



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

PARECER Nº 60- ST/MPF/CADE – 2013

REPRESENTANTE: União Nacional de Autogestão em Saúde - UNIDAS

REPRESENTADO: Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia
Regional do Mato Grosso do Sul – SBOT/MS, União Nacional das
Instituições de Autogestão e Saúde – UNIDAS e Cláudio Wanderley Luz
Saab.

RELATORA: Conselheira Ana Frazão

CADE/MJ
Protocolo - Geral



08700.007156/2013-69

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE/MJ
PROTÓCOLO - 08700 -07-Ago-2013-10:55-007156-1/2

07/08/13

Justo sr.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. TABELA DE PREÇOS
MÍNIMOS DE PROCEDIMENTOS MÉDICO-
HOSPITALARES PARA O SISTEMA DE SAÚDE
SUPLEMENTAR. INFLUÊNCIA À ADOÇÃO DE CONDUTA
UNIFORME POR CONCORRENTES E BOICOTES. ART.
20, I, II e IV c/c ART. 21, II, IV, V e X, AMBOS DA LEI Nº
8.884/94.

- A infração à ordem econômica, no regime legal
brasileiro, não se define por um critério formal, mas
pelos efeitos advindos de determinada prática.

- Nos autos estão suficientemente comprovada a
influência dos representados sobre os médicos para
que atuassem concertadamente na imposição do
preço mínimo fixado na CBHPM às operadoras de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

planos de saúde, com ameaça de paralisações no atendimento e descredenciamentos em massa (boicotes).

- Manifesta-se o Ministério Público Federal pela condenação dos representados pela prática de infração à ordem econômica, prevista no art. 20, incs. I, II e IV c/c art. 21, incs. II, IV, V, e X, ambos da então vigente Lei nº 8.884/94.

Por fim, manifesta-se pelo arquivamento dos autos em relação à representada União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS, por entender que não existem nos autos provas de que suas ações tiveram consequências negativas no mercado, ora em análise.

I. RELATÓRIO

Trata-se de Processo Administrativo instaurado pela então SDE em 22 de abril de 2010, em desfavor da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, Regional de Mato Grosso do SUL-SBOT/MS,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

Cláudio Luz Saab e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS, com o fito de apurar possíveis condutas infringentes à ordem econômica passíveis de enquadramento no art. 20, incisos I, II, III e IV c/c art. 21, incisos II, IV, V, VI e X, ambos da então vigente Lei nº 8.884/94¹.

As investigações que resultaram no presente Processo Administrativo foram iniciadas em função de representação² protocolada, em 25 de março de 2004, pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS, relatando suposta prática de infrações contra a ordem econômica por parte da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT e seu presidente, Cláudio Wanderley Luz Saab.

Em 06 de abril de 2004, foi instaurada Averiguação Preliminar, por meio do Despacho³ que, com fundamento na Nota Técnica⁴, entendeu presentes indícios de interferência da SBOT/MS e do Senhor Cláudio Wanderley Luz Saab nos mecanismos de formação dos preços dos honorários médicos de seus associados, através de direcionamento de conduta concertada, manifesta em suposta exigência de adoção de reajuste uniforme de preços.

A SBOT/MS foi notificada da instauração da Averiguação Preliminar em 15 de abril de 2004⁵. Em 26 de abril de 2004⁶, a representada apresentou seus esclarecimentos, alegando, essencialmente, que:

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

2 fls. 02-17 dos autos.

3 fls. 121 dos autos.

4 fls. 114/120 dos autos.

5 AR de fls. 123 dos autos.

6 fls. 124/132 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

Preliminarmente, haveria ilegitimidade passiva de Cláudio Wanderley Luz Saab, presidente da SBOT/MS, em razão de que ele nada teria feito por ato próprio ou decisão pessoal, que agiu apenas como representante da SBOT/MS e com autorização da assembleia.

