conta requisitos do procedimento médico, tais como habilidade cognitiva, habilidade técnica, risco, responsabilidade e tempo. Contudo, aspectos de mercado como “a frequência com que o procedimento é realizado (demanda) ou ainda a quantidade de profissionais capazes de realiza-lo (oferta)” (fl. 2739) foram completamente ignorados no processo de elaboração da CBHPM.

57. A tabela elaborada exhibe uma hierarquização dos procedimentos. Deste modo, ela por si só, na medida em que realiza apenas uma comparação entre procedimentos em termos de atributos de trabalho médico, não levaria à uniformização dos preços. Tratar-se-ia tão somente de informar o custo relativo de cada procedimento médico.

58. Contudo, a Superintendência verificou que a CBHPM transformou-se em uma verdadeira tabela de preços na medida em que foi acompanhada de um Comunicado Oficial que fixou valores monetários para cada porte, além de fixar uma variação máxima de 20%, para menos ou para mais, dos preços divulgados, que seria o limite às adaptações passíveis de serem determinadas pelas entidades estaduais.



59. A Superintendência destacou que, mesmo com a variação permitida, a CBHPM não deixaria de estabelecer um preço mínimo homogêneo para cada estado, decorrente da subtração de 20% dos preços tabelados.

B) Da atuação dos Representados.

60. A análise da atuação dos Representados foi feita pela Superintendência sob três aspectos: i) o de fixação de valores únicos por meio da CBHPM; ii) o de coordenação de paralisações do atendimento aos beneficiários das operadoras que não adotassem a referida tabela; e iii) o da punição ou ameaça de punição aos médicos que não seguissem as orientações referentes à tabela.

61. A partir das provas constantes nos autos, a Superintendência observou que, apesar de o CFM ter declarado que a Resolução nº 1676/03 não determinou a obrigatoriedade da CBHPM ou sanção aos médicos que não a seguissem, as entidades representadas – mais especificamente o CREMESP – diante de atribuição que lhes foi imposta de mobilizar a categoria médica para implantar a CBHPM, aplicaram ou ameaçaram aplicar sanções éticas mediante instauração de processo ético-disciplinares.

62. Ademais, constatou-se participação ativa do CREMESP, da APM e do SIMESP na Comissão Estadual de Honorários Médicos, o que viabilizou as práticas relatadas, independente de ter havido uma coordenação nacional para a implementação da CBHPM.

63. Com relação à APM, a Superintendência verificou que a associação detém cerca de 30% do mercado, além de possuir grande capilaridade entre médicos de todas as regiões e especialidades. O SIMESP, por sua vez, possui 14 Diretorias Regionais e está presente em mais de 120 municípios do estado de São Paulo, sendo detentor, igualmente, de grande capilaridade, na medida em que médicos associados de diversos municípios são obrigados a cumprir suas decisões.

64. Com relação ao CREMESP, é necessário chamar a atenção para os fatos de que i) os médicos precisam ser credenciados ao CREMESP para exercerem suas



atividades; e ii) há possibilidade de repreensão, por parte do CREMESP, dos médicos que não seguirem e aderirem às decisões do Conselho. Cumpre ainda lembrar que ao participarem da Comissão Estadual de Honorários Médicos, as três entidades determinavam a adesão a movimentos da categoria.

65. Desse modo, diante das características das entidades representadas e da própria coordenação do movimento para implementação da CBHPM, restou comprovado para a Superintendência que a APM, o CREMESP e o SIMESP detêm inequívoco poder de influência sobre os médicos do estado de São Paulo capaz induzir comportamento uniforme entre os médicos, poder este que independe do número de médicos associados às entidades citadas.

66. Do mesmo modo, não restaram dúvidas acerca da intensa participação dos Representados no movimento de implantação da CBHPM por meio de boicotes e paralisações de serviços, o que foi incessantemente demonstrado no conjunto probatório dos autos.

