

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

Representante: SDE *Ex Officio*

Representados: **Federação Nacional dos Médicos – FENAM** (Adv.: Ulisses Riedel de Resende; Marcos Luis Borges de Resende; Antonio Alves Filho e outros); **Associação Médica Brasileira – AMB** (Advogados: Rosmaria Aparecida Elias, Roberto Augusto de Carvalho Campos); **Conselho Federal de Medicina – CFM** (Adv.: Giselle Crosara Lettieri Gracindo; Ana Luiza Brochado Saraiva Martins; Alejandro Bullón Silva e outros).

Nota Técnica n.º 70 Superintendência-Geral

EMENTA: Processo Administrativo instaurado em desfavor da **Federação Nacional dos Médicos – FENAM, Associação Médica Brasileira – AMB e Conselho Federal de Medicina – CFM** com o fito de apurar a existência de conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, da então vigente Lei nº 8.884/94. Tabela de honorários. CBHPM. Organização de boicote, contra planos de saúde. Caracterização da conduta. Parecer pela condenação.

Senhor Coordenador-Geral,

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 06 de maio de 2011 (fls. 526/546) em desfavor da **Federação Nacional dos Médicos – FENAM; Associação Médica Brasileira – AMB e Conselho Federal de Medicina – CFM** – entidades que compõem a Comissão Nacional de Honorários Médicos –, com o fito de apurar a existência de conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento ao artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, da então vigente Lei nº 8.884/94¹.

2. As entidades médicas supostamente negociavam coletivamente com as operadoras de planos de saúde buscando impor a estas a 6ª Edição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), uma lista que ordena os procedimentos

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

médicos de acordo com determinados atributos², que teria sido utilizada como uma tabela para fixar preços mínimos.

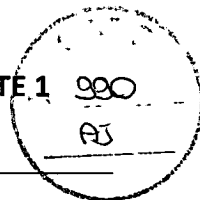
3. Conjuntamente com o ato de instauração do presente feito, decidiu-se pela adoção de Medida Preventiva, com base no artigo 52 da Lei nº. 8.884/94, uma vez que fora constatada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação à concorrência no mercado relevante de prestação de serviços médico-hospitalares no Sistema de Saúde Suplementar. A referida Medida Preventiva determinou aos Representados que:

- i. Que se abstivessem de utilizar os artigos 18, 48, 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica para fundamentar a instauração de Sindicâncias ou Processos Administrativos Disciplinares contra médicos que não acompanham as decisões das entidades médicas quanto a honorários e rescisões contratuais;
- ii. Que se abstivessem de utilizar os artigos 18, 48, 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica para coagir ou obrigar a participação de médicos em movimentos de negociação coletiva ou sua adesão às decisões das entidades médicas;
- iii. Que se abstivessem de promover, fomentar ou coordenar qualquer movimento de paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo indeterminado ou descredenciamento em massa;
- iv. Que se abstivessem de fixar ou divulgar valores de consultas, portes e Unidades de Custo Operacionais, ou quaisquer indexações que reflitam nos valores pagos pelas operadoras aos médicos;
- v. Que se abstivessem de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais;
- vi. Que determinassem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que respaldem a cobrança direta pelos médicos de valores adicionais por consultas ou procedimentos dos beneficiários de planos de saúde credenciados;
- vii. Que determinassem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que fixe valores de consultas e procedimentos médicos;
- viii. Que fizessem publicar, em pelo menos um dos dois jornais de maior circulação Nacional, o teor do Comunicado a seguir descrito, juntando aos autos cópia da referida publicação no prazo de 20 (vinte) dias:

“Aos médicos, operadoras e consumidores de planos de saúde

O Ministério da Justiça, por detectar a possibilidade de danos irreparáveis, adotou Medida Preventiva em processo que investiga a

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



atuação do Conselho Federal de Medicina, da Associação Médica Brasileira e da Federação Nacional dos Médicos. Pela determinação ministerial as entidades devem coibir a cobrança de valores suplementares, no ato do atendimento médico, dos pacientes que possuam plano de saúde conveniado. O Ministério também proibiu a realização de paralisações de atendimento aos beneficiários de planos de saúde de forma generalizada e por tempo indeterminado e vedou que as entidades coordenem descredenciamentos em massa.

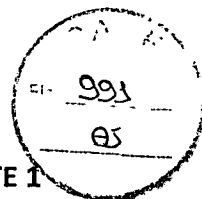
O CFM, a AMB e a FENAM podem ser punidas com multa diária de aproximadamente R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) caso descumpram a decisão.

Os consumidores eventualmente lesados devem procurar o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça.”

- ix. Que divulgassem em suas páginas eletrônicas e façam publicar nas páginas eletrônicas de todos os Conselhos Regionais de Medicina e filiadas da AMB e da FENAM o seguinte comunicado, juntando aos autos cópia das referidas publicações no prazo de 20 (vinte) dias:

“A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, em vista dos desdobramentos do movimento iniciado no dia 07 de abril de 2011, instaurou Processo Administrativo e adotou Medida Preventiva por vislumbrar a possibilidade de dano irreparável, estabelecendo às entidades médicas que:

- se abstenham de utilizar os artigos 18, 48, 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica para fundamentar a instauração de Sindicâncias ou Processos Administrativos Disciplinares contra médicos que não acompanharem as decisões das entidades médicas quanto a honorários e rescisões contratuais;*
- se abstenham de utilizar os artigos 18, 48, 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica para coagir ou obrigar a participação de médicos em movimentos de negociação coletiva ou sua adesão às decisões das entidades médicas;*
- se abstenham de promover, fomentar ou coordenar qualquer movimento de paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo indeterminado ou descredenciamento em massa;*
- se abstenham de fixar ou divulgar valores de consultas, portes e Unidades de Custo Operacionais, ou quaisquer indexações que reflitam nos valores pagos pelas operadoras aos médico;*
- se abstenham de impedir a negociação direta e individual de*



honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais;

- determinem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que respaldem a cobrança direta pelos médicos de valores adicionais por consultas ou procedimentos dos beneficiários de planos de saúde credenciados;*
- determinem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que fixe valores de consultas e procedimentos médicos;*

As entidades médicas podem ser punidas com multa diária de aproximadamente R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) caso descumpram a decisão.”

4. As investigações que acarretaram a instauração do Processo Administrativo em epígrafe decorreram de denúncia anônima que relatava prática supostamente anticompetitiva da Associação Paulista de Medicina – Regional de Indaiatuba – APM Indaiatuba. Tal entidade estaria fixando os preços das consultas e honorários médicos, em detrimento da livre concorrência, por meio de suas Assembleias Deliberativas. Além disso, segundo a denúncia, a APM Indaiatuba estaria paralisando os atendimentos médicos às operadoras de planos de saúde que não aceitassem os valores por ela determinados. Os médicos se veriam obrigados a adotar as medidas propostas pela entidade, pois aqueles que não seguissem as decisões da APM Indaiatuba poderiam ser punidos, com a abertura de processos ético-disciplinares no CREMESP. Às fls 04 a 31 foram acostados diversos documentos em que relatavam as práticas perpetradas pela Associação Paulista de Medicina.

5. Às fls. 40 a 191 foram acostados documentos, notícias e relatórios retirados das páginas eletrônicas do Conselho Federal de Medicina, da AMB e da FENAM, assim como de diversas outras entidades médicas e Conselhos Regionais. Tais informações, em suma, retratam que as entidades médicas nacionais estão liderando um movimento em todo o Brasil para pressionar as operadoras de planos de saúde a reajustarem os valores dos honorários médicos e adotarem os preços definidos na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) 6ª Edição. Ainda em consonância com as informações em referência, o CFM, a AMB e a FENAM determinaram que as negociações com as operadoras se dariam regionalmente, por meio de Comissões de Honorários formadas pelas entidades médicas de cada Estado. Dessa forma, o movimento de fixação de valores mínimos que estava sendo observado em Indaiatuba seria, na verdade, a manifestação municipal de um movimento para a implantação da CBHPM 6ª Edição, coordenado pelas entidades médicas nacionais.

6. As informações coligidas ao longo dos autos conduziram aquela SDE a reconhecer a existência, a princípio, de: (i) suposta coordenação de um movimento nacional perpetrado pela AMB, pelo CFM e pela FENAM para impor às operadoras de planos de saúde valores mínimos de consulta e de honorários médicos; (ii) suposta organização das entidades nacionais referidas no sentido de impor aos médicos a suspensão da prestação de serviços às operadoras que se recusem a contratá-los pelos valores por elas definidos; (iii) suposta fixação de valores padronizados a serem cobrados de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços de consultas médicas.

7. Convém destacar que o escopo da presente investigação não se sobrepõe nem se confunde com aquele analisado e remetido ao CADE no bojo do Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-7.³

1.1 Da instauração do Processo Administrativo e adoção de Medida Preventiva

8. Os indícios de que o designado “movimento pela dignidade médica” seria liderado pelo Conselho Federal de Medicina, pela Associação Médica Brasileira e pela Federação Nacional dos Médicos, consubstanciando influência de conduta uniforme a toda a classe médica brasileira para que, em detrimento do bem-estar do ambiente competitivo, impusesse condições coletivas de negociação, as quais por vezes teriam como consequência a deflagração de paralisações em massa e cobrança despropositada de valores adicionais a beneficiários da assistência suplementar à saúde ensejou a instauração de Processo Administrativo, por possível violação ao artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, da então vigente Lei nº 8.884/94, bem como a concomitante adoção de medida preventiva em face das entidades médicas já aludidas, nos termos do Despacho nº 336, de 06 de maio de 2011, publicado no DOU de 09/05/2011, do Ilmo. Sr. Secretário de Direito Econômico.

9. As partes foram devidamente notificadas em relação à instauração do presente feito, conforme se constata a partir das notificações juntadas às fls. 347-349.

10. Em 20 de maio de 2011, procedeu-se à juntada de decisão interlocutória em sede da Ação Ordinária nº 27.438-35.2011.4.01.3400 proferida pelo douto Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal contra o ato indigitado coator da Secretaria de Direito Econômico, qual seja a abertura do Processo Administrativo com adoção de Medida Preventiva.

11. Posteriormente, foi acostada aos autos a decisão exarada no Agravo de Instrumento nº 0030650-79.2011.4.01.000/DF, cassando a decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal e devolvendo parcial vigor à decisão mandamental daquela Secretaria de Direito Econômico que determinou a adoção de Medida Preventiva, reformando apenas as imposições de publicação de nota em jornal de grande circulação a expensas das

³ Trata-se de feito instaurado pela Secretaria de Direito Econômico no qual o Conselho Federal de Medicina – CFM, a Associação Médica Brasileira – AMB, a Federação Nacional dos Médicos – FENAM e a Confederação Médica Brasileira – CMB foram investigadas por, dentre outras condutas, o incentivo a paralisações concertadas da prestação de serviços médicos, reforçadas pela adoção coercitiva da Resolução nº Resolução CFM nº 1.673/03, a fim de se estabelecer como obrigatórios os valores mínimos decorrentes da aplicação da CBHPM. No bojo daquele Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-7 foram investigados todos os atos e fatos perpetrados até a data da instauração, qual seja 21 de julho de 2004 (excluídos, obviamente aqueles eventos antecedentes que, conquanto voltados ou passíveis de lesionar a Ordem Econômica, estivessem revestidos de intangibilidade pela ocorrência de prescrição). O feito, devidamente instruído e realizado, no todo e em cada uma de suas fases, conforme os ditames das leis de regência, foi submetido pela SDE ao CADE com parecer pela condenação, tendo sido distribuído, no tribunal da autarquia antitruste, ao Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Em 21 de dezembro de 2012, a douta ProCADE, por meio de seu Procurador-Geral, exarou o Parecer nº 471 corroborando o opinativo condenatório ofertado pela SDE. Dessarte, é importante consignar que o âmbito material daquela investigação não se confunde com a presente na medida em que as condutas que ensejaram a investigação neste e naquele não se confundem nem materialmente nem cronologicamente.

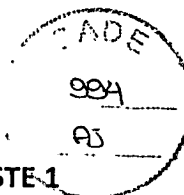
representadas. De todo modo, o núcleo de obrigações de não fazer determinadas pela SDE recobram eficácia e aplicabilidade.

1.2 Das Defesas

12. A Federação Nacional dos Médicos – FENAM acostou sua defesa a fls. 389-409. Preliminarmente, aduziu (i) a incompetência da Secretaria de Direito Econômico para intervir em relações de trabalho, ao argumento de que a relação jurídica objeto da controvérsia, isto é, aquela que liga profissionais médicos aos planos de saúde, seria da alçada da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da CF/88; (ii) a FENAM desempenharia, em suma, prerrogativas constitucionais e institucionais típicas das entidades sindicais, de modo que, ao exercer esse mister, sua atuação seria insuscetível de escrutínio antitruste. No mérito, a FENAM pugna que (iii) não atuou em busca de obter participação ou posição de mercado dominante na prestação de serviços médicos; (iv) que “a CBHPM” (...) “*trata de um esforço conjunto das entidades de classe em todo o país no sentido de estabelecer como referencial um mínimo remuneratório digno para a categoria médica.*”; (v) sustenta que o processo de definição dos honorários médicos ocorreria sem sua interferência direta; (vi) que as paralisações consubstanciariam exercício de autonomia de vontade de cada sindicato e de cada associado; (vii) não haveria qualquer punição ético-disciplinar por parte da FENAM; (viii) a centralização da responsabilidade nas entidades nacionais, afastando-se a apuração de responsabilidade das entidades locais, seria desarrazoada. Por fim, entende que o ato de inauguração do presente feito violaria o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, CF/88).

13. O Conselho Federal de Medicina – CFM protocolizou suas razões de defesa a fls. 462/560 sustentando, em suma, que (i) haveria nulidade absoluta do ato administrativo de instauração do Processo Administrativo por ausência de fundamentação, especialmente face à “*inexistência de QUALQUER TIPO DE INTERFERÊNCIA NO PODER DE MERCADO POR PARTE DO RECORRENTE*” (fls. 465); (ii) não haveria prova de que teria havido processos disciplinares em desfavor de médicos que não aderiram à “luta pela valorização profissional”, de modo que a presunção de punição afrontaria a legislação vigente; (iii) haveria abuso de poder no ato daquela SDE na medida em que esse se imiscuiria na relação havida entre médicos e pacientes ou entre aqueles e os planos de saúde; (iv) haveria cerceamento de defesa, vez que já teria havido emissão de juízo de (des)valor sobre as condutas sem a oitiva das partes representadas; (v) a adesão dos médicos teria sido espontânea, dado o natural interesse de melhor remuneração, sem qualquer comprovação de atuação da parte representada nesse processo.