Quanto ao mérito, afirmou que:

i) ser descabida a representação, pois *“da mesma forma que a UNIDAS representa os interesses das entidades de autogestão em assistência à saúde suplementar, a SBOT/MS representa os interesses dos ortopedistas e traumatologistas do Mato Grosso do Sul”*.

ii) as negociações com os convênios quanto à justa e digna remuneração dos profissionais médicos se iniciaram a mais de um ano, sendo que os médicos não recebiam reajustes há vários anos, enquanto os planos de saúde reajustam suas mensalidades anualmente.

iii) não teria ocorrido abuso por parte da SBOT/MS, pois teria sido convocada assembleia de seus médicos e estes autorizaram a realização dos procedimentos concretizados, com reuniões, discussões e tratativas que, por não terem levado ao resultado pretendido, levaram ao descredenciamento coletivo, tudo segundo orientação da SBOT/MS, que vem orientando o mesmo procedimento em outros estados da federação brasileira.

Por fim, alega que a atitude da SBOT/MS não representaria formação de cartel, mas apenas a defesa do conceito de justa remuneração profissional. Ademais, os descredenciamentos teriam sido homologados pelo CRM/MS, o que evidenciaria que nada de errado fora praticado.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

Em 19 de abril de 2010, por meio do Despacho de fls. 247 e com base na Nota Técnica de fls. 222-246, a então SDE instaurou o presente Processo Administrativo para apurar possíveis condutas anticoncorrenciais passíveis de enquadramento no art. 20, incisos I, II, III e IV c/c art. 21, incisos II, IV, V, VI e X, ambos da então vigente Lei nº 8.884/94.

Em 01 de setembro de 2010, a UNIDAS protocolizou sua defesa⁷, aduzindo, essencialmente, que:

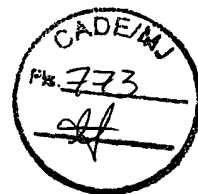
i) a inclusão da UNIDAS no polo passivo do presente feito fundamentou-se, no fato da atuação desta entidade já ter sido objeto de apreciação pelo CADE em oportunidades anteriores. Sendo assim, foram citadas manifestações de processos administrativos dos anos de 2.000 e 2.004, porém, sem qualquer relação com os fatos em discussão nestes autos.

ii) nenhum indício de prática infrativa quanto aos fatos noticiados foi constatado em relação à UNIDAS, a qual, na qualidade de entidade associativa, nada mais fez do que tutelar os interesses de seus associados.

iii) a representada não tem qualquer poder para obrigar suas entidades filiadas a observar parâmetros referenciais que foram estabelecidos em eventuais negociações.

iv) o ofício UNIDAS/SUP/MS/036/2003 mencionado como indício de infração por parte desta representada, nada mais consistiu do que uma tentativa de harmonizar a relação entre os prestadores (SBOT/MS) e as

⁷ fls. 456-468 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

autogestões, haja vista as imposições e ameaças impingidas por planos de saúde suplementar.

Por fim, alega ainda, que os vários trabalhadores e servidores públicos que se organizaram na forma de entidade de autogestão não podem ser acusados da prática de cartel. Na realidade, são justamente os destinatários da citada proteção legal e as principais vítimas dos mercados cartelizados.

Em 02 de maio de 2011, a então SDE encerrou a instrução processual⁸, por entender que o feito se encontrava satisfatoriamente instruído e intimou os representados para que apresentasse suas alegações finais. Os representados, contudo, não se manifestaram.

A SG e a ProCADE opinaram pelo arquivamento do presente feito em relação à União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Por outro lado, opinaram pela condenação dos demais representados, por entenderem que, a despeito dos conflitos existentes entre os agentes atuantes no setor de saúde, notadamente médicos e operadoras de planos de saúde, a negociação coletiva promovida pelas entidades representativas dos médicos distorceriam as condições de concorrência do setor. A CBHPM teria sido efetivamente imposta como tabela de preços mínimos, a partir da ameaça de instauração de processos administrativos, em desfavor dos médicos, por descumprimento dos valores estabelecidos, e da promoção de boicotes e paralisações gerais contra as operadoras que se recusassem a seguir a referida tabela.