67. Outra constatação feita foi a de que os representados impossibilitaram 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 e não deixando qualquer alternativa para as operadoras, ferindo os direitos do consumidor e a liberdade profissional e contratual dos médicos.

68. Assim, apesar de buscarem um objetivo legítimo, qual seja melhores condições de trabalho e remuneração da categoria médica, essas entidades valeram-se de suas prerrogativas representativas, além de sua enorme influência, para promover a fixação de preço uniforme entre profissionais autônomos e concorrentes – conduta esta que traz prejuízos à concorrência do mercado em questão.

69. Também tiveram destaque os prejuízos que tais condutas trouxeram ao consumidor. Este, considerado elo mais fraco da relação, se viu obrigado a realizar pagamentos diretamente aos médicos devido às paralisações e aos descredenciamentos ocorridos, correndo o risco de não obter reembolso posteriormente.



Além disso, a alta concentração do mercado de planos de saúde possibilitou que o aumento de custos fosse facilmente repassado ao consumidor final.

70. A Superintendência reconheceu em sua nota técnica que as operadoras de planos de saúde muitas vezes utilizam-se de sua posição dominante e de seu poder de mercado para ditar condições remuneratórias aos médicos, infrações econômicas que já foram alvo da atuação do CADE.

71. Ressaltou então que, apesar de as negociações coletivas serem de extrema importância para trazerem equilíbrio às negociações entre médicos e operadoras de planos de saúde, as práticas de negociação utilizadas pelos Representados causam efeitos anticoncorrenciais no mercado e infringem princípios constitucionais, tais como o princípio da livre concorrência (artigo 170 da Constituição Federal de 1988) e princípio da livre iniciativa (artigo 1º da Constituição Federal de 1988). Por estes motivos, tais práticas não devem prosperar.

72. Tratando especificamente do caso de profissionais liberais, a Superintendência Geral afirmou que as negociações coletivas devem adequar-se ao Direito Antitruste, de modo que seja garantida a liberdade contratual dos profissionais. Deste modo, não deve ser permitido que agentes econômicos sejam coagidos a acatarem às negociações feitas por entidades representativas.

73. Nesse sentido, apontou diversas decisões do judiciário que vão no sentido de declarar o caráter abusivo da obrigatoriedade da CBHPM. Dá-se destaque à sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.41.00.005432-8, da 3ª Vara Federal de Porto Velho, movida pelo Ministério Público contra o CFM, o CRM-RO e a Associação Médica de Rondônia:

“Outrossim, dela [Resolução nº 1.673/2003 do CFM] 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 gravam à concorrência no mercado”.



74. A decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região com relação aos agravos que a União apresentou 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) foi importante ao confirmar o entendimento de que as entidades representativas da categoria médica são consideradas agentes econômicos, podendo ser alvo da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

75. Também merece destaque a decisão proferida na ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento impetrado pelo CRM-RO no Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

- “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, recomendando a suspensão de atendimento à população sob pena de processo disciplinar.*
- 3. Agravo de Instrumento não provido”.*

76. Por fim, a Superintendência Geral sugeriu, para que fossem evitados prejuízos à concorrência, que as entidades representativas da categoria médica devam:

- (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 operadas de planos de saúde ou hospitais” (fls. 2765-2766).



III. Da Manifestação da Procuradoria.

A) Do contraditório e da ampla defesa

77. É possível verificar, a partir dos autos deste processo administrativo, que o contraditório e ampla defesa foram devidamente garantidos aos representados ao longo de toda a investigação.

78. Conforme exposto no relatório acima, logo que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) tomou conhecimento dos fatos relativos à implantação da CBHPM e decidiu investigá-los, os representados foram notificados para prestarem informações, em 20 de agosto de 2004 (fls. 33-38). O CREMESP apresentou suas informações nas fls. 397-607, o SIMESP nas fls. 608-692 e a APM nas fls. 303-372.