14. A Associação Médica Brasileira – AMB protocolizou sua defesa a fls. 599-618 pugnando, preliminarmente, pela extinção do Processo Administrativo contra si, ao argumento de que os preceitos proibitivos da Lei nº 8.137/90 teria em seu âmbito de vigência pessoal “empresas”, e não “profissional liberal individual” ou, ainda, “profissionais liberais agregados em coletividade ou vinculado a órgão que não se assemelhe a empresa”. No mesmo diapasão, a referida representada sustenta que, por não ter fins lucrativos ou econômicos, seus



atos, que não são empresarias, estariam alijados do alcance das normas protetivas da livre concorrência.

15. No mérito, a AMB sustenta a inexistência de qualquer infração à ordem econômica em sua conduta vez que (i) não teria prerrogativa legal de determinar instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar contra médicos; (ii) não resta comprovada a ação no sentido de coagir ou obrigar a participação de médicos em movimentos de negociação coletiva ou sua adesão às decisões das entidades médicas; (iii) não haveria prova nos autos que comprovasse a autoria, promoção, fomento ou coordenação, por parte da AMB, de movimento de descredenciamento em massa ou paralisação coletiva de atendimento a beneficiários de planos de saúde; (iv) a AMB não teria fixado ou divulgado valores de consultas, portes ou quaisquer indexadores que refletissem nos valores pagos pelas operadoras aos médicos.; (v) a AMB nunca teria interferido na negociação direta e individual dos honorários havida entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais; (vi) faleceria à AMB poder para editar atos normativos ou orientativos nem para determinar cobrança direta pelos profissionais médicos de valores adicionais por consulta em face dos beneficiários de planos de saúde credenciados, como também (viii) para fixar qualquer norma ou orientação no sentido de determinar valores de consultas e procedimentos médicos.

16. Em sequência, a AMB busca descaracterizar o cabedal probatório carreado aos autos, afirmando não haver indícios aptos à investigação por ilícito administrativo contra a ordem econômica, mas tão somente demonstrações do exercício de sua liberdade de manifestação e de suas finalidades institucionais, todas elas, segundo a Representada, conformes à Constituição Federal e às leis. A AMB sustenta ainda não ter apoiado qualquer movimento de descredenciamento em massa ou de paralisação por tempo indeterminado, nem participado de boicotes ou fixado valores, por ausência de poder punitivo ou disciplinador em relação à classe médica, dada sua natureza de associação civil. Forte nessas razões, pugna pelo arquivamento do feito.

1.3 Da Instrução do Processo Administrativo

17. A AMB, a fls. 712, apresentou petição com o objetivo de entabular negociação acerca do objeto do presente feito, no que foi seguida pelo CFM (fls. 715).

18. Em 10 de abril de 2012, as partes Representadas foram regularmente intimadas a especificar as provas que pretendiam ver produzidas. A AMB requereu a produção de prova oral, consistente na oitiva de testemunhas, bem como a produção de prova documental, consistente na expedição de ofícios a alguns órgãos cuja manifestação indicaria o caráter vinculativo ou não de sua atuação, entendendo não restar configurada a materialidade delitiva ora investigada. O CFM protestou pela intimação de seu Presidente, Dr. Roberto Luiz d'Avila, a fls. 764. A FENAM não se manifestou, deixando transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se.

19. A SDE procedeu à intimação das pessoas físicas arroladas pelas Representadas e determinou o dia 25 de maio de 2012 para tal desiderato. Foram ouvidos o Sr. Francisco

Carlos Ruiz, Florisval Meinão e Florentino da Araújo Cardoso Filho, cujos depoimentos foram reduzidos a termo e colacionados aos autos (fls.907-926).

20. Em 31 de maio de 2012, foi protocolizado pedido de Termo de Cessão de Conduta perante o CADE, razão pela qual se definiu o sobrestamento do feito até 31 de agosto de 2012. No entanto, não houve, até o momento, acordo entre o CADE e as Representadas, razão pela qual o prosseguimento do feito impôs-se.

21. Em 19 de dezembro de 2012, o Sr. Superintendente-Geral Substituto determinou a convalidação do presente feito e deferiu a solicitação de oitiva do Sr. Roberto Luiz D'Ávila e do Sr. Renato Azevedo Júnior; no entanto, o Conselho Federal de Medicina atravessou petições aos autos desistindo expressamente desse meio de prova.

22. Em 10 de janeiro de 2013, foi deferido o pedido de desistência na produção de prova oral da testemunha anteriormente arrolada (Sr. Roberto Luiz D'Ávila). Posteriormente, em 15 de janeiro de 2013, novamente o CFM veio aos autos solicitar a desistência da oitiva de outra testemunha até então arrolada, qual seja o Dr. Renato Azevedo Jr.

23. Em 16 de janeiro de 2013, foi realizada a audiência de instrução, para a qual se fizeram presentes apenas representantes da FENAM, quedando ausente preposto ou representante legal da AMB, a configurar, em relação a essa, desistência da produção de prova testemunhal. Na mesma data, o Superintendente-Geral determinou o encerramento da fase instrutória e a notificação dos Representados para apresentação de alegações finais em 05 (cinco) dias úteis nos termos da legislação de regência. Tal despacho foi publicado no DOU em 17 de janeiro de 2013

1.4 Das Alegações Finais

24. Em 24 de janeiro de 2013, o Conselho Federal de Medicina protocolizou suas alegações finais, repisando os fundamentos já expendidos em sede de defesa administrativa no sentido de que (i) os atos do CFM não teriam coercitividade, (ii) a adoção da CBHPM teria caráter meramente sugestivo e referencial, mas jamais impositivo ou obrigatório; (iii) não haveria qualquer sindicância ou processo ético-disciplinar em curso a esse fim. A mencionada representada pugnou, ainda, a ilegalidade da medida preventiva adotada, ao argumento de que a SDE somente não teria competência para determinar obrigações de fazer (como determinar a publicação de nota em jornal de grande circulação), mas apenas obrigações de não fazer (como a cessação da prática de determinado ato).

25. Em 28 de janeiro de 2013, a Associação Médica Brasileira fez juntada de suas alegações finais sustentando, em suma, (i) que existiria questão prejudicial à análise do presente feito, na medida em que estariam em trâmite perante o Poder Judiciário ações que, quando decididas em definitivo, poderiam, se julgadas procedentes, ensejar a nulidade integral do presente processo; (ii) que houve cerceamento de defesa, na medida em que não teriam sido emitidos ofícios requeridos pela AMB aos Conselhos Regionais de Medicina com o fito de averiguar sua capacidade de punir e exigir condutas dos médicos e, por fim, (iii) que não foi demonstrada qualquer lesão à Ordem Econômica, mas mero exercício de livre manifestação do pensamento, em sua conduta.

26. A Federação Nacional dos Médicos – FENAM não protocolizou alegações finais.
27. Este é o relatório.

2. ANÁLISE

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

29. O ponto fulcral da denúncia em exame versa sobre (i) a coordenação de um movimento nacional perpetrado pela AMB, pelo CFM e pela FENAM para impor às operadoras de planos de saúde valores mínimos de consulta e de honorários médicos; (ii) a organização das entidades nacionais referidas no sentido de impor aos médicos a suspensão da prestação de serviços às operadoras que se recusem a contratá-los pelos valores por elas definidos; (iii) a fixação de valores padronizados a serem cobrados de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços de consultas médicas.

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

2.1 Das Preliminares Aduzidas

31. Antes de contextualizar o problema retratado nesses autos, convém rebater as preliminares aduzidas pelas entidades Representadas.

2.1.1 Subsunção das categoria profissional médica à legislação de defesa da concorrência

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

33. Os médicos, como profissionais prestadores de serviços com vínculo com operadoras de planos de saúde, exercem, de maneira incontestada, atividade econômica. Detentores do risco da atividade, os profissionais disponibilizam um serviço no mercado que é, por sua vez, contratado por empresas que o oferecem a seus respectivos consumidores. Nesse cenário, os médicos restam inegavelmente como aqueles agentes que ofertam um serviço às operadoras de plano de saúde que, por sua vez, os remunera pelo atendimento de seu beneficiário. Assim, embora a relação entre médico e paciente seja especialmente

conduzida pela pessoalidade e em que pese sirvam estes profissionais à distinta função de salvar vidas, quando se disponibilizam a atender pacientes, fazendo dessa sua atividade profissional e sua fonte de subsistência, mediante remuneração, figuram como agentes econômicos que atuam como profissionais autônomos neste mercado específico, caracterizando-se como verdadeiros concorrentes. Os pacientes (consumidores), é bom lembrar, pagam por este serviço, ainda que por meio do plano de saúde a que se filiarem, e se sujeitam pesadamente aos eventuais aumentos de preços ou cessação da oferta patrocinados pelos profissionais médicos.

34. Além disso, é preciso frisar que a existência de lei regulamentadora da atividade profissional não afasta a possibilidade de eventual intervenção antitruste, com a finalidade de corrigir distorções que provoquem lesões, ainda que não efetivamente alcançadas, ao ambiente competitivo. É por esta razão que o artigo 15 da Lei nº 8.884/94 não cria qualquer exceção quanto à aplicabilidade do referido diploma legal. Não existe, por outro lado, qualquer outro dispositivo constitucional ou legal que isente, expressamente, o exercício da medicina dos valores atinentes à livre concorrência e tampouco aos preceitos que a tutelam.

35. É pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o entendimento que expressa a submissão das entidades representativas, inclusive os Conselhos de classe, as Associações e os Sindicatos, aos ditames da Lei nº 8.884/94⁴. Nesse sentido, tem-se reiterado que, a despeito dos aspectos benéficos inerentes à atuação das referidas entidades, essas, principalmente quando congregam empresas/profissionais concorrentes, são expostas a riscos não desprezíveis de se envolverem em práticas contrárias à concorrência e ao livre mercado.

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

37. Conforme é de conhecimento amplo, a Constituição Federal de 1988 consagrou a livre concorrência e a livre iniciativa como alguns dos pilares fundamentais da ordem econômica. Visa-se, com isso, assegurar o equilíbrio nas relações econômicas, conferindo a todos uma existência digna, o que implica a busca de eficiências por parte dos agentes econômicos e na procura pelo bem estar dos consumidores. Os princípios constitucionais regentes da ordem econômica não podem ser analisados de forma individual ou estanque. Assim como toda a normativa constitucional, são eles regidos pelo princípio da unidade da Constituição, o que acena a necessária e indispensável atenção às demais preocupações do

⁴ Nesse sentido aponta-se, apenas como medida de referência, as seguintes condenações do CADE a Associações: Processo Administrativo nº 08000.010318/1994-73 (em que a própria AMHPDF foi condenada por conduta anticompetitiva); Processo Administrativo nº 08012.004025/2000-63; Processo Administrativo nº 08012.006492/1997-25.

constituente⁵. Sendo assim, não se pode dizer que a atividade econômica será concedida sob o viés da absolutividade. Ela, assim como todos os princípios constitucionais, está adstrita a limites implícitos e explícitos previstos na Carta Magna.

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

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

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

41. Sustentando uma dignidade peculiar ao mister da Medicina, em diversos processos administrativos tem-se afirmado que tal atividade é, *per se*, avessa à lógica da mercancia, não se lhe aplicando, portanto, os mecanismos próprios da relação entre oferta e procura para a definição de preços e serviços. Fortes nessas razões, as entidades representadas entendem que patamares mínimos de preço seriam indispensáveis ao exercício ético da atividade, de modo a vedar a cobrança de preço vil, eventualmente realizada por alguns profissionais com o propósito de aumentar o número de seus atendimentos, comportamento oportunista que se valeria do deslocamento da demanda sensível a preços e constituiria prejuízo à qualidade dos serviços e, globalmente, da atividade médica.

42. A paralisação da prestação de serviços, a seu turno, constituiria ato voltado justamente a restituir condições dignas de exercício da atividade perante as operadoras de plano de saúde, e não conduta comercial ou expediente voltado a prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa dos próprios médicos ou dessas operadoras de planos de saúde com quem usualmente tais profissionais firmam contratos.

43. Tais afirmações escoram-se numa pretensa distinção essencial entre **atividade empresarial e profissão liberal**, como se tais categorias fossem mutuamente excludentes.

44. Tal entendimento tenta transpor a lógica da profissão liberal realizada singularmente, em que o elemento essencial do serviço é a atividade intelectual e pessoal do agente econômico, para um contexto em que os serviços de um profissional liberal individualmente considerado são substituíveis pelos serviços de outro profissional pertencente

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1223.

ao mesmo conjunto associativo e/ou grupo econômico. Assim, caso um médico não possa ou, no limite, se negue a prestar seus serviços por motivos de variadas ordens, outro profissional que pertença aos quadros da entidade associativa da especialidade clínica em que estejam reunidos e/ou que atue por intermédio de uma operadora de plano de saúde prestará o serviço.

45. Nesse contexto, o perfil da profissão liberal deixa de ter o elemento fundamental de sua existência econômica na atividade intelectual do indivíduo para inserir-se como elemento funcional de uma atividade econômica organizada para atendimento em escala. As atividades clínicas, cirúrgicas e ambulatoriais desenvolvidas em hospitais privados e realizadas por intermédio de planos de saúde privados são atividades econômicas de prestação de serviços médicos.

46. Por essa razão, essas sociedades empresárias – hospitais privados e operadoras de planos de saúde – têm como objeto social e elemento de empresa a prestação de serviços médicos: planos privados de saúde não oferecem outra comodidade material fruível por seus clientes senão os serviços dos profissionais médicos; hospitais particulares, além dos serviços propriamente hospitalares (e.g., exames clínico-laboratoriais e de internação) ofertam, fundamentalmente, serviços médicos a seu público consumidor. Nesse sentido, confira-se o magistério de André Luiz Santa Cruz Ramos⁶:

“Ora, é preciso lembrar que empresa é uma atividade econômica *organizada*, isto é, atividade em que há articulação dos fatores de produção, e no exercício de profissão intelectual essa organização dos fatores de produção assume importância secundária, às vezes irrelevante. No exercício de profissão intelectual, o essencial é a atividade pessoal do agente econômico, o que não acontece com o empresário.