Vieram os autos à manifestação do Ministério Público Federal.

⁸ fls. 548-561 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

É o relatório.

II. MÉRITO

II.a - Da instrução do Processo Administrativo

Compulsando os autos verificamos 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.

II.b - Da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*

O representado Cláudio Wanderley Luz Saab, presidente da SBOT/MS, alega ser parte ilegítima para a causa, em razão de que ele nada teria feito por ato próprio ou decisão pessoal, que agiu apenas como representante da SBOT/MS.

Trata-se de matéria de mérito, a ser analisada mais adiante.

II.c - Da conduta e de sua subsunção

A conduta ora analisada é a imposição, às operadoras de planos de saúde no Estado do Mato Grosso do Sul/MS, de tabela de honorários mínimos, usando-se como referência a CBHPM. Essa imposição seria viabilizada pela promoção de negociações coletivas e pela coordenação



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

de paralisações generalizadas (boicotes) ao atendimento de beneficiários das operadoras que se recusassem a aderir à tabela.

A implantação da CBHPM⁹ 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 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, VI e X do art. 21 da mesma lei.

Avaliar se a prática dos representados 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 natureza¹⁰.

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 nacional. É que essa categoria, situada ao lado da regra da ilegalidade “*per se*”, funciona com base em presunções relativas de ilicitude ou de ilegalidade que podem ser diferenciadas para distintas condutas anticoncorrenciais previstas naquele ordenamento. Os contornos dessa distribuição não necessariamente simétrica

9 Tabela da Comissão Nacional de Honorários Médicos – fls. 615 dos autos.

10 “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 08012.002381/2004-76

de presunções se dão a partir da experiência dos órgãos encarregados do controle e repressão ao abuso do poder econômico.

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 ilegal¹¹.

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

11 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 08012.002381/2004-76

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 CADE¹².

Isso porque o diploma processual adota como regra a teoria estática do ônus da prova¹³, 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 prova¹⁴) – ressaltando que a última hipótese não se aplica abstrata e

12 “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.”

13 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.”

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

indiscriminadamente, mas a partir da análise das circunstâncias fáticas justificadoras em um caso concreto¹⁵.

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 cautela¹⁶.

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.

15 “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.)”

16 “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 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.).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

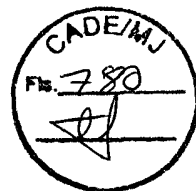
Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

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 adéqua 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)¹⁷.

II.d – Do mercado relevante e 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, especializados em ortopedia e traumatologia, por meio de planos de saúde no Estado do Mato Grosso do Sul/MS. A definição produto justifica-se pelo fato de a CBHPM ser bastante ampla, contendo uma vasta gama de

¹⁷ 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 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 08012.002381/2004-76

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.

A influência que os representados exercem sobre o mercado é facilmente aferível quando se considera a natureza deste, um conselho 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 CRM-MS devem ser observadas por todos os médicos sob sua orientação, sob pena de se sujeitarem à aplicação de medidas disciplinares.

Diante desse cenário, certo é que os representados exerce influência decisiva sobre todo o mercado relevante objeto da conduta ora analisada, uma vez que todos os médicos que exercem suas atividades no Estado do Mato Grosso do SUL estão sujeitos à regulação e à fiscalização do CRM-MS.

Nesse passo, não cabe o argumento dos representados de que este não estaria sujeito à aplicação da Lei nº 8.884/94. O art. 15 da lei¹⁸, 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, tampouco conselhos de regulamentação profissional.