79. Em outubro de 2004 houve a instauração do Processo Administrativo em questão em desfavor do CREMESP, e, em dezembro, integraram o polo passivo o SIMESP e a APM. Os representados foram notificados para que apresentassem suas defesas às fls. 394 (CREMESP), 756 (APM) e 757 (SIMESP). O CREMESP apresentou defesa às fls. 700-710, a APM o fez às fls. 758-835 e o SIMESP às fls. 839-844.

80. Ressalta-se que foi oportunizado o direito à produção de provas, conforme despacho do Secretário de Direito Econômico publicado no D.O.U. em 29 de julho de 2005 (fl. 868). Neste sentido, foi realizada a oitiva das testemunhas arroladas (fls. 1894-1897). Ainda, em diversas ocasiões, os representados anexaram aos autos documentos de diversos tipos com a finalidade de darem respaldo aos seus argumentos.

81. Por fim, na ocasião em que a Secretaria de Direito Econômico encerrou a instrução do presente processo administrativo em 16 de janeiro de 2013, abriu-se oportunidade para que as partes apresentassem suas alegações finais (fls. 2659-2660). O CREMESP o fez às fls. 2697-2705, o SIMESP às fls. 2661-2662 e a APM às fls. 2663-2696.



82. Conclui-se, portanto, que o direito ao contraditório e à ampla defesa foi efetiva e regularmente exercido pelas representadas.

B) Do suposto cerceamento de defesa do SIMESP

83. Conforme consta no relatório, o SIMESP afirmou em suas alegações finais que teria tido seu direito de defesa cerceado já que uma de suas testemunhas não teria sido ouvida pela Superintendência.

84. Como já exposto pela Superintendência em sua análise, a testemunha foi intimada de acordo com os procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil, a fim de que indicasse data e local de sua oitiva. A ausência de manifestação acabou por ensejar a oportunidade à defesa da representada para que indicasse o arrolamento de nova testemunha, ocasião na qual a parte ficou-se inerte (fls. 2657-2658).

85. Apenas após a abertura de prazo para apresentação de alegações finais pela Superintendência-Geral (fls. 2659/2660), ou seja, após operar-se a preclusão, mediante o encerramento da fase instrutória, é que a parte representada, de forma manifestamente intempestiva, reiterou o desejo de ouvir o parlamentar.

86. Dessa forma, destaca-se que foi aberto prazo para que o Representado se manifestasse sobre a questão, ocasião na qual poderia ter apresentado novo rol de testemunhas, a fim de que restasse garantido o seu direito a ampla defesa.

87. Contudo, o SIMESP se manteve inerte e não se manifestou sobre a intimação promovida pela Superintendência-Geral.

88. Deste modo, resta evidente que a Superintendência tomou as providências necessárias para garantir a oitiva das testemunhas requisitadas pelo SIMESP, bem como oportunizou a produção de novas provas, razão pela qual não deve prosperar a tese de cerceamento de defesa exposta pelo representado.



C) Do tabelamento dos preços como conduta anticoncorrencial

89. A investigação que deu origem ao presente processo administrativo tem como objeto a divulgação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM pelos Representado, estabelecida na Resolução nº 1.673/2003 do Conselho Federal de Medicina, em conjunto com a promoção de movimentos coletivos de negociação de honorários médicos e a coordenação de movimentos regionais de paralisação no intuito de compelir os planos de saúde à adoção do preço tabelado.

90. Se comprovadas, as condutas enumeradas acima podem configurar as infrações previstas nos artigos 20, incisos I a IV c/c artigo 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei n. 8.884/94:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art.20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

(...)

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(...)

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

(...)

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da



outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

91. Portanto há de se apurar a ocorrência de duas principais condutas consideradas anticompetitivas praticadas pelas entidades médicas representadas no presente caso: o tabelamento e imposição de preços de serviços médicos, por meio da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, e a utilização de instrumentos coercitivos para promover a paralisação dos serviços médicos com o objetivo de dar efetividade à tabela.

92. O julgamento de classificação e tabelas de preços como a CBHPM não constitui contexto fático novo para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo a atividade de precificação de serviços médicos adotada por associações da categoria médica historicamente condenada pelo CADE¹.