Todavia, a partir do momento em que o profissional intelectual dá uma forma empresarial ao exercício de suas atividades (impessoalizando e passando a ostentar mais a característica de organizador da atividade desenvolvida), será considerado empresário e passará a ser regido pelas normas de direito empresarial.”

47. Os serviços médicos ofertados e negociados coletivamente, por entidades associativas, tratados subsumem-se, portanto, ao conceito de atividade empresarial, a rigor do disposto no parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002, *ipsis verbis*:

“ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. **Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”**

48. Corroboram tal entendimento os Enunciados 193, 194 e 195 do Conselho da Justiça Federal, aprovados na III Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2005, os quais dispõem, respectivamente, que: “o exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual estará excluído do conceito de empresa”; mas “os profissionais liberais não são

⁶ Ramos, André Luiz Santa Cruz – Direito Empresarial Esquematizado – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”; de modo que “a expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial”

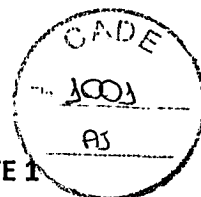
49. De mais a mais, o próprio exercício de atividade médica não realizado por meio de plano de saúde ou por intermédio de hospital privado, pode vir a se dar em regime empresarial, desde que realizada a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Tal escolha dos profissionais médicos - de exercerem o ofício autonomamente, mediante a mera inscrição perante o conselho de classe, ou sob a insígnia de uma pessoa jurídica - tem relevância apenas para a incidência e a arrecadação tributárias⁷, não operando maiores efeitos para a aplicação da Lei nº 8.884/94.

50. Afirma-se também que os vínculos éticos entre os profissionais médicos e a supervisão de sua atividade pelos conselhos da classe não permitiriam que esses profissionais fossem vislumbrados como concorrentes entre si. Nesse sentido, as representadas alegam que a Lei nº 3.268/57, por ser especial, afastaria a aplicação da Lei nº 8.884/94. Por fim, argumentou-se que o movimento coordenado de negativa de atendimento foi indispensável para resgatar as condições mínimas de exercício ético da profissão, pelo que a conduta estaria inserta na competência constitucional (art. 5º, XIII) e legal (Lei nº 3.268/57) de que goza a entidade representativa da profissão médica.

51. Quanto a tal alegação, novamente, não se aplica a lógica de mútua exclusão pretendida pelas representadas: embora a disciplina regulatória estabeleça certas proibições, faculdades e deveres aos médicos, nem toda a conduta comercial dos médicos pode ser disciplinada de modo heterônomo e exauriente pela Lei nº 3.268/67 e seus regulamentos. Mais precisamente: não cabe ao conselho profissional, a pretexto de zelar pela ética médica, regulamentar completamente o exercício da profissão, engessando qualquer âmbito de livre disposição do profissional, porquanto justamente nesse aspecto encontra-se o limite negativo à atuação do ente regulador classista. Nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência federal, conforme se verifica do seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a saber:

⁷ Os aspectos tributários são os fatores que têm maior influência na escolha por uma das modalidades. O imposto de renda, mormente, tem maior peso, conquanto a incidência de outras espécies de tributos e contribuições sobre as empresas, tais como o ISS (Imposto Sobre Serviços) e o INSS, influenciam a decisão. Em regra, leva-se em conta que, como pessoa física, a tributação devida é de 27,5 % sobre os rendimentos auferidos e, como pessoa jurídica, optando-se pelo lucro presumido, a tributação será de 11,33% (4,8% de IR; 2,88% de CS; 3% de Cofins e 0,65% de PIS). Em princípio, há larga vantagem em constituir-se sob os moldes de empresa.

Contudo, para pessoa física, os 27,5% não incidem sobre o total dos rendimentos, na medida em que se aplicam a faixa de isenção e a faixa de 15%, as quais antecedem o patamar de tributação de 27,5%. Outro fator são os descontos permitidos que, independentemente de comprovação, podem ser abatidos 20% dos rendimentos (limitados a R\$ 11.167,20) ou, sem limite de valor, desde que não o valor dos rendimentos não seja ultrapassado, caso os custos e as despesas estejam lançados em livro-caixa. Faz-se necessário um estudo comparativo para, com base nos valores percebidos, calcular-se os descontos permitidos e apurar o montante tributário devido, a fim de se conhecer a porcentagem que este tributo representa em relação ao rendimento total. Realizado tal cômputo, verifica-se se há, ou não, vantagem em adotar os 11,33% devidos no caso de pessoa jurídica.



“APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. TABELA DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM A ÉTICA PROFISSIONAL. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Medicina - CRM/ES contra sentença que julgou procedente o pedido dos autores. Estes, médicos, pretendiam a condenação do réu a se abster de praticar qualquer ato tendente a penalizá-los pela não observância dos valores previstos na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos- CBHPM, para efeito de remuneração dos serviços prestados aos seus assistidos. **2. O cerne da questão consiste em se indagar se o estabelecimento de honorários profissionais mínimos pelo Conselho seria corolário da atribuição prevista no art. 15 da Lei nº 3.268/57, qual seja, zelar pela ética de seus profissionais. A resposta é negativa.** Resta claro que, se os baixos honorários cobrados pelo médico forem usados como instrumento de concorrência desleal, o Conselho pode - e deve - intervir. Fora desta hipótese, **não há como se admitir um tabelamento imposto como regra a todos os profissionais, o que aviltaria o livre exercício da profissão, garantido constitucionalmente, nos termos do inciso XIII do art. 5º.** A CBHPM, neste diapasão, extrapola os limites traçados pela lei. 3. **É irrelevante o argumento de que a adoção da CBHPM foi precedida de Assembléia Geral, espelhando, desta forma, a vontade da maioria do profissionais, a qual não tem o condão de impor limites à autonomia individual e à liberdade de profissão.** 4. Por outro lado, não se discute, no presente feito, relação consumerista, não cabendo ao Conselho a defesa do interesse de terceiros consumidores, questão esta inteiramente alheia ao que aqui se debate. 5. Apelação improvida.”

(AC-200450010069721- AC - APELAÇÃO CIVEL - 392773 - Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA - E-DJF2R - Data::10/11/2010 - Página::452)

52. Insta observar, ademais, que a mencionada Lei nº 3.268/67 regula apenas as relações entre **médico e paciente**, bem como as relações éticas **entre os profissionais médicos**. Entretanto, as relações entre **médicos e operadoras de planos de saúde**, as relações entre **operadoras de planos de saúde e hospitais privados** e, por fim, a relação entre **médicos e os hospitais privados** não se encontram disciplinados pelo aludido diploma. Considerando que os efeitos da conduta investigada projetam-se exatamente em face dessas relações jurídicas havidas entre médicos, operadoras de planos de saúde e hospitais, não resta suplantada a aplicação da legislação antitruste pelo diploma indigitado, porque este sequer alcança tais relações jurídicas⁸, conforme sustenta a jurisprudência consolidada pelo Colendo

⁸ Esse complexo de relações jurídicas, que desbordam daquela regulada pelo conselho de classe, constituem condição suficiente de procedibilidade do feito. Por exemplo, a diferenciação de qualificação técnica dos profissionais médicos enseja competição entre as operadoras de planos de saúde, que buscam oferecer aos profissionais mais qualificados os incentivos para que prestem seus serviços em seus quadros. Em última instância, os hospitais privados, concorrendo entre si, buscam munir seus quadros com serviços intermediados pelas mais distintas e eficientes operadoras de planos de saúde, o que lhes permitirá atender ao maior público



Superior Tribunal de Justiça e, por consequência, adotada pelos Egrégios Tribunais Regionais Federais, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (AO) PARA SUSPENDER RESOLUÇÕES DO CRM/MA - TABELA DE HONORÁRIOS MÉDICOS - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO MONOCRATICAMENTE - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...) 2- Muito embora a adoção de critérios objetivos na fixação da remuneração de serviços profissionais não fira, por si só, a livre **concorrência** ou impeça o exercício do trabalho, quicá caracterize formação de cartel, tem o STJ entendido que não pode o CRM impor sua tabela de honorários (CBHPM) aos "planos de saúde", por isso violaria a "liberdade contratual": "MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO Nº 19/87, DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte." (STJ, RESP 8490/RJ, Rel. Min. PECANHA MARTINS, T2, maioria, DJ 27/09/1999, p. 68) 3- Se há precedente do STJ em sentido contrário ao mérito da matéria de fundo, não se pode divisar "verossimilhança" para fins do art. 273 do CPC. 4- Agravo interno não provido. 5- Peças liberadas pelo Relator em 18/10/2004 para publicação do acórdão.

(AGTAG - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200401000141682 – Desembargador Luciano Tolentino do Amaral - DJ:12/11/2004 PAGINA:172)

53. Feitas essas observações, o fato é que, independentemente da discussão entre profissão liberal e atividade empresarial, de eventual debate de enquadramento ou não das atividades médicas em questão sob um ou outro elemento, e das regulamentações e competências no âmbito das entidades representativas, **o fato principal é que, na medida em que constitua um produto ou serviço prestado aos consumidores, com potencialidade de gerar efeitos sobre o seu bem-estar, uma atividade será, necessariamente, passível da tutela da legislação de defesa da concorrência.**

54. Não se verifica a existência de um regime jurídico próprio das profissões liberais que tácita ou expressamente afaste a aplicabilidade da legislação antitruste a tais atividades profissionais. Muito ao contrário, tanto o art. 15 da Lei nº 8.884/94 quanto o art. 31 da Lei nº 12.529/2011 são expressos em determinar que a 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".

55. Não há guarida, portanto, para a pretendida lógica de mútua exclusão entre atividades sujeitas a livre iniciativa e livre concorrência, de um lado, e atividades sujeitas a ditames regulatórios ou de profissionais liberais, de outro. Toda atividade econômica se

consumidor possível, com os menores custos e maiores margens de lucro. Dessarte, toda a complexa estrutura de funcionamento do sistema de saúde suplementar - e as relações concorrenciais possíveis nesse setor - sofrem, diretamente, consequências em razão da conduta de negativa de prestação de atendimento médico ("boicote").

sujeita, potencialmente, à ingerência de normas de Direito Administrativo, setoriais ou gerais, que lhe conformem o exercício. A isenção antitruste, no entanto, não decorre *ipso facto* da existência dessas barreiras institucionais à entrada, à permanência e à saída de um dado mercado de bens ou serviços. Apenas a expressa disciplina legal, que efetivamente substituiu a aplicação das normas concorrenciais por um efetivo e completo tratamento regulatório que não pressuponha ou estimule prestação privada e incentivos competitivos, teria o condão de fazê-lo.

56. O exercício de profissões liberais, notadamente quando organizadas e exploradas como elemento de empresa (mas mesmo quando não), não se configura como exceção à livre iniciativa; ao revés, constitui realização do princípio da livre iniciativa: profissionais médicos aderem, por exercício livre e autônomo de vontade, a associações e cooperativas que lhes representam e, nessa condição, entabulam contratações com operadoras de planos de saúde, ofertando sua capacidade laboral a todos quantos contratem os serviços dessas mediadoras, em regime de direito privado.

57. Nessa condição, e mesmo quando não o fazem, profissionais médicos prestam serviços (essenciais, por sinal) aos consumidores, seja diretamente seja por meio de um plano de saúde. Tendo em vista essa realidade, não se pode, de modo algum, afastar a tutela de tais consumidores da legislação de defesa da concorrência. A razão para isso não poderia ser mais clara. Sob o argumento de se tratar de uma profissão revestida de ditames éticos e com ditas distinções de uma atividade comercial estrita, podem os profissionais de uma determinada categoria praticar condutas descritas como ilícitos antitruste na Lei de Defesa da Concorrência, organizando-se de modo a elevar preços artificialmente, dividir mercados, reduzir ou impedir a oferta de serviços e assim por diante, tudo isso com potenciais efeitos gravíssimos ao bem-estar dos consumidores de um serviço essencial, com a segurança e a tranquilidade de não serem questionados pelo Poder Público responsável pela tutela dos interesses dessas pessoas? É evidente que não. Não por outro motivo, são inúmeros os exemplos de casos pretéritos julgados pelo CADE envolvendo profissionais médicos ou outros⁹.

58. Também a jurisprudência pátria do Judiciário tem-se posicionado pela aplicação da Lei nº 8.884/94 às profissões liberais quando seu exercício coordenado passa a constituir abuso de poder de mercado exercido em prejuízo da ordem econômica. Nesse sentido, a exigência de conduta comercial concertada por parte dos profissionais médicos subsume-se ao conceito de exercício de poder de mercado, a rigor do entendimento firmado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. DOMÍNIO DE MERCADO. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

⁹ Destacam-se os seguintes precedentes: os Processos Administrativos nº 61/93, Processo Administrativo nº 53/1992, Processo Administrativo nº 08000.015515/97-02, Processo Administrativo nº 08000.011520/1994-40, Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78, Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78 e Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78.

PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. 1. A cláusula de exclusividade na prestação de serviços, prevista em estatutos de cooperativas médicas, afronta a norma prevista no art. 18, inciso III, da Lei 9.656/98, que veda a imposição de "contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional" na área da saúde. Precedentes desta Corte. 2. Constitui atribuição do Poder Público, no exercício de seu regular poder de polícia, imiscuir-se nas relações privadas, limitando-as, quando atingirem o interesse coletivo. 3. Caso em que, na espécie, a cláusula de exclusividade acarreta situação que se qualifica como de domínio do mercado em certas áreas da medicina, com ofensa ao princípio constitucional da livre concorrência, o que torna legítima a atuação do CADE, em virtude de sua específica atribuição de órgão repressor de condutas caracterizadoras de abuso do poder econômico. 4. Apelação improvida."

(AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200034000076569 - DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS – Quinta Turma - DJ DATA:16/10/2003 PAGINA:54)

59. A exigência de exclusividade é apenas uma espécie do gênero de condutas aptas a limitar ou falsear a livre iniciativa médica, em prejuízo da concorrência nesse mercado e naqueles que dele dependem (prestação de serviços de planos de saúde e prestação de serviços médico-hospitalares). Por igual razão, a exigência de conduta comercial homogênea, materializada na negativa de prestação de serviços médicos ou na rescisão unilateral, constitui hipótese de intervenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ademais, a afirmação de que o objetivo do movimento teria como escopo o resgate da dignidade da profissão, e não a produção de efeitos de dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros não cabe ser cogitada nesta seara, na medida em que o juízo quanto ao elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa) nada altera na conformação do ilícito antitruste.