18 “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 08012.002381/2004-76

II.e - Da comprovação da conduta

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 Conselho Federal de Medicina¹⁹. 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, foi enviado aos médicos um “Comunicado Oficial”²⁰, informando os valores a serem observados para os portes e as UCOs. Esses

19 Conduta objeto do PA 08012.004276/2004-71.

20 Constante da nota técnica final da SG, fls. 964-965 dos autos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

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 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 CFM, da AMBr e da SBOT/MS.

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 parte 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.

No caso em exame, a atuação específica dos representados deu-se com a divulgação da possibilidade de sanções disciplinares aos médicos que não obedecessem aos valores constantes da tabela, amplamente divulgados às entidades no Estado do Mato Grosso do Sul/MS.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

Além da ação junto aos profissionais médicos, há vasta documentação nos autos que demonstra a atuação dos representados no sentido de impor a tabela também às operadoras de planos de saúde.

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 antitruste²¹. 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 dos representados, 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.

A atuação específica do representado Cláudio Wanderley Luz Saab, foi essencial para a organização do movimento de implantação do CBHPM no Estado de Mato Grosso do Sul/MS, especificamente na área de ortopedia e traumatologia. Como presidente da SBOT/MS, o representado, encaminhou diversas correspondências informando os valores dos honorários da CBHPM definidos pela classe médica²².

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

22 fls. 620 - “Prezado Doutor,

Conforme é sabido por V.Sª, a SBOT (entidade representante dos ortopedistas de MS), está promovendo um movimento em defesa da dignidade da profissão, em busca de remuneração justa, adequada e compatível com o Código de Ética Médica para todos os ortopedistas deste Estado [...]



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

Portanto, o conjunto probatório reunido nos autos demonstra que a atuação desse representado foi essencial para a organização do movimento de implantação da CBHPM no Estado do Mato Grosso do Sul/MS, na especialidade ortopedia e Traumatologia. Como presidente da SBOT/MS, o Senhor Cláudio Wanderley Luz Saab encaminhou vários ofícios determinando aos associados como deveriam comportar-se diante do movimento deflagrado pela categoria²³.

Assim, entende o Ministério Público Federal estar suficientemente comprovada nos autos a influência dos representados 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).

Por outro lado, com a determinação do mercado relevante pela SG²⁴, entende o MPF, que a UNIDAS não teria poder de compra suficiente para impor aos médicos credenciados valores de serviços médicos abaixo do valor de mercado.

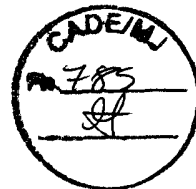
Conclusão

Diante do exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pela condenação dos representados pela prática de infração à ordem

Feitas tais considerações, vimos através da presente NOTIFICÁ-LO para que não mais preste serviço médico aos usuários dos convênios UNIDAS/CIEFASD e CASSEMS, IMPCG, ASSEFAZ, GEAP, FUND., ENERSUL, PAMS CEF, EMBRATEL, ECT-CORREIOS, CASSI, EMBRAPA, CAPESAÚDE, FASSINCRA, FUNSERV, ou em qualquer outro estabelecimento (exceto nas hipóteses de urgência e emergência), sob pena de cometimento das infrações de natureza ética, constantes do Código de Ética Médica [...]

23 fls. 621- 625 – trecho dos ofícios encaminhados pelo representado.

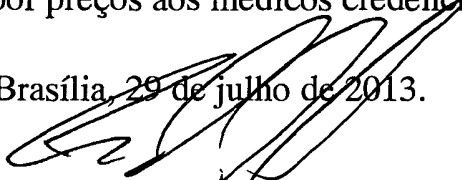
24 Item 158 da Nota Técnica SDE de fls. 606 dos autos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002381/2004-76

econômica, prevista no art. 20, incs. I, II e IV c/c art. 21, incs. II, X e XXIV, todos da então vigente Lei nº 8.884/94, exceto à UNIDAS por não ter poder de compra suficiente para impor preços aos médicos credenciados.

Brasília, 29 de julho de 2013.


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