93. No que tange à elaboração de classificações e tabelas de preços, é extensa a jurisprudência do CADE acerca da nocividade ao ambiente concorrencial de instrumentos que artificialmente estabeleçam preço uniforme a ser adotado por agentes econômicos concorrentes, ainda que tais instrumentos não tenham sido coercitivamente impostos.

94. Nesse sentido, cita-se voto da Conselheira Neide Terezinha Mallard, proferido na ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 0053/1992, que também envolvia tabelamento de preços no mercado de serviços médicos:

“(…) o preço justo é, por definição, aquele que surge como resultante das forças de mercado, isto é, das condições da oferta e da demanda. Não existe preço justo se fixado por uma das partes. **Tabelas de preços elaboradas por concorrentes, ou por entidades que congregam concorrentes, visam, de uma maneira geral, a obtenção de preços que não seriam alcançados na sua ausência.**

“Sendo assim, é preciso admitir que o artigo 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem

¹ Processos administrativos nº 08000.007/97-09 e 0061/1992,



econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos demais concorrentes – mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo-, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado. (...)”.²

“Não há dúvida de que a elaboração de tabela de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja, prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. (...) O fato inegável é que a adoção de tabela de preços por concorrentes faz com que estes escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência” (grifamos).

95. A edição de instrumentos que visem ao controle de preços em qualquer grau constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa. Em razão disso, tal prática é condenada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), na medida em que, segundo o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pteiffer³ “(...) *são aptas a provocarem condutas coordenadas de seus tomadores e para quem os organiza ou elabora confere poderes capazes de controlar o mercado*”.

96. Daí porque a Jurisprudência do CADE é firme quanto aos efeitos danosos causados pela utilização de tabela de preços e vasta⁴ em condenações a associações e entidades de classe na condição de sujeitos ativos em exercício de abuso de posição dominante com possibilidade de influenciar os agentes de mercado a adotar condutas concertadas.

97. Em consonância com o entendimento do CADE, as Cortes Internacionais também entendem que o tabelamento de preços consiste em infração à ordem

² PA nº 08000.011520/94-40, o Conselheiro Ruy Santacruz trouxe a diferença entre a consideração de classe de preço justo e preço justo para o mercado.

³ PA 08012.007042/2001-33

⁴ Processos nº 08012.004372/2000-70, 08012.004373/2000-32, 08000.021976/1997-51, 08012.009443/1998-15, 08012.006397/1997-02, 08012.001098/2001-81, 08012.007042/2001-33, 08012.000099/2003-73 e 08012.005194/2001-00.



econômica. Citamos, em complemento aos casos já referidos no último parecer da SDE/MJ, um estudo que o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca fez sobre o tema⁵:

*“Um primeiro caso, referente a tabela de serviços advocatícios, foi objeto de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso **GOLDFARB v. VIRGINIA STATE BAR**. Ante a tabela de honorários advocatícios elaborada pela Associação de Advogados no Estado da Virgínia, o Juiz **BURGER** observa que as tabelas de honorários, mesmo que aconselhadoras (advisory), constituem combinação de preço (price fixing), condenável por isso mesmo⁶. Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais.⁷*

*Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso **National Society of Professional Engineers v. United States**, decidido em 1978⁸, em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o Juiz **STEVENS** salienta que a concorrência é a melhor forma para a boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato, a qualidade, o serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato.⁹*

*Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos **Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.**,*

⁵ PA nº 08000.012252/1994-38

⁶ “Moreover, in terms of restraining competition and harming consumers like petitioners the price-fixing activities found here are unusually damaging. A title examination is indispensable in the process of financing a real estate purchase, and since only an attorney licensed to practice in Virginia may legally examine a title, consumers could not turn to alternative sources for the necessary service. All attorneys, of course, were practicing under the constraint of the fee schedule. ... These factors coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record respondents’ activities constitute a classic illustration of price fixing” (421 U.S. 773).