60. Sem desmerecer ou deixar de reconhecer a importância e as reivindicações de uma classe profissional essencial, como a médica, o Poder Público, tutelando os consumidores na figura do órgão de defesa da concorrência, não poderia jamais ser afastado da tarefa de coibir eventuais abusos relacionados ao exercício de tal profissão que surtam efeitos negativos à coletividade, sob pena de deixá-la desamparada ante a eventuais práticas ilegais.

61. Por tudo quando exposto, entende-se e sugere-se a rejeição integral das questões ventiladas em sede preliminar na medida em que tanto a Lei nº 8.884/94 quanto a vigente Lei nº 12.529/2011 aplicam-se, integralmente, ao mercado de prestação de serviços médicos e seus preceitos sancionatórios dirigem-se a todos quantos perpetrarem atos lesivos à Ordem Econômica, em especial à livre concorrência e a livre iniciativa.

2.1.2 Outras preliminares

62. Não merece guarida, igualmente, a afirmação de que haveria cerceamento de defesa nos presentes autos, na medida em que as garantias do contraditório e da ampla defesa foram amplamente respeitadas ao longo da instrução, tendo sido dada ampla possibilidade de produção probatória às partes, inclusive mediante a reiteração da solicitação de informações e testemunhas eventualmente não arroladas no momento legalmente determinado para tanto, como se depreende do Despacho do Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos de 10 de abril de 2012 (fls. 757), publicado no DOU de 11 de abril de 2012.

63. Quanto à afirmação da AMB de que não foram produzidas as provas documentais solicitadas, não cabe melhor sorte à Representada na medida em que, conforme consta na nota de instauração, os indícios de sua participação não repousam apenas sobre sua capacidade ou poder de, unilateralmente, admoestar ou punir profissionais médicos, mas antes e fundamentalmente em sua participação ativa e efetiva tanto na definição da CBHPM como tabela mínima de preços de serviços médicos, conforme se verificará adiante, bem como na fase de enforcement desse tabelamento de preços por meio do movimento de paralisação coordenada dos médicos como meio de pressão à obtenção dos objetivos comerciais em prejuízo da livre concorrência e da livre iniciativa. Afora isso, evidências relacionadas a ameaças de sanção já estão, como se verá, colacionadas nos autos de forma ampla.

64. Quanto à afirmação de que a discussão judicial afetaria a continuidade do presente feito, não cabe, igualmente, melhor sorte à preliminar suscitada, por decorrência lógico-jurídica do princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, CF/88), que confere à Administração Pública, no exercício da função administrativa, o atributo da autoexecutoriedade, segundo o qual o ato administrativo reúne presunção de legalidade e veracidade em si suficientes para a adoção da providência autorizada pela lei para a salvaguarda a supremacia e a indisponibilidade do interesse público a ponto de dispensar a confirmação ou assentimento de qualquer outro Poder¹⁰. Existindo eventuais decisões judiciais posteriores a seu favor, pode a parte, se assim entender pertinente, vir a questionar a decisão da Administração junto ao Judiciário. A mera existência de causas judiciais em curso, contudo, não têm o condão de obstar ou paralisar o exercício de competências legais de órgão do Poder Público.

65. Em sendo assim, não é apenas faculdade, mas verdadeiro dever imposto à Administração Pública, a continuidade dos atos e, em suma, do processo administrativo, não apenas pelo princípio processual do impulso oficial, como também pela imposição de dever de eficiência decorrente do princípio constitucional expresso – e direito fundamental – da razoável duração do processo. Nesse mesmo diapasão, inclusive, alinham-se as decisões judiciais, exaradas e ora vigentes, que corroboram tal exegese: o egrégio Tribunal Regional Federal cassou, em sede de Agravo de Instrumento, parcialmente a liminar que vergastara o ato de instauração do presente e a concomitante adoção de medida preventiva, mantendo incólume o juízo emitido pela Secretaria de Direito Econômico quanto à necessidade de abertura da presente investigação e, mais ainda, as obrigações de não fazer determinadas contra a adoção de atos cujos efeitos e dinâmica, se mantidos, pudessem ensejar infração à Ordem Econômica.

66. Por fim, convém ressaltar que não há, ainda que não alegada, qualquer preliminar extintiva ou obstativa do direito sancionatório do Estado na presente investigação.

67. Tendo rebatido as preliminares e antes de ingressar na etapa de delimitação do mercado relevante e de verificação da existência de poder de mercado, faz-se necessário

¹⁰ Se a instrução do processo administrativo ficasse sujeita a condição resolutiva, consistente no encerramento do processo judicial contra a investigação, como faz crer a representada, bastaria fazer com que o processo judicial perdurasse por mais de três anos para que restasse configurada a prescrição intercorrente, o que extingiria o processo. Tal asserção, portanto, não consagra – senão malbarata – o princípio da separação de poderes.

contextualizar o problema retratado nesses autos, apresentando os conflitos entre médicos e operadoras que marcam a evolução desse segmento.

2.2 Dos conflitos entre os agentes no mercado de saúde suplementar

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

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

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

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

72. Devido à existência de limite para o aumento dos preços dos planos de saúde, na modalidade individual, as operadoras passaram a adotar como uma de suas estratégias a redução de custos, o que introduziu, por parte das operadoras de planos de saúde, incentivos à

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

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

¹³ Esse número contabiliza apenas aquelas que possuem beneficiários.

¹⁴

Fonte:

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

¹⁵ Esse número contabiliza apenas aquelas que possuem beneficiários.

¹⁶ Esta, a seu turno, caracteriza-se por estar precipuamente direcionada aos meios de complementação diagnóstica (tomografia computadorizada e imagem por ressonância magnética, *pet scan*, são alguns exemplos), pressionando mais ainda os preços dos serviços, na medida em que o ingresso da inovação tecnológica não necessariamente representa uma redução do custo da produção ou um aumento de produtividade em si.

pressão por redução de despesas como a remuneração dos médicos e a remuneração pelos procedimentos médicos¹⁶. Os limites impostos pelas operadoras à remuneração geraram insatisfação da classe médica, que argumenta que os reajustes dos valores dos procedimentos médicos são inferiores aos reajustes obtidos pelas operadoras junto à ANS, e inferiores à inflação acumulada do período¹⁷⁻¹⁸.

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

74. Em razão do cenário apresentado e de modo a se contrapor aos tomadores de serviços, as entidades representativas passaram a negociar com as operadoras, como forma de ampliar o poder de barganha dos médicos e ela associados. Para isso, utilizaram diversos artifícios, relatados nestes autos, tais como: (i) a edição de tabelas de honorários mínimos, que balizam a negociação de honorários entre prestadores e tomadores do serviço, (ii) boicotes àquelas operadoras de planos de saúde que se recusaram a adotar os valores pleiteados pelas entidades e (iii) ameaças de punição ética a médicos não alinhados ao movimento.

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

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

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

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

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

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

2.3. Delimitação do mercado relevante e do Poder de mercado das Representadas

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

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

78. É relevante ressaltar, ainda, que, se os efeitos da prática (como os aumentos de preços analisados) são verificados diretamente no mercado, estando o âmbito material e geográfico da conduta razoavelmente evidentes, não há sentido em milimetrar as fronteiras do mercado relevante, a partir de testes formais.²²

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

²² Conforme BLUMENTHAL e BAKER: “The possibility of observing and measuring market power more directly leads me to suggest a new notion for Clayton Act doctrine, something I think of as the *res ipsa loquitur* market definition. When a piano crashes onto the sidewalk, the law does not ask whether someone was negligent; instead, it goes right to the question of who. This approach could translate to antitrust. Suppose we know, directly, that a merger or other practice is harmful. That is, we can observe, or confidently predict, an increase in price or the exclusion of efficient competition. But suppose also that it is hard to draw lines around a market, because the array of differentiated products is broad and seamless. If we can show the harm, there must be a market in there somewhere. Just exactly where the market's boundaries are may not be very important, though. Nor may it matter much whether the market in which the harm occurs is large or small.” (BAKER, Jonathan. *Product Differentiation Through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues*. De acordo com o site <http://www.ftc.gov/speeches/other/bakst.shtm>, verificado em 17 de agosto de 2009). No mesmo sentido, há também o entendimento de Blumenthal (BLUMENTHAL, W., *Why Bother?: On Market Definition under the Merger Guidelines*, Discurso realizado no workshop do FTC/DOJ sobre fusões, em Washington DC, em fevereiro de 2004. De acordo com o site <http://www.usdoj.gov/atr/public/workshops/docs/202600.htm>, verificado em 17 de agosto de 2009).



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

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

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

82. Definido o mercado relevante, impende avaliar se os Representados possuem posição dominante, nos moldes consagrados pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 20 da Lei nº 8.884/94, legislação aplicável à época dos fatos.

83. Inicialmente, destaca-se que o CFM é uma autarquia, com personalidade jurídica de direito público, dotada de autonomia jurídica e financeira, se constituindo como órgão de classe que regulamenta a profissão com jurisdição Nacional. A fim de se determinar o poder de influência do Conselho Federal de Medicina, destacam-se os ditames do artigo 3º da Lei nº 3.268/57, que determina que os Conselhos Regionais de Medicina estão subordinados ao Conselho Federal de Medicina, *in verbis*:

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

84. O artigo 17 da Lei nº 3.268/57, por sua vez, estabelece que os médicos devem estar credenciados ao CRM do seu respectivo Estado para exercer suas atividades:

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

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

85. Destaca-se, ainda, que Segundo o art. 2º da Lei nº 3.268/57, o Conselho Federal de Medicina, juntamente com os Conselhos Regionais, é o órgão supervisor *"da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica"*. Além disso, o Código de Ética Médica, editado consoante a Resolução 1931/2009, determina em seus art. 18 e 49 o que se segue:

"É vedado ao médico (...)

Art. 18 desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los".

(...)

Art. 49. Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens".

86. Dessa forma, como o profissional tem de estar credenciado ao CRM do seu respectivo Estado (inciso III do Preâmbulo do Código de Ética Médica²³) e o Conselho, obrigatoriamente, tem de estar filiado ao CFM para o regular desenvolvimento de suas atividades; e como os médicos, sob pena de infração ética, devem acatar e respeitar as decisões do Conselho Federal de Medicina e se abster de tomar condutas contrárias aos movimentos legítimos da categoria, conclui-se que o CFM tem a capacidade de influenciar seus credenciados/associados, consubstanciando considerável poder de mercado.

87. A AMB, por sua vez, segundo o artigo 3º de seu Estatuto Social (fl. 306) *"é uma federação, constituindo-se de entidades médicas congêneres dos estados e do Distrito Federal, suas unidades federadas, com base no regime representativo e as sociedades nacionais de especialidade, suas unidades conveniadas"*. De fato, estão filiadas à AMB 56 Sociedades de Especialidades²⁴, assim como entidades associativas de classes médicas de todos os Estados brasileiros²⁵.

²³ Assim determina o referido dispositivo: *Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.*

²⁴ Colégio Médico de Acupuntura; Associação Brasileira de Medicina Preventiva e Administração em Saúde; Associação Brasileira de Alergia e Imunopatologia; Sociedade Brasileira de Anestesiologia; Sociedade Brasileira de Angiologia e de Cirurgia Vascular; Sociedade Brasileira de Cancerologia; Sociedade Brasileira de Cardiologia; Sociedade Brasileira de Cirurgia de Cabeça e Pescoço; Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular; Associação Brasileira de Cirurgia da Mão; Colégio Brasileiro de Cirurgia Digestiva; Colégio Brasileiro de Cirurgias; Associação Brasileira de Cirurgia Pediátrica; Sociedade Brasileira de Cirurgia Torácica; Sociedade Brasileira de Citopatologia; Sociedade Brasileira de Coloproctologia; Sociedade Brasileira de Clínica Médica; Sociedade Brasileira de Dermatologia; Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia; Sociedade Brasileira de Endoscopia Digestiva; Sociedade Brasileira de Endoscopia Peroral; Federação Brasileira de Gastroenterologia; Sociedade Brasileira de Genética Médica; Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia; Fed. Bras. das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Hansenologia; Associação Brasileira de Hematologia e Hemoterapia; Sociedade Brasileira de Hepatologia; Associação Médica Homeopática Brasileira; Sociedade Brasileira de Infectologia; Sociedade Brasileira de Mastologia; Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade; Sociedade Brasileira de Medicina do Exercício e do Esporte; Associação Nacional de Medicina do Trabalho; Associação Brasileira de Medicina de Tráfego; Associação Brasileira de Medicina Física e Reabilitação; Associação de Medicina Intensiva Brasileira;

88. Dessa forma, a AMB possui grande capilaridade entre médicos de todas as regiões e especialidades. Além disso, destaca-se os artigos 6º e 7º do Estatuto Social da Associação Médica Brasileira (fls. 306 e 307), que afirmam:

"Artigo 6º. As entidades federadas têm autonomia administrativa, econômica e associativa, obrigando-se, entretanto a:

I) prestigiar todas as iniciativas e resoluções tomadas pela Assembléia de Delegados da AMB;

(...)

VII) não tomar iniciativa de âmbito nacional sem prévia anuência da AMB"

"Artigo 7º. Em caso de violação deste Estatuto, a Assembléia de Delegados poderá determinar à entidade federada o enquadramento na norma estatutária; e não havendo atendimento dessa recomendação ou ocorrendo perda de requisitos para sua permanência no quadro federativo, a AMB poderá cassar-lhe a filiação (...)"

89. Quando se considera que cada entidade associada à AMB está obrigada a prestigiar as iniciativas desta entidade, sob pena de ter sua filiação cassada, observa-se que a AMB possui grande capacidade de nortear as decisões de seus credenciados/associados, influenciando-os a adotar ações.

90. A FENAM constitui-se como entidade sindical de grau superior para fins de estudo, coordenação, proteção, reivindicação e representação legal das entidades médicas sindicais (artigo 1º - Estatuto Social da FENAM). Dessa forma, todos os sindicatos de médicos, legalmente constituídos e em regular funcionamento, podem ser admitidos como sócios da Federação Nacional dos Médicos, desde que satisfaçam as condições previstas na

Associação Brasileira de Medicina Legal; Sociedade Brasileira de Nefrologia; Sociedade Brasileira de Neurocirurgia; Sociedade Brasileira de Neurofisiologia Clínica; Academia Brasileira de Neurologia; Sociedade Brasileira de Nutrição Parenteral e Enteral; Associação Brasileira de Nutrologia; Conselho Brasileiro de Oftalmologia; Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia; Associação Brasileira de Otorrinolaringologia e Cirurgia Cérvico-Facial; Sociedade Brasileira de Patologia; Sociedade Brasileira de Patologia Clínica / Medicina Laboratorial; Sociedade Brasileira de Pediatria; Sociedade Brasileira de Perícias Médicas; Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia; Associação Brasileira de Psiquiatria; Colégio Brasileiro de Radiologia; Sociedade Brasileira de Urologia; Sociedade Brasileira de Reumatologia. Fonte: http://www.amb.org.br/teste/sociedades_de_especialidade.html. Data de acesso: 22 de setembro de 2010.

²⁵ AMRIGS – Associação Médica do Rio Grande do Sul; ACM – Associação Catarinense de Medicina; AMP – Associação Médica do Paraná; Associação Paulista de Medicina; Associação Médica de Mato Grosso do Sul; SOMERJ – Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro; AMMG – Associação Médica de Minas Gerais; Associação Médica do Estado do Espírito Santo; Associação Médica de Goiás; AMBr – Associação Médica de Brasília; AMMT – Associação Médica de Mato Grosso; Associação Médica de Rondônia; AMB – Associação Bahiana de Medicina; Associação Médica do Acre; Associação Médica do Amazonas; Associação Médica de Roraima; Sociedade Médico-Cirúrgica do Pará; Associação Médica do Amapá; Associação Médica do Maranhão; ASPIMED – Associação Piauiense de Medicina; AMC – Associação Médica Cearense; Associação Médica do Rio Grande do Norte; Associação Médica da Paraíba; Associação Médica de Pernambuco; Sociedade de Medicina de Alagoas; SOMESE – Sociedade Médica de Sergipe. Fonte: http://www.amb.org.br/teste/inst_federadas_amb.html. Data de acesso: 22 de setembro de 2010.

legislação e atendam aos requisitos estabelecidos no Estatuto (artigo 4º do Estatuto Social da FENAM)²⁶.

91. Segundo o Artigo 10 do Estatuto Social da FENAM, é dever das entidades filiadas à Federação defender os princípios e objetivos por ela definidos, além de cumprir e encaminhar as deliberações de suas instâncias. Vejamos, *in verbis*, o que retrata o normativo interno da Federação Nacional dos Médicos²⁷:

“Art. 10. São deveres das entidades filiadas:

I – defender os princípios e objetivos definidos pela FENAM; (...)

IV – cumprir e encaminhar as deliberações adotadas, acatando as decisões das diversas instâncias; (...)

LX – prestigiar a FENAM por todos os meios ao seu alcance, acatando as deliberações de suas instâncias legítimas e zelando pela unidade do movimento sindical médico e dos trabalhadores em geral.”

92. Ressalta-se, também, que aquelas entidades que não respeitarem o Estatuto ou as decisões dos organismos da FENAM podem ser desfiliações. É assim que determina a letra do art. 11 do referido instrumento normativo:

“Art. 11. A Entidade filiada está sujeita às penalidades de advertência, suspensão e desfiliação quando desrespeitar o estatuto e as decisões dos organismos da entidade.”

93. A importância da FENAM na condução de atividades que dizem respeito aos médicos se torna ainda mais clara quando se tem em conta que tal entidade congrega cerca de 50 sindicatos médicos distribuídos por todo o país²⁸.

94. Além disso, os fatos constantes nos autos demonstram que as entidades nacionais possuem clara capacidade de influenciar médicos de todos os Estados. O Conselho Federal de Medicina, a Associação Médica Brasileira e a Federação Nacional dos Médicos coordenaram nacionalmente a suspensão de todas as consultas e procedimentos eletivos de pacientes conveniados a planos e seguros de saúde, em 07 de abril de 2011.

95. Segundo informações reunidas por essa Superintendência, as paralisações afetaram diversos Estados brasileiros²⁹. Segundo o Boletim nº 9 da Comissão Nacional de Saúde Suplementar (COMSU)³⁰: “a adesão foi aproximadamente de 80% dos cerca de 160 mil profissionais que atendem usuários de planos de saúde”. De acordo com a FENAM, a suspensão de atendimentos foi ainda maior em algumas localidades, senão vejamos:

²⁶ A FENAM estabelece como requisito para filiação que “a entidade sindical não seja associada a nenhuma outra entidade de nível nacional do mesmo grau e constituição” (art. 5º do Estatuto Social da FENAM). Fonte: <http://portal.fenam2.org.br/helper/show/9937>. Data de acesso: 15 de fevereiro de 2011

²⁷ Fonte: <http://portal.fenam2.org.br/helper/show/9937>. Data de acesso: 15 de fevereiro de 2011.

²⁸ Fonte: <http://portal.fenam2.org.br/portal/showData/9052>. Data de acesso: 02 de maio de 2011.

²⁹ Até o momento, não foram encontrados indícios de que a classe médica nos Estados do Amazonas, do Maranhão e de Roraima tenha, de fato, aderido ao movimento nacional de paralisação no dia 07 de abril de 2011 e tampouco que tenha aderido a seus desdobramentos.

³⁰ A COMSU é a instância composta pelo CFM, pela AMB e pela FENAM responsável por organizar o movimento nacionalmente.

Localidade	Adesão
Paraná	85%
Bahia	90%
Brasília	90%
Alagoas	100%

96. Sendo assim, constatada a importante participação e influência do CFM, da AMB e da FENAM no mercado nacional de prestação de serviços médicos a beneficiários de planos de saúde, é preciso prosseguir na análise para verificar se os atos que praticam atentam aos princípios norteadores da livre concorrência.

2.4 Do Movimento Nacional para Implantação da CBHPM e a da coordenação das negociações das entidades nacionais com as Operadoras no ano de 2011

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

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

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

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

98. Sendo assim, por meio da referida Resolução, o CFM estabeleceu um padrão de remuneração a toda a classe médica - a CBHPM -, cujos valores seriam definidos, como será visto em detalhes posteriormente, pelas entidades médicas nacionais, Representadas no presente Processo Administrativo, por meio da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

99. Além disso, dita resolução também designou a constituição de um colegiado para determinar as variações regionais da tabela em bandas pré-definidas – as Comissões Estaduais de Honorários Médicos, que seriam formadas pelas entidades médicas, em cada Estado da Federação. Tais Comissões, desde então, passaram a atuar de forma a dar capilaridade ao movimento para implantação da CBHPM e demais decisões acerca dos valores dos honorários médicos tomadas pelas entidades nacionais.



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

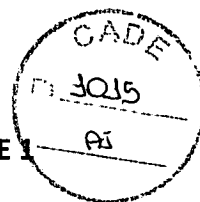
“Art. 3º - Haverá na Capital da República um Conselho Federal, com jurisdição em todo o Território Nacional, ao qual ficam subordinados os Conselhos Regionais; e, em cada capital de Estado e Território e no Distrito Federal, um Conselho Regional, denominado segundo sua jurisdição, que alcançará, respectivamente,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

101. A participação das entidades estaduais na mobilização dos médicos pela implantação da CBHPM, a partir da Resolução nº 1.673/2003 do CFM, passou a ser contínua e incisiva, desencadeando, como ressaltado anteriormente, a reação das operadoras de planos de saúde e de outras entidades, que acionaram o SBDC questionando a atuação da classe médica³¹. Com efeito, as denúncias e documentos reunidos pela SDE (e agora pela Superintendência-Geral do CADE) evidenciam, por um lado, a clara influência do CFM e demais entidades nacionais nos movimentos regionais para a implantação da CBHPM, por outro, que as entidades regionais efetivamente participaram dos trabalhos da Comissão Estadual de Honorários Médicos, do movimento de inserção da CBHPM e de coordenação dos médicos do Estado para a sua implantação.

102. Destaca-se, ainda, que coube às entidades médicas nacionais a atualização da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos por meio da Comissão Nacional de Honorários Médicos, tanto no que se refere à inclusão de novos procedimentos, quanto a definição de valores de honorários. Em julho de 2004, foi editada a 3ª edição da CBHPM. A 4ª edição da CBHPM foi lançada em 2005, e a 5ª edição entrou em vigência no dia 18 de outubro de 2008. Em outubro de 2010, foi editada uma nova versão da CBHPM, pela Associação Médica Brasileira, as Sociedades de Especialidade, o Conselho Federal de Medicina e a Federação Nacional dos Médicos.

103. Desde seu lançamento, a CBHPM foi utilizada pelas entidades representativas da classe médica para a discussão de remuneração dos honorários com as operadoras de planos de saúde. No caso em questão, o movimento médico pleiteava a implantação da 6ª Edição da CBHPM pelas empresas de assistência suplementar.

³¹ Esta Superintendência analisou os possíveis impactos anticoncorrenciais dos movimentos médicos para a implantação da CBHPM em outros Processos Administrativos, dentre os quais apontamos: PA nº 08012.004020/2004-64, cujo Representado é o Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB); PA nº 08012.002985/2004-12, cujo Representado é o Conselho Regional de Medicina do Maranhão (CRM/MA); PA nº 08012.006647/2004-50, cujos Representados são: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, Associação Paulista de Medicina e Sindicato dos Médicos de São Paulo; PA nº 08012.009381/2006-69, cujos Representados são: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Associação Médica do estado do Rio de Janeiro (SOMERJ), Central de Convênios e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS); PA nº 08012.003048/2003-01, cujos Representados são: Sindicato dos Médicos do Ceará, Conselho Regional de Medicina do Ceará e Centro Médico do Ceará.



104. Com o fim de iniciar um movimento que possui como uma das principais reivindicações o reajuste dos valores dos honorários médicos, as entidades médicas Representadas coordenaram uma paralisação nacional no dia 07 de abril de 2011, que se constituiria como um marco zero nas reivindicações produzidas pelos médicos quanto aos valores pagos pelas operadoras de planos de saúde.

105. O “marco zero”, assim, tornou-se demonstrativo do poderio exercido pelas entidades organizadoras do movimento e culminou em uma série de desdobramentos de negociação, paralisação nos atendimentos aos beneficiários de planos de saúde e cobrança de valores particulares destes últimos, conforme se verá detalhadamente a seguir.

106. Além disso, em consonância com a Resolução nº 1673/2003, o CFM, a AMB e a FENAM determinaram que as negociações com as operadoras se dariam regionalmente, por meio de Comissões de Honorários formadas pelas entidades médicas de cada Estado. Nesse sentido, foi definido um cronograma para as negociações a serem realizadas com as operadoras de planos de saúde. Segundo boletim informativo publicado na página eletrônica da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT:

“Em 30 dias os líderes do movimento de 7 de abril se reunirão para reavaliar o andamento das negociações com os representantes dos planos de saúde. Este trabalho será conduzido pelas entidades médicas em nível regional”³².

107. O papel de coordenação e organização do movimento pra implantação da CBHPM pelas entidades nacionais é evidenciado segundo notícia publicada na página eletrônica do CREMESP “o CFM informou aos presidentes dos CRMs que em 28 de abril acontecerá uma reunião de avaliação do movimento de reivindicações das entidades com as operadoras de planos de saúde nos Estados e definido o rumo que a categoria adotará”³³.

108. Nesse mesmo sentido, aponta o Boletim nº 9 da COMSU. Tal documento expressa não apenas as principais reivindicações da classe médica, mas também a definição pelas entidades nacionais de um cronograma de negociações com operadoras de planos de saúde a ser implementado pelas entidades regionais. Em julho, as entidades nacionais realizariam um balanço nacional dos resultados e assembleias estaduais e regionais, *in verbis*:

³² Fonte: <http://www.portalsbot.org.br/public/portal.php?idNOT=43&tab=1&mn=>. Data de acesso: 27 de abril de 2011.

³³ Fonte: <http://www.centrodebioeticacremesp.org.br/?siteAcao=Noticias&id=2117>. Data de acesso: 27 de abril de 2011.

BANDEIRAS DO MOVIMENTO.

O movimento deflagrado no dia 7 de abril tornou públicas as principais reivindicações dos médicos:

- Reajuste dos honorários, tendo como balizador os valores da CBHPM Sexta Edição;
- Regularização dos contratos conforme a Resolução ANS Nº 71 / 2004, que prevê critérios e periodicidade de reajustes;
- Fim das interferências dos planos de saúde na autonomia do médico;
- Aprovação do Projeto de Lei 6984/2010 que institui reajuste anual dos honorários médicos, com arbitragem da ANS diante de impasses.

PRÓXIMOS PASSOS

Em abril e maio ocorrerão negociações com as operadoras. Em seguida deverão ser convocadas assembleias dos médicos para avaliar as respostas das empresas. Caso não ocorra uma evolução satisfatória, poderão ser deflagradas novas iniciativas regionais aprovadas em assembleias, além daquelas já definidas pelo movimento nacional. Veja o cronograma:

- **Abril:** início das negociações com o impreterível envio, pelas entidades, de correspondência (*leia mais à página 3*) às operadoras, para que apresentem suas pro-

postas em resposta aos médicos

- **Final de maio:** consolidação das negociações (preferencialmente por operadora) e das propostas concretas apresentadas pelos planos e seguros de saúde
- **Início de junho:** convocação, pelas Comissões de Honorários Estaduais ou Regionais, de assembleias dos médicos, com o objetivo de deliberar sobre o posicionamento da categoria na continuidade da relação com os planos de saúde.
- **Julho:** balanço nacional dos resultados e das deliberações das assembleias estaduais e regionais

Fonte: Boletim nº 9 da COMSU

109. Apresentado o contexto em que se dá a organização do movimento das entidades representativas da classe médica e, principalmente, a influência decisiva das entidades nacionais no movimento para implantação da 6ª Edição da CBHPM, de 2011, perpetrados pelas entidades regionais, esta Superintendência passa à análise da caracterização de infração contra a ordem econômica.

2.5. Da caracterização de infração contra a ordem econômica

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

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

112. O conjunto probatório reunido no presente feito demonstra que a Associação Médica Brasileira, o Conselho Federal de Medicina e a Federação Nacional dos Médicos coordenaram nacionalmente o movimento para implantação da 6ª Edição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos.