⁷ “In arguing that learned professions are not ‘trade or commerce’ the County Bar seeks a total exclusion from antitrust regulation. Whether state regulation is active or dormant, real or theoretical, lawyers would be able to adopt anticompetitive practices with impunity. We cannot find support for the proposition that Congress intended any such sweeping exclusion. The nature of an occupation, standing alone, does not provide sanctuary from the Sherman Act.” (421 U.S. 773).

⁸ 435 U.S. 679.

⁹ “The Sherman Act reflects a legislative judgment that ultimately competition will produce not only lower prices, but also better goods and services. ... The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain – quality, service, safety, and durability – and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers. ... In sum, the rule of Reason does not support a defense based on the assumption that competition itself is unreasonable.”



decidido pela Suprema Corte em 1979¹⁰ e também no caso Arizona v. Maricopa County Medical Society.¹¹

A jurisprudência européia também vem trilhando o mesmo entendimento. O Conselho da Concorrência francês, ao apreciar a elaboração de tabela de honorários advocatícios (“mercuriale”) pela seção de advogados da região de Rennes, mesmo admitindo que não tivesse força constringente, que fosse meramente informativa para os advogados e para a clientela, entendeu que aquela tabela se constituía numa ação concertada para fixação uniforme de honorários e condenou a seção de Rennes a não mais publicar a tabela e ao pagamento de multa correspondente a 40.000F¹².”

Decisão análoga foi proferida em caso de uma difusão da “recomendação tarifária”, substituída pelo “documento de análise dos orçamentos” e de um coeficiente de margem aconselhada, promovida pelo sindicato dos produtores de filmes publicitários. O documento estabelecia, a título indicativo, a fixação de valor de cada rubrica orçamentária, incluindo os salários, o valor de pagamentos por prestações, encargos sociais, acrescentando-se uma margem aconselhada à razão de 33,33%. O Conselho da Concorrência francês, mais uma vez, entendeu que estaria havendo uma incitação manifesta para alinhamento de preços das prestações, entravando o livre jogo da concorrência.¹³ Também o Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras foi condenado a cessar a prática do alinhamento de preços de

¹⁰ 441 U.S. 1, Justice White delivered the opinion of the Court.

¹¹ 457 U.S. 332. Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

¹² Décision nº 96-D-79, de 3 de dezembro de 1996. Dentre os “consideranda”, destaque-se o seguinte: “Mais considérant que, par la diffusion Du document em cause, le barreau des avocats de Rennes a pu conduire ses membres à fixer leurs honoraires, non selon les propres conditions d’exploitation de leurs cabinets, mais à partir des indications reproduites dans la “mercuriale” constituait “pour la clientèle ... une première approche des honoraires proposés et pour les confrères une incitation à respecter une certaine mesure Etant rappelé que les avocats peuvent être salariés depuis le 1er janvier 1992, la mercuriale était susceptible de s’appliquer aux honoraires perçus par les avocats stagiaires ou collaborateurs pour leur clientèle propre”; **qu’ainsi, la “mercuriale” a pu avoir un effet anticoncurrentiel**”.

¹³ Décision nº 92-D-32, de maio de 1992. Afirma o Conselho: “Considérant que l’élaboration et la diffusion par le S.P.F.P. d’un pourcentage uniforme de marge plus frais généraux destine à être appliqué sur la base d’un document également établi par lui et faisant ressortir, d’un part, des taux de salaires déterminés par application de majorations aux salaires mentionnés dans des conventions collectives, d’autre part, les prix que pratiqueraient les principaux prestataires; que ledit syndicat ne peut utilement prétendre que ces initiatives avaient pour seul objet une meilleure information de ses membres, alors qu’elles excèdent manifestement les limites de l’objet social d’un syndicat et qu’elles avaient pour objet et en tout cas pourraient avoir pour effet d’entraver le libre jeu de la concurrence; que la circonstance que le système de détermination des prix ainsi recommandé n’a pas été appliqué par la totalité des producteurs ou qu’il a fait l’objet d’une application discontinue ne suffit pas à retirer à cette pratique son caractère anticoncurrentiel”.



serviços, com a condenação das tabelas (“barèmes d’honoraires”), com multas que chegaram a 5.000.000F¹⁴.