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

- A fixação de valores padronizados a serem cobrados de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços de consultas médicas;

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

2.5.3 A fixação de valores padronizados a serem cobrados de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços de consultas médicas

114. Índícios presentes nos autos apontavam no sentido de que Conselhos Regionais de Medicina teriam determinado a fixação de valores *padronizados* a serem cobrados de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços de consultas médicas. Nesse passo, foi possível identificar Resoluções do Estado de Pernambuco e do Distrito Federal que se enquadram no contexto fático apresentado, senão vejamos:

- Resolução CREMEPE nº 04/2011 – “(...) *Considerando que a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), (sic) é referência ética de valor econômico dos procedimentos médicos para o Sistema de Saúde Suplementar; (...) Art. 5º É assegurada ao médico a liberdade de cobrança de honorários aos pacientes vinculados a convênios que não aceitem pagar ou rejeitem a realização dos procedimentos indicados pelo profissional médico assistente, cujo parâmetro de valores para os procedimentos deverá ser o estabelecido coletivamente pela CEHM. (...) Art 7º Os estabelecimentos de saúde, (sic) que descumprirem a presente Resolução, deverão ser denunciados pelo diretor técnico dos mesmos ao CREMEPE, para as providências cabíveis.*”³⁴ (grifos nossos)
- Resolução CRM/DF nº 317/2010 – “RESOLVE: Art. 4º. *As representatividades médicas, responsáveis pelas negociações dos honorários médicos junto aos planos de saúde no Distrito Federal, estabeleçam valores para os procedimentos e permitam que o médico tenha a liberdade de cobrar direto dos pacientes vinculados aos convênios que não concordarem em pagar os valores estabelecidos. (art. 1º da Resolução CFM 1673/2003). Art. 6º. Os estabelecimentos de saúde que descumprirem a presente Resolução poderão ter seus registros cancelados no Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal conforme resolução CFM N.º 1642/2002 (...)*”³⁵ (grifos nossos)

115. Tal quadro denota não apenas um possível descumprimento contratual das operadoras de planos de saúde³⁶ – obrigadas por lei e por contrato a disponibilizar rede de prestadores a seus beneficiários – como um ilícito sob o ponto de vista da concorrência, na medida em que diversos agentes econômicos, por determinação das entidades médicas,

³⁴ Fonte: <http://www.cremepe.org.br/resolucoes.php>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

³⁵ Fonte: <http://www.crmdf.org.br/index.asp?opcao=resolucoes>. Data de acesso: 28 de abril de 2011.

³⁶ Tendo em vista os reflexos inerentes à defesa do consumidor observados nos fatos que figuram como objeto do presente Procedimento Administrativo, uma cópia integral do feito foi encaminhada ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor em 05 de maio de 2011, para providências cabíveis.

cobram preços iguais, fazendo cair por terra um dos pilares da ordem econômica, qual seja, a existência de um ambiente concorrencialmente livre para a determinação dos preços.

116. Tendo em vista as preocupações concorrenciais e do direito do consumidor que tais condutas ensejam, a então SDE decidiu averiguar se haveria influência das entidades médicas nacionais para que esses Conselhos Regionais de Medicina do Estado de Pernambuco e do Distrito Federal compelissem os médicos a cobrarem um valor adicional pré-determinado pelas entidades médicas como contraprestação suplementar às consultas, ao editarem a Resolução CREMEPE nº 04/2011 e Resolução CRM/DF nº 317/2010, respectivamente.

117. De fato, as informações reunidas nos autos apontam no sentido de que o CFM **procurou dissuadir essa prática**. Em nota publicada na sua página eletrônica, o **Conselho Federal reiterou que “cobrança extra de pacientes de plano de saúde não está autorizada”** (fl. 523). Destaca-se que tal informativo foi divulgado em 26 de maio de 2011, momento em que os efeitos da Medida Preventiva adotada pela então Secretaria de Direito Econômico tinham sido suspensos, por decisão judicial. Dessa forma, a manifestação do CFM não foi influenciada pelo fato dele estar obrigado a proibir tal prática devido as imposições da Medida Preventiva. Observe os trechos literais da referida nota:

“O Conselho Federal de Medicina (CFM) reitera a informação de que os médicos não estão autorizados a cobrar taxas extras nas consultas dos pacientes que pagam planos de saúde. A entidade – amparada pelo Código de Ética Médica – proíbe este tipo de ação por parte dos profissionais. (...)”

A decisão da Justiça Federal que suspendeu os efeitos de medidas preventivas adotadas pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) não autoriza os médicos a cobrarem valores adicionais de seus pacientes conveniados aos planos de saúde” (fl. 523)

118. Tendo em vista o exposto acima, **sugere-se que o arquivamento do presente feito quanto à conduta de influenciar a adoção de valores padronizados a serem cobrados de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços de consultas médicas**, o que não implica, contudo, o seu arquivamento em relação às demais práticas relatadas neste parecer, que serão examinadas a seguir.

2.5.2 A CBHPM como tabela de valores mínimos de honorários médicos

119. A CBHPM é uma lista de métodos e procedimentos médicos existente tanto no campo terapêutico quanto diagnóstico, estabelecendo portes de acordo com a complexidade, tecnologia e técnicas envolvidas em cada ato, servindo como referência para estabelecer faixas de valoração dos atos médicos pelos seus portes³⁷. É considerada equânime e com ênfase no ato médico, razão pela qual é defendida pela categoria dos prestadores e chancelada pela Associação Médica Brasileira, pelo Conselho Federal de Medicina e pela Federação Nacional dos Médicos.

³⁷ A versão da CBHPM do ano 2010 encontra-se na página eletrônica da AMB: http://www.amb.org.br/teste/cbhpm/cbhpm_2010.pdf.

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

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

122. Atualmente, quando surge uma proposta para incluir ou retirar da lista algum procedimento médico, esta proposta é encaminhada à equipe de medicina baseada em evidências, que analisa as justificativas³⁸. O projeto também é enviado à Câmara Técnica de Avaliação de Tecnologias e à Câmara Técnica da CBHPM, composta por representantes da AMB, CFM, FENAM, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS), Unimed e Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde)³⁹.

123. A classificação está ordenada segundo o código de cada especialidade, por ordem crescente. Em cada especialidade, encontram-se quatro tipos de procedimentos: a) Procedimentos Clínicos Ambulatoriais, b) Procedimentos Clínicos Hospitalares, c) Procedimentos Cirúrgicos e d) Procedimentos de SADT (Serviços Auxiliares de Diagnóstico e Tratamento). Os procedimentos médicos relacionados na lista estão divididos em 14 portes, subdivididos em 3 portes – A, B e C -, num total de 42 portes. Quanto aos custos, estabeleceu-

³⁸ Existem diversas edições da CBHPM, seguindo a metodologia elaborada pela FIPE. A 3ª edição da CBHPM foi editada julho de 2004. A 4ª edição, em 2005, e a 5ª edição, 2008. Em outubro de 2010, foi editada uma nova versão da CBHPM, totalmente compatível com Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde instituído pela Resolução Normativa nº 211 da ANS, a CBHPM-2010.

³⁹ A Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde) é a representante institucional das seguradoras especializadas em Saúde (Bradesco Saúde, SulAmérica Saúde, Brasilsaúde, Porto Seguro Saúde, Marítima Saúde, AGF Saúde, Unimed Seguro Saúde, Unibanco Aig Saúde, Notre Dame, Itaúseg) e de operadoras de outras modalidades, como das medicinas de grupo (Amil, Medial, Intermédica, Golden Cross, Excelsior e a Omint) e odontologia de grupo (Odontoprev). A FenaSaúde tem como associados, atualmente, 16 grupos empresariais, responsáveis pela proteção da saúde de 13 milhões de beneficiários, ou seja, 29% dos beneficiários da saúde suplementar no Brasil. <http://www.fenaseg.org.br/main.asp?View=%7B0E2FD29F-4A8B-4F6A-90F7-4B059D29B33F%7D>

se a unidade de custo operacional (UCO), que incorpora a depreciação de equipamentos, manutenção, mobiliário, imóvel, aluguéis, folha de pagamento, etc. Esse custo foi calculado para os procedimentos de SADT de cada especialidade.

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

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

126. Isso porque, a edição da CBHPM foi acompanhada de um “Comunicado Oficial”, que informava aos profissionais os valores monetários dos portes e das UCO’s definidos pelas entidades Representadas, quais sejam, a AMB, o CFM e a FENAM, no âmbito da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

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

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

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

COMISSÃO NACIONAL DE HONORÁRIOS MÉDICOS**COMUNICADO OFICIAL****AOS MÉDICOS E ÀS ENTIDADES CONTRATANTES QUE INTEGRAM
O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

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

1) Portes dos Procedimentos Médicos:

1A	R\$ 8,00
1B	R\$ 16,00
1C	R\$ 24,00
2A	R\$ 32,00
2B	R\$ 42,00
2C	R\$ 50,00
3A	R\$ 69,00
3B	R\$ 88,00
3C	R\$ 100,00
4A	R\$ 120,00
4B	R\$ 132,00
4C	R\$ 148,00
5A	R\$ 160,00
5B	R\$ 172,00

5C	R\$ 184,00
6A	R\$ 200,00
6B	R\$ 220,00
6C	R\$ 240,00
7A	R\$ 260,00
7B	R\$ 280,00
7C	R\$ 340,00
8A	R\$ 368,00
8B	R\$ 384,00
8C	R\$ 408,00
9A	R\$ 436,00
9B	R\$ 476,00
9C	R\$ 524,00
10A	R\$ 560,00

10B	R\$ 608,00
10C	R\$ 676,00
11A	R\$ 716,00
11B	R\$ 784,00
11C	R\$ 860,00
12A	R\$ 892,00
12B	R\$ 960,00
12C	R\$1.176,00
13A	R\$1.292,00
13B	R\$1.420,00
13C	R\$1.670,00
14A	R\$1.760,00
14B	R\$1.900,00
14C	R\$2.100,00

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

São Paulo, 1º de agosto de 2003

Dr. Eleuses Vieira de Paiva
Presidente

129. Apesar de a possibilidade das bandas tornarem essa tabela menos rígida, permitindo uma negociação, ainda que limitada, entre prestadores e operadoras de planos de saúde, a CBHPM continua impondo um valor mínimo para cada procedimento médico, que seria definido pela subtração de até 20% dos valores constantes da tabela. As bandas definidas

pelas entidades médicas geram significativas distorções na concorrência, pois o equilíbrio competitivo em cada Estado ou região pode representar variações superiores a 20%. Além disso, dadas as possíveis diferenças individuais no grau de eficiência e qualificação tanto do lado dos prestadores, quanto do lado das operadoras de planos de saúde, o equilíbrio competitivo pode determinar preços diferentes para prestadores e operadoras que estão em uma mesma região.

130. Nesse contexto, fica evidenciado que o movimento para implantação da CBHPM, na prática, procurava impor preços mínimos de serviços médicos destinados a beneficiários de planos de saúde quando se observa os ofícios e comunicados publicados pelas entidades médicas nacionais em que noticiaram à classe médica o valor mínimo para as consultas para as negociações com planos e seguros de saúde:

- “Entenda o que foi reivindicado: (...) 3) **Reajustes dos honorários:** As entidades médicas estimam em R\$ 60,00 o valor mínimo a ser pago por cada consulta. Mas esse valor ainda não é ideal: o movimento dos médicos aponta como meta o honorário de R\$ 80,00 por consulta, além dos reajustes dos demais procedimentos”. Informe publicado na página eletrônica da SBOT⁴⁰.
- “A estratégia [Dia Nacional da Paralisação do Atendimento aos Planos de Saúde] integra a nossa agenda de lutas para 2011 (...). São três **diretrizes nacionais** do movimento: organizar a luta por reajustes de honorários, tendo como balizador os valores da CBHPM/Sexta Edição”. Carta Aberta aos médicos, encaminhada pela AMB, pela FENAM e pelo CFM, no dia 07 de abril de 2011⁴¹.
- “Bandeiras do movimento (...) Reajuste dos honorários médicos, tendo como balizador os valores da CBHPM 6ª Edição”. Boletim nº 9 da COMSU⁴²

131. Observa-se que as entidades regionais, responsáveis pelas negociações diretas com as operadoras passaram, de fato, a pleitear junto aos planos de saúde os valores definidos pelas entidades nacionais como valor de honorários mínimo ético, senão vejamos:

Abrangência Geográfica	Manifestação no sentido de fixar preço de serviços médicos às operadoras de planos de saúde
Pará	“Nesta quarta-feira, 06, no Conselho Regional de Medicina houve uma assembléia geral com os médicos, as sociedades especializadas e com as cooperativas para discutir sobre a paralisação. <u>Durante assembléia, ficou acertado que a comissão que faz parte da CBHPM irá negociar com os planos de saúde a partir de abril o valor das consultas para R\$ 80,00 (oitenta reais) e os procedimentos adotados pela CBHPM na 6ª edição/cheia.</u> ”. Notícia:

⁴⁰ Fonte: <http://www.portalsbot.org.br/public/portal.php?idNOT=43&tab=1&mn=>. Data de acesso: 27 de abril de 2011

⁴¹ Fonte: http://www.cremern.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21637:entidades-nacionais-divulgam-carta-aberta-aos-medicos-e-a-populacao-brasileira&catid=3:portal. Data de acesso: 27 de abril de 2011

⁴² Fonte: <http://www.cremers.org.br/index.php?indice=24&¬iciaTremo=611>. Data de acesso: 27 de abril de 2011

	<i>"Médicos do Pará fazem Paralisação no Dia Nacional da Saúde" publicada na página eletrônica do CRM do Estado do Pará (grifo nosso)⁴³.</i>
São Paulo	<i>"A classe médica de Indaiatuba, reunida em Assembléia Deliberativa (...), deliberou o que segue:</i> <i>- dar continuidade às negociações com o objetivo de remuneração das consultas a R\$ 80,00 e CH 0,50 para procedimentos médicos, conforme já havia sido deliberado na Assembléia de 20/10/2010."</i> Informação referente a deliberações da Assembléia da Associação Paulista de Medicina, fl. 03 do Procedimento Administrativo nº 08012.002866/2011-99. <i>"Com o apoio das Regionais e Sociedades de Especialidade, também ficou decidido que a reivindicação será de R\$ 80, no mínimo, por consulta em São Paulo e a valorização proporcional dos procedimentos".</i> Notícia publicada na página eletrônica da Associação Paulista de Medicina ⁴⁴ .
Espírito Santo	<i>"No entanto, a necessidade de se estabelecer um valor mínimo para a consulta médica, com o CRM orientando a categoria sobre o assunto, levou a Diretoria do CRM-ES a aprovar, na sessão plenária do dia 5 de abril, a Resolução nº 237/2011, que estabelece o valor mínimo de R\$ 80,00 para a consulta médica. Esse valor deverá ser cobrado nos contratos de prestação de serviços entre médicos e planos de saúde. A Resolução irá para publicação no Diário Oficial do Espírito Santo na próxima semana, entrando em vigor 90 dias após sua publicação."</i> Informe publicado na página eletrônica do Conselho Regional de Medicina do Espírito Santo. ⁴⁵
Rio Grande do Norte	<i>"Na carta aos médicos, as diretorias da FENAM, CFM e AMB chamam a atenção para os problemas relacionados à relação de trabalho entre médicos/operadoras de planos de saúde e convoca toda a categoria o Dia Nacional de Paralisação do Atendimento aos Planos de Saúde, marcado para 7 de abril, quando comemora o Dia Mundial da Saúde. No documento, as entidades também apontam as diretrizes nacionais do movimento, que vão organizar a luta por reajustes de honorários, tendo como balizador os valores da CBHPM/ sexta edição/cheia"</i> Informação publicada no sítio eletrônico do CRM-RN ⁴⁶ .
Tocantins	<i>"A presidente do Sindicato dos Médicos no Tocantins (SIMED-TO) (...) explicou aos médicos a pauta de reivindicações do movimento que ocorre no País inteiro: os baixos reajustes dos honorários médicos que não seguem os</i>

⁴³ Fonte: http://www.cremepa.org.br/comunicacao/noticias/noticia_completa.php?id_noticia=712. Data de acesso: 27 de abril de 2011.

⁴⁴ Fonte: <http://www.apm.org.br/>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁴⁵ Fonte: <http://crm-es.org.br/conteudo.php?incConteudo=verTodas2&target=310>. Data de acesso: 28 de abril de 2011.

⁴⁶ Fonte: http://www.cremern.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21637:entidades-nacionais-divulgam-carta-aberta-aos-medicos-e-a-populacao-brasileira&catid=3:portal. Data de acesso: 28 de abril de 2011

	valores da CBHPM 2010". Informação publicada na página eletrônica da AMB ⁴⁷ .
Rio Grande do Sul	<i>"É necessário restabelecer com urgência os critérios de reposição de honorários médicos, que devem ser regulados pela Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM-2010)." Artigo de autoria do Sr. Fernando Weber Matos, Presidente do CREMERS, publicado na página eletrônica desse Conselho⁴⁸.</i>
Paraná	<i>"As entidades apresentaram a um mediador, formado em economia, as propostas de reajustes de honorários, cujos valores devem ser baseados na sexta edição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM)". Informe "COMSU divulga próximos passos do movimento médico" publicado na página eletrônica do CRM-PR⁴⁹.</i>
Rondônia	<i>"Na carta aos médicos, as diretorias da FENAM, CFM e AMB chamam a atenção para os problemas relacionados à relação de trabalho entre médicos/operadoras de planos de saúde e convoca toda a categoria o Dia Nacional de Paralisação do Atendimento aos Planos de Saúde, marcado para 7 de abril, quando comemora o Dia Mundial da Saúde. No documento, as entidades também apontam as diretrizes nacionais do movimento, que vão organizar a luta por reajustes de honorários, tendo como balizador os valores da CBHPM/ sexta edição/cheia" Informação publicada no sítio eletrônico do SIMERO⁵⁰</i>

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

133. Historicamente, o SBDC tem sido incisivo ao condenar entidades associativas das categorias de prestadores de serviços médicos pela adoção de tabelas de honorários e pela influência de conduta uniforme entre os prestadores⁵¹, oscilando entre a caracterização de

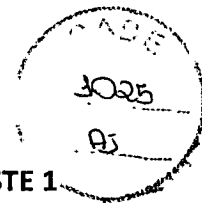
⁴⁷ Fonte: http://www.amb.org.br/teste/index.php?acao=mostra_noticia&id=6935. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁴⁸ Fonte: <http://www.cremers.org.br/index.php?indice=58&idartigo=31>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁴⁹ http://www.crmpr.org.br/lista_ver_noticia.php?id=4414. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁵⁰ Fonte: <http://www.simero.com.br/site/2011/03/01/paralisacao-do-dia-7-de-abril/>. Data de acesso: 28 de abril de 2011.

⁵¹ Destacam-se os seguintes precedentes: os Processos Administrativos nº 61/93, Processo Administrativo nº 53/1992, Processo Administrativo nº 08000.015515/97-02, Processo Administrativo nº 08000.011520/1994-40, Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78.



infração pela mera existência de tabela⁵² a uma análise mais consequencialista do uso de tabelas referenciais, analisando as características dos mercados em que estas tabelas estão inseridas⁵³.

134. A existência de condições estruturais favoráveis a prática anticoncorrencial e um alto poder de influência das associações coordenadas caracterizam conduta ilícita, como demonstra os julgamentos dos processos nos 08012.004372/2000-70 (j.2002), 08012.004373/2000-32 (j. 2002), 08000.021976/1997-51 (j. 2003)⁵⁴, dentre outros.

135. Nesse sentido, aponta trecho do voto do Ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em âmbito Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78, em que entendeu ser anticompetitiva a imposição de tabela por entidades com poder de mercado⁵⁵:

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

136. A existência de sanções ou ameaça de sanções por descumprimento a tabelas de preços, cenário fático observado no presente Processo Administrativo, como se verá mais detidamente adiante, vem sendo entendido pelo Conselho como suficiente para que a tabela deixe de ser vista como concorrencialmente neutra. Detaca-se, nesse sentido, os votos vencedores do Ex-Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65⁵⁶ e do Ex-Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em âmbito Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78:

“entendo que a imposição de sanções por descumprimento a tabelas de preços é um forte indício de conduta anticompetitiva, revelando não só a possibilidade de impactos no mercado relevante, falseando a livre concorrência, como também a intenção ilícita do sindicato ou da associação que, embora seja relevante para fixar

⁵² Vide voto da voto da Ex-Conselheira Neide Terezinha Mallard, no PA nº 61/92, cuja Representada era a Associação Médica Brasileira, em que sustenta: *Não requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos. (...) Na verdade, a tabela de preços viola o princípio basilar de economia de mercado, segundo o qual cada agente econômico é livre para fixar os preços de seus produtos e serviços, sendo-lhe lícito, no entanto, no exercício desta liberdade, considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes. A colaboração entre concorrentes, sob qualquer forma manifestada, com o objetivo de estabelecer ações coordenadas para fixar preços dos bens ou serviços que produzem, inviabiliza a economia de mercado, pois os preços não reagem às forças da oferta e da procura, pressuposto básico de sua fixação.*

⁵³ Sobre este aspecto, destacam-se os Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03 (caso da Rede da Economia); no Processo Administrativo 08012.005994/2004-65 (caso da tabela dos fotógrafos) e no Processo Administrativo nº 08012.002169/2009-13 (caso da tabela dos tradutores).

⁵⁴ Voto do Conselheiro Relator, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, proferido na Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65, de 11 de novembro de 2009. Representante: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto. Representada: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo. p. 10

⁵⁵ Julgado em 19 de janeiro de 2005. Representante: CIEFAS. Representada: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará (COOPANEST-CE). p. 16

⁵⁶ Representante: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto; Representado: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas/SP – SEAFESP. P. 10.

as penas, também pode servir indiretamente para demonstrar os possíveis efeitos.”
(Voto do Ex-Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65)

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

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

137. O conjunto probatório dos autos demonstra que o movimento organizado pelo CFM, pela AMB e pela FENAM adotaria a **realização de boicotes ou descredenciamentos coletivos** como estratégia para pressionar as operadoras de planos de saúde a adotar os valores de procedimentos médicos por eles fixados. Em algumas localidades, como em Indaiatuba-SP, o descredenciamento de operadoras como forma de impor os valores mínimos definidos pelas entidades nacionais, com as bandas adotadas pelas entidades regionais, foi concretizado.

138. A consolidação de tal cenário fático, com o aumento do número de operadoras de planos de saúde descredenciadas, foi impedido tendo em vista a adoção de medida preventiva pela Secretaria de Direito Econômico que determinava aos médicos que se abstivessem de *“promover, fomentar ou coordenar qualquer movimento de paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo indeterminado ou descredenciamento em massa”*.

139. A evidenciar as condutas das Representadas, examinam-se manifestações das entidades nacionais sobre a possibilidade de realizar paralisações de atendimentos, boicotes e descredenciamentos, *in verbis*:

- Notícia publicada na página eletrônica da FENAM que demonstra que aquelas operadoras poderiam ter os atendimentos a seus beneficiários suspensos, caso não adotassem os valores definidos pelas entidades médicas: *“O presidente da Fenam (...) lembrou que o movimento sindical médico ‘é negociador por excelência’, mas alertou que se não houver negociação as instituições poderão programar paralisações mais longas ou adotar várias outras medidas como ações junto ao judiciário (para cumprimento dos contratos), órgãos fiscalizadores, Ministério do Trabalho, Ministério Público Federal e Estaduais, descredenciamento setorializado ou universal dos médicos de alguns ou de todos os planos de saúde, além de outras alternativas que serão discutidas durante reunião de avaliação do movimento em Brasília (grifo nosso)”*⁵⁷

⁵⁷ Fonte: <http://portal.fenam2.org.br/portal/showData/393263>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

- Manifestação do Vice Presidente do CFM em entrevista a repórter do Saúde TV, que evidencia a intenção de adotar descredenciamentos como forma de pressionar às operadoras que não acatassem os valores definidos pelas entidades médicas. Além disso, demonstra que tal decisão será tomada **nacionalmente**: “Aloísio Miranda: *Muito bem, então nós vamos até o fim de abril, começo de maio nos reunir nacionalmente para deliberar os próximos passos que poderão ser desde o descredenciamento dos médicos até denúncia mais contundente, sim, daquelas operadoras que não estão negociando com os médicos.*”⁵⁸

140. Nesse mesmo sentido, apontam as manifestações das entidades Regionais, informando que se não houvesse acordo com as operadoras, seria adotada a estratégia de coordenar descredenciamentos em massa, por tempo indeterminado, como forma de pressionar os planos de saúde para adotar os valores pleiteados pela classe médica.

141. Observe-se que tanto as manifestações de São Paulo quanto as manifestações de Minas Gerais fazem referência, indiretamente, ao cronograma definido, segundo o Boletim nº 9 da COMSU supracitado, pelas entidades médicas nacionais para as negociações com as operadoras de planos de saúde. As discussões entre entidades regionais e empresas de assistência suplementar deveria ser durante o período de abril e maio.

142.

São Paulo	“o movimento espera, nos próximos dois meses, convocar reuniões específicas com cada operadora. Se não houver acordo, as entidades médicas pretendem tomar atitudes como (...) mobilizar os médicos para o descredenciamento”. Notícia publicada na página eletrônica do CREMESP⁵⁹. “Informamos que a Amil continua paralisada por tempo indeterminado, e a Medial se propôs a manter os acordos firmados com a classe, de consultas R\$ 46,00 e CH 0,41 para procedimentos. Caso algum colega não esteja recebendo esses valores, favor entrar em contato com a APM Indaiatuba. Continuam paralisados: Amil, Abrasf, Assimédica, B. Portuguesa, Coopi, Coopus, Coperbrás, Golden Crosso, HPS Intermédica, Máster Saúde, Nipomed, Notre Dame, Skill Omint.”. Informação referente a deliberações da Assembléia da Associação Paulista de Medicina, fl. 03 do Procedimento Administrativo nº 08012.002866/2011-99.
Espírito Santo	“Descredenciamento em massa de Planos e Seguros de Saúde: Usuários de planos e seguros de saúde correm o risco de ficar sem atendimento médico por um tempo indeterminado porque as empresas de planos e seguros de saúde se negam a reajustar consultas e procedimentos em percentuais compatíveis com

⁵⁸ Entrevista disponível *on line* em: <http://www.saudebusinessweb.com.br/webcasts/index.asp?video=2003>. Data de acesso: 20 de abril de 2011.

⁵⁹ Fonte: <http://www.cremesp.org.br/index.php?siteAcao=Noticias&id=2114>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

	<i>a inflação, além de interferirem diretamente no exercício da Medicina</i> ". Carta informativa aos médicos, publicada no sítio eletrônico do CRM-ES ⁶⁰ (grifos nossos).
Minas Gerais	<i>"Após sucesso de paralisação, momento é de negociação firme: (...) Em abril e maio ocorrerão negociações com as operadoras. Em seguida deverão ser convocadas assembléias dos médicos para avaliar as respostas das empresas. Caso não ocorra uma evolução satisfatória, poderão ser deflagradas novas iniciativas regionais aprovadas em assembléias, além daquelas já definidas pelo movimento nacional"</i> . Notícia publicada na página eletrônica do CRM-MG ⁶¹ .
Paraná	<i>"Paraná – (...)Pela manhã, na sede a Associação Médica do Paraná, os médicos participaram de plenárias para discutir, entre outros assuntos, um possível descredenciamento individual de cada profissional se não houver contrapartida das operadoras dos planos de saúde"</i> . Notícia <i>"Planos de saúde: suspensão do atendimento é sucesso em todo o país"</i> publicada na página eletrônica da FENAM ⁶² .
Pernambuco	<i>"Pernambuco – (...) a paralisação nacional foi estrategicamente marcada para hoje, (...) com o objetivo de alertar às operadoras dos planos de saúde e à população sobre os baixos honorários médicos praticados, o que poderá ocasionar um movimento de descredenciamento em massa"</i> . Notícia <i>"Planos de saúde: suspensão do atendimento é sucesso em todo o país"</i> publicada na página eletrônica da FENAM ⁶³ .

143. Verifica-se, portanto, que são fartas as evidências constantes nos autos que demonstram a atuação das entidades representativas da classe médica nacionais, quais sejam, AMB, FENAM e CFM, para pressionar as operadoras de planos de saúde a reajustar os valores pagos com base na 6ª Edição da CBHPM, com ameaças de descredenciamento em massa.