98. Nesse ponto, vale registrar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de reconhecer a ilegitimidade da regulação, por conselhos de classe, das relações entre médicos e entidades prestadoras de serviços de saúde:

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.

(REsp 8490/RJ, Rel. MIN. FRANCISCO PECANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/1999, DJ 27/09/1999, p. 68) – grifei.

99. Nesse sentido, tem-se que a classificação de procedimentos médicos, acompanhada de sua precificação por parte das Representadas, é uma prática que causa prejuízos à livre formação de preços no mercado e ao bem-estar concorrencial, além de eliminar, em última instância, o direito de escolha do consumidor.

100. Superada a questão relativa ao caráter infracional da conduta objeto de apuração nos presentes autos, cumpre verificar se há elementos probatórios suficientemente hábeis à comprovação de sua prática pelos representados.

¹⁴ Décision nº 91-D-55, de 3 de dezembro de 1991, do Conselho da Concorrência, de que se extrai o seguinte texto: “Mais considérant, sur le premier point, qu’il suffit que l’information diffusée ait pu entraîner des effets anticoncurrentiels pour qu’elle entre dans le champ de l’article 7 de l’ordonnance Du 1er décembre 1986; que la recommandation d’utiliser l’indice I.G.E., fût-ce uniquement pour actualiser ou réviser les contrats en cours, revêtait em elle-même um caractere anticoncurrentiel; que cette recommandation n’était pas nécessaire à la mise en oeuvre de la décision Du Conseil Supérieur de ne plus fixer la valeur de l’unité de compte; ... qu’em fixant ainsi, de manière normative et détaillée, le contenu des prestations facturées par les géomètres experts, sans relation avec les nomenclature confere aux prix um caractere artificiel”



101. Com efeito, o exame das provas constantes dos autos bem revela que todas as representadas participaram direta e ativamente da mobilização em prol da adoção da CBHPM, conforme documentos das fls. 2-24, 716-722 e 727-754 (além de outros presentes nos autos), como *“padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos para o Sistema de Saúde Suplementar”*. Ademais, conforme se depreende da análise desses documentos, os Representados por meio de assembleias gerais se mobilizaram no sentido de coordenar a implantação da CBHPM, sob pena de paralisação. Neste mesmo sentido, promoveram a realização de correspondência voltada ao alcance dessa finalidade, além de o tópico ter sido exposto pela mídia local largamente.

102. Dessa forma, os autos comprovam que as representadas, em conjunto, adotaram medidas tendentes à imposição da CBHPM à classe médica demonstrando, indubitavelmente, seu poder de influenciar, provocar alterações e controlar em algum grau as relações entre os médicos – agentes econômicos do mercado de saúde suplementar.

103. Nesse ponto, os representados destacaram em certos momentos que a tabela não ostentaria caráter vinculante, mas constituiria mero referencial para a classe médica brasileira. Conforme se esclarecerá adiante, essa não é a conclusão que resulta da análise das provas constantes dos autos. De todo modo, mesmo que a CBHPM tivesse de fato apenas um caráter recomendatório, ainda assim a infração contra a ordem econômica restaria configurada.

104. Isso porque a infração contra a ordem econômica resta configurada mesmo nas hipóteses em que os efeitos objetivados pelos atos praticados não sejam alcançados. Basta, para tal fim, que os atos praticados tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (artigo 20, “caput”, da Lei nº 8.884/94). O artigo 20 da Lei nº 8.884/94 e o atual artigo 36 da Lei nº 12.259/2011 não deixam dúvidas quanto aos efeitos concretos ou mesmo potenciais de uma conduta anticoncorrencial:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)



105. Convém ressaltar que o direito antitruste apresenta uma importante particularidade que merece ser destacada: a infração prescinde de produção de efeitos. Deste modo, a tipificação legal é objetiva e não depende da obtenção do resultado lesivo à concorrência, opção legislativa esta que tem o escopo de alcançar proteção mais eficiente para o mercado.

106. No caso, a infração se consuma pela simples perspectiva de *ter por objeto* ou *poder produzir* a dominação do mercado mediante a limitação de novas empresas no mercado.

107. O Conselheiro Luis Fernando Schuartz, em voto proferido no Processo Administrativo n.º 08012.007042/2001-33, bem destaca a desnecessidade de produção dos efeitos anticompetitivos previstos para a caracterização da infração contra a ordem econômica:

“Nos termos da lei brasileira, portanto, uma infração da ordem econômica ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale dizer: ou que o propósito “objetivamente visado” pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos incisos I a IV do art. 20; ou então, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambos os casos, o art. 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração (a não ser, obviamente, que se prove que o efeito ilícito foi de fato obtido).

(...) A improcedência está em que a objeção ignora a estrutura dual do caput do art. 20, e assimila um tipo de “possibilidade” ao outro. A “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta que “tenha por objeto” a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade em “sentido fraco”, vale dizer, no sentido da exclusão da impossibilidade (ou do “crime impossível” tal como definido no art. 17 do Código Penal¹⁵); já a “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta “que possa produzir” um desses efeitos é uma possibilidade em outro sentido, a saber, o “sentido forte” da elevada probabilidade objetiva ou do elevado risco de que, uma vez praticada a conduta, produzir-se-á o efeito” (g.m.)

¹⁵ “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”



108. Vê-se, assim, que a configuração da tipicidade da conduta independe do caráter impositivo da conduta. Basta que a prática da infração (adoção de tabela uniformizadora de preços, bem como sua utilização) por quem detenha posição dominante no mercado relevante (entidades representantes da classe médica) seja passível de causar efeitos anticoncorrenciais.

109. Ainda quanto ao ponto, vale registrar que a elaboração de tabelas de preços, ainda que sugestivas, tem o condão de influenciar na formação de preços, como ressaltado pelo Conselheiro-Relator Mércio Felsky no PA nº 018.302/96-99, *in verbis*:

(...) “Ainda que não seja intenção de quem emite a tabela, ou não haja imposição ou coação ao seu uso – como parece ser o presente caso – esta provoca efeitos nocivos à concorrência, uma vez que atua como instrumento inibidor da livre formação de preços balizados por aqueles divulgados”.

110. Nesse sentido, é certo que a simples existência de tabelas uniformizadoras de preços por entidades associativas ou cooperativas que detenham expressivo poder ou influência no mercado relevante enseja a prática de ação coordenada entre concorrentes (classe médica) e caracteriza conduta anticoncorrencial para quem a organiza ou elabora.

111. De todo modo, observa-se no presente caso a imposição, em caráter vinculante, do CBHPM pelas representadas. O caráter impositivo da conduta, bem como coercitivo aos médicos e aos planos de saúde é cabalmente comprovado, conforme notícias publicadas e documentos veiculados pelas entidades juntados aos autos.

112. Nesse contexto, analisada a conduta de tabelamento dos preços dos serviços médicos por parte das entidades médicas requeridas, cabe mencionar o comportamento utilizado como instrumento de efetivação de tal tabela: a ameaça de boicote e paralisação, de forte caráter coercitivo, fortemente destacado pela nota técnica da Superintendência-Geral (fls. 2706-2769):

“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 (...).

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 (...).

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 com os valores instituídos na CBHPM ou atuassem em desconformidade com as Assembleias Gerais (...).

(...)

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 ao movimento de implantação da CBHPM se viram impelidos a fazê-lo sob pena de sofrerem sanções éticas.

(...)

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." (fls. 2748-2756).



113. Por fim, não há dúvidas de que a adoção da tabela acima mencionada acabou por subverter os mecanismos naturais de formação de preços dos serviços médicos, sendo agravado pelo caráter coercitivo que tomou a aplicação da tabela.

114. A fixação de preços e a uniformização de condutas entre agentes concorrentes constituem práticas anticompetitivas que prejudicam tanto a livre concorrência quanto os planos de saúde e os consumidores dos serviços prestados. A livre concorrência, garantida pelo ordenamento jurídico, constitui um valor fundamental não apenas à manutenção ao bem-estar do mercado como também à proteção do consumidor. Com efeito, é natural que, em uma economia de livre mercado, cada um dos agentes econômicos dispute a preferência do usuário dos serviços. Em suma, a tentativa de uniformização artificial de preços por agentes privados configura agressão ao bem-estar econômico por se contrapor aos mecanismos naturais de fixação de preços no mercado.

115. Além disso, a existência de um número extenso e complexo de procedimentos médicos em nada tem o condão de desnaturar o caráter anticoncorrencial da conduta ora analisada. Primeiramente porque a extensão e complexidade dos procedimentos não impõem, de forma necessária, a fixação de preços pela prestação dos serviços. Ao contrário, tais circunstâncias apenas apontam a necessidade de individualizar a cobrança dos preços de acordo com os custos necessários à prestação de cada serviço e/ou procedimento, levando sempre em consideração as condições de concorrência existentes no mercado.

116. Ademais, como já explicitado pela Superintendência Geral, a adoção de tabela de preços desconsidera as condições de mercado e a realidade da relação entre cada prestador do serviço e cada consumidor.

117. Nesse sentido, há de se registrar que a conduta praticada pelas representadas encontra-se devidamente tipificada na legislação antitruste. Com efeito, por meio do exercício abusivo de posição dominante no mercado relevante de prestação dos serviços médicos (artigo 20, inciso IV, da Lei nº 8.884/94), as entidades representadas impuseram à classe médica e aos planos de saúde do estado de São Paulo a utilização de tabela uniformizadora de preços de honorários médicos através de meios coercitivos. Desse modo, influenciaram a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes (artigo 21,



inciso II, da Lei nº 8.884/94), por meio da regulação de mercado de prestação de serviços médicos (artigo 21, inciso X e XIV, da Lei nº 8.884/94), de modo a prejudicar a livre concorrência na prestação dos serviços médicos ao consumidor (artigo 20, incisos I a IV, da Lei nº 8.884/94).

118. Na verdade, a conduta praticada pelas representadas, em exorbitância às suas atribuições institucionais, buscou uniformizar os preços dos procedimentos médicos e impor tais preços aos planos de saúde e a pacientes. Buscou-se impedir, com isso, que profissionais concorrentes estabelecessem, através de negociação individual, os preços correspondentes aos custos envolvidos em cada atividade médica prestada ao consumidor.

119. Diante de todo o exposto, adere-se ao posicionamento da Superintendência-Geral no sentido de que o Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo – CREMESP, a Associação Paulista de Médicos – APM e o Sindicato dos Médicos de São Paulo – SIMESP praticaram atos tipificados como infrações contra a ordem econômica.

IV. Conclusão

120. Com tais considerações, esta Procuradoria Federal sugere a condenação dos Representados em razão da efetiva prática das infrações contra a ordem econômica tipificadas nos artigos 20, incisos I, II, III e IV c/c artigo 21, incisos II, V, X e XIV, ambos da Lei n. 8.884/94.

É o parecer.

Brasília, 09 de janeiro de 2014.

DANIEL GUSTAVO SANTOS ROQUE
Coordenador-Geral de Estudos e Pareceres
Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE
GABINETE DO PROCURADOR CHEFE**

DESPACHO PFE-CADE

De acordo. Aprovo o Parecer PFE-CADE nº 08 / **2014** da lavra do i. Procurador Federal Daniel Gustavo Santos Roque e adoto-o no Processo Administrativo nº 08012.006647/2004-50.

Ao i. Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo.

Brasília – DF, 1 de junho de 2014.

VICTOR SANTOS RUFINO
Procurador-Chefe Adjunto do CADE