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

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

⁶⁰ Fonte: crm-es.org.br/.../CARTA_ENTIDADES%20_EDICAS_PARALISACAO_PUBLICACAO.doc. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁶¹ Fonte: <http://www.crmmg.org.br/interna.php?n1=13&n2=28&n3=200&pagina=201¬icia=2255>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁶² Fonte: <http://ptl.fenam2.org.br/portal/showData/393263>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁶³ Fonte: <http://ptl.fenam2.org.br/portal/showData/393263>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

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

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

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

2.5.4 A obrigatoriedade da CBHPM, por meio da ameaça de sanção a médicos desviantes, e seus efeitos no mercado

148. O conjunto probatório colhido no presente feito aponta claramente para o fato de que as entidades representativas da classe médica utilizam-se dos ditames do Código de Ética Médica como meio de pressionar os médicos a aderirem às decisões do movimento para implantação da CBHPM. De fato, os artigos 18, 48, 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais do Código de Ética, podem ser utilizados pelos CRMs, sob a orientação do CFM, como subsídio normativo para a instauração de processos administrativos contra médicos que decidem não participar de movimentos para negociações de melhor remuneração, ou dos boicotes organizados pelas entidades médicas às operadoras de planos de saúde. Assim dispõem os referidos dispositivos:

Preâmbulo

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão (...) em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código. (...)

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e cinco disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I - Princípios Fundamentais

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

Capítulo III - Responsabilidade Profissional

É vedado ao médico:

Art. 18. *Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.*

Capítulo VII - Relação entre Médicos

É vedado ao médico:

Art. 48. *Assumir emprego, cargo ou função para suceder médico demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.*

Art. 49. *Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens.*

149. Note-se, assim, que a mera existência desses preceitos normativos no âmbito da CFM, que enunciam que o médico poderá sofrer sanções caso não adira aos movimentos e políticas da entidade, é mais que suficiente para fazer o profissional presumir que uma conduta desviante desses ditames pode vir a lhe causar alguma espécie de punição.

150. De fato, a leitura dos comunicados encaminhados pelas entidades médicas denotam que os médicos são impelidos a participar da mobilização por elas coordenada com o intuito de boicotar operadoras de planos de saúde ou adotar os valores definidos pelo movimento nacional, sob pena de encaminhamento de denúncias ao CRM do Estado. Nesse sentido, é possível citar as seguintes notícias:

Abrangência Geográfica	Manifestação no sentido de punir médicos que não aderirem o movimento
São Paulo	<i>"PARALISAÇÃO DIA 07/04: Em conformidade com o movimento nacional pela valorização do trabalho médico, seguindo orientações da AMB, CFM e Fenam, ficou decidido que no dia 07/04/11 não haverá atendimento para os planos de saúde (TODOS). LEMBRAMOS A TODOS QUE A ASSEMBLÉIA É SOBERANA E O SEU NÃO CUMPRIMENTO É PASSÍVEL DE INFRAÇÃO ÉTICA E ENCAMINHAMENTO AO CREMESP."</i> Informação referente a deliberações da Assembléia da Associação Paulista de Medicina, fl. 13 do Procedimento Administrativo nº 08012.002866/2011-99 (negrito nosso).
Goiás	<i>"Lembrando que o SIMEGO alerta que o não acatamento das decisões da AGE poderão incorrer em denúncias do Conselho Regional de Medicina, como ficou estabelecido pela própria AGE, de acordo com o Artigo 49 do código de Ética Médica que diz que é vedado ao Médico: Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de</i>

	<i>obter vantagens</i>". Notícia "Seis especialidades médicas paralisam atendimento pelo IPASGO", publicada na página eletrônica do SIMEGO⁶⁴. <i>"Lembrando que o SIMEGO alerta que o não acatamento das decisões da AGE poderão incorrer em denúncias no Conselho Regional de Medicina como ficou estabelecido pela própria AGE, de acordo com o Artigo 49 do código de Ética Médica que diz que é vedado ao médico: "Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens". Em AGE os médicos decidiram que o SIMEGO oferecerá denúncia no Conselho Regional de Medicina em desfavor daqueles que não seguirem o movimento."</i> Notícia "SIMEGO Convoca Agep com cirurgiões Gerais e do Aparelho Digestivo que Atuam Junto ao Ipasgo", publicada na página eletrônica do SIMEGO⁶⁵.
--	---

151. Torna-se ainda mais grave a situação de alguns Estados quando se observa que alguns Conselhos Regionais de Medicina adotaram resoluções que reforçam a possibilidade de médicos serem punidos caso não participem do movimento. Nesse passo, foi possível identificar, até o momento, os seguintes textos normativos internos:

Estados	Determinações das Resoluções
Pernambuco	Resolução CREMEPE nº 04/2011 – "(...) Considerando que a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), (sic) é referência ética de valor econômico dos procedimentos médicos para o Sistema de Saúde Suplementar; Considerando que cabe à Comissão Estadual de Honorários Médicos (CEHM) realizar as negociações, de forma coletiva, (...) dos valores dos serviços prestados pelos médicos no Estado de Pernambuco aos beneficiários das empresas de planos e seguros de saúde (...); RESOLVE: (...) Art. 4º Os valores dos honorários médicos pelos serviços prestados aos pacientes internados que forem negociados coletivamente pela Comissão Estadual de Honorários Médicos (CEHM), deverão ser respeitados, não podendo haver discriminação e diferenciação de valores dos honorários para os atos médicos praticados em pacientes internados em enfermarias e acomodações individuais; Art. 5º É assegurada ao médico a liberdade de cobrança de honorários aos pacientes vinculados a convênios que não aceitem pagar ou rejeitem a realização dos procedimentos indicados pelo profissional médico assistente, cujo parâmetro de valores para os procedimentos deverá ser o estabelecido coletivamente pela CEHM. Art. 6º O único instrumento de referência a ser utilizado nos acordos será a (...)

⁶⁴ Fonte: <http://www.simego.com.br/simego-99.asp?ID=1802>. Data de acesso: 28 de abril de 2011.

⁶⁵ Fonte: <http://www.simego.com.br/simego-99.asp?id=1772>. Data de acesso: 28 de abril de 2011.

	<i>CBHPM, a ser consolidada pela Comissão Estadual de Honorários Médicos (CEHM).</i> <i>Art 7º Os estabelecimentos de saúde, (sic) que descumprirem a presente Resolução, deverão ser denunciados pelo diretor técnico dos mesmos ao CREMEPE, para as providências cabíveis.⁶⁶</i>
Espírito Santo	<i>Resolução nº 237/2011⁶⁷ - “No entanto, a necessidade de se estabelecer um valor mínimo para a consulta médica, com o CRM orientando a categoria sobre o assunto, levou a Diretoria do CRM-ES a aprovar, na sessão plenária do dia 5 de abril, a Resolução nº 237/2011, que estabelece o valor mínimo de R\$ 80,00 para a consulta médica. Esse valor deverá ser cobrado nos contratos de prestação de serviços entre médicos e planos de saúde. A Resolução irá para publicação no Diário Oficial do Espírito Santo na próxima semana, entrando em vigor 90 dias após sua publicação.” Informe publicado na página eletrônica do Conselho Regional de Medicina do Espírito Santo⁶⁸.</i>
Brasília	<i>Resolução CRM/DF nº 317/2010 – “RESOLVE: Art. 2º A responsabilidade em negociar valores dos serviços prestados pelos médicos do Distrito Federal aos beneficiários das empresas de seguro de saúde, de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, empresas de autogestão é das instituições representativas que detêm estrutura operacional e técnica (...);</i> <i>Art. 3º. As representatividades médicas, responsáveis pelas negociações dos honorários médicos junto aos planos de saúde no Distrito Federal, deverão negociar os valores dos honorários médicos, de paciente internados, independente da acomodação, obedecendo sempre os critérios praticados para os pacientes praticados para os pacientes acomodados em acomodações individuais (...);</i> <i>Art. 5º. As representatividades médicas, responsáveis pelas negociações dos honorários médicos junto aos planos de saúde no Distrito Federal, deverão implantar a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM atualizada de forma que valorize o procedimento médico hoje praticado, aplicando, para tanto, as bandas positivas necessárias, permitindo as condições mínimas de trabalho ao profissional médico e retorno financeiro adequado (art. 1º da Resolução CFM 1673/2003)</i> <i>Art. 6º. Os estabelecimentos de saúde que descumprirem a presente Resolução poderão ter seus registros cancelados no Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal conforme resolução CFM N.º 1642/2002 (...)⁶⁹”</i>

152. Apesar das evidências colhidas no bojo do Presente Processo Administrativo, o Conselho Federal de Medicina alega que a CBHPM não poderia ser classificada como

⁶⁶ Fonte: <http://www.cremepe.org.br/resolucoes.php>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁶⁷ O CRM-ES não disponibiliza a íntegra dessa Resolução em sua página eletrônica.

⁶⁸ Fonte: <http://crm-es.org.br/conteudo.php?incConteudo=verTodas2&target=310>. Data de acesso: 28 de abril de 2011

⁶⁹ Fonte: <http://www.crmdf.org.br/index.asp?opcao=resolucoes>. Data de acesso: 28 de abril de 2011.

obrigatória uma vez que foi emitido o Ofício Circular nº 125/2004, acostado pelo CFM às fls. 525 dos presentes autos, dirigido a todos os Presidentes dos Conselhos Regionais de Medicina. O referido expediente possui o seguinte teor:

"CFM, no uso de suas atribuições legais, em face das recentes decisões judiciais sobre a matéria, vem solicitar aos Presidentes dos Conselhos Regionais que sobrestem todos os feitos (sindicâncias e processos éticos-profissionais) que tenham como objeto a apuração de ilícitos éticos ligados à não observância da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – Res. CFM nº 1673/2003".

153. Observe-se, no entanto, primeiramente, que o referido comunicado não é capaz de fazer retroagir no tempo as ameaças de sanção existentes antes de que o CFM e as entidades estaduais fossem obrigados, por meio de decisões judiciais externas (e a medida preventiva da SDE), a deixar de perquirir a punição de profissionais. Note-se, também, que a própria redação do comunicado dá a entender, claramente, que **o CFM conhecia, presumia e esperava processos de sanção aos médicos que não aderissem ao movimento da CBHPM**. Mais ainda, segundo o comunicado do CFM, os Conselhos Regionais deveriam apenas **sobrestar** os feitos, e **não arquivá-los**. Tal entendimento fica mais claro da leitura da Circular nº 129/2004 (fls. 2705 dos autos do Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71), que retifica o ofício citado anteriormente:

"Em retificação ao Ofício Circular CFM nº 0125/2004, este Conselho Federal de Medicina – CFM, no uso de suas atribuições legais e em face das recentes decisões judiciais sobre a matéria, vem solicitar aos Presidentes dos Conselhos Regionais que sobrestem a abertura de novos Processos Ético-Profissionais que tenham como objeto a não observância da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – Resolução CFM nº 1.673/2003.

Entretanto, não existe qualquer impedimento para que sejam instauradas e processadas novas sindicâncias sobre o tema, sendo que somente o julgamento deverá ser sobrestado até um novo posicionamento sobre a matéria". Grifos nossos.

154. Sendo assim, a Circular nº 129/2004 é clara no sentido de **permitir que sejam instauradas e processadas novas sindicâncias sobre o tema**, sendo que *"somente o julgamento deverá ser sobrestado até um novo posicionamento sobre a matéria"* Grifo nosso.

155. Para que os efeitos anticoncorrenciais de uma tabela obrigatória se consubstanciem no mercado, não é necessário que haja uma decisão final dos processos éticos disciplinares, em que uma punição seja determinada aos médicos que não aderiram às decisões do movimento para implantação da CBHPM. **A mera ameaça de instauração de sindicâncias e processos éticos disciplinares, em um contexto que o julgamento estava apenas sobrestado, podendo ser retomado a qualquer momento em função de um novo posicionamento do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, terá como consequência provável a adesão dos médicos aos ditames do movimento. Portanto, a mera ameaça, em um contexto de insegurança jurídica, já teria consequências anticompetitivas potenciais.**

156. Observe, ainda, a diferença entre a postura do CFM adotada na discussão da cobrança de beneficiários de planos de saúde como suplemento à contraprestação de serviços

de consultas médicas (discutida na seção 2.5.1 da presente Nota) e na discussão sobre a possibilidade de punir médicos dissidentes. No primeiro caso, o CFM foi claro e enfático no sentido de que a prática era proibida pelo código de ética médica, independentemente de a cobrança extra ter sido adotada em Resoluções dos Conselhos Regionais de Pernambuco e do Distrito Federal.

157. Já em relação à ameaça de imposição de sanções, via sindicâncias e processos éticos disciplinares, o Conselho Federal de Medicina adotou uma postura dúbia, permitindo, na prática, que as entidades regionais, responsáveis pelas negociações com as operadoras de planos de saúde, ameacem médicos que não tenham interesse em aderir aos movimentos por melhores honorários.

158. Nesse contexto, tendo em vista que um médico decidiu cobrar dos planos de saúde valores inferiores ao da CBHPM ou 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 18 ou no Artigo 49. 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 48 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.

159. **Seria absurdo defender que não houve ameaça de sanções, por parte do Representado, aos profissionais médicos que não aderissem ao movimento da CBHPM, quando existem (i) claros ditames normativos no âmbito da entidade prevendo punição aos profissionais que não adiram às suas determinações e, ao mesmo tempo (ii) permitasse expressamente e fomentasse a instauração de processos disciplinares contra tais profissionais desviantes.** Nesse contexto, que profissional deixaria de atender às determinações dos Representados no sentido de aderir à CBHPM, confortando-se com um simples *sobrestamento* de um processo disciplinar contra si?

160. Dessa forma, a maneira que o movimento para implantação da CBHPM vinha sendo coordenada, tornava à **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.

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

2.5.5. Conclusões preliminares sobre a conduta

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

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

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

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

166. As condutas das Representadas relatadas no bojo do presente Processo Administrativo inverteu a relação de hipossuficiência entre médicos e operadoras de planos de saúde, implicado poder de barganha excessivamente alto para as entidades representativas médicas, possibilitando a fixação de preços mínimos e os efeitos anticompetitivos decorrentes dessa prática no mercado. Por isso, aceitar como legítima a conduta das Representadas significa, efetivamente, aceitar a substituição de um regime de livre concorrência por um

regime monopolista, no qual o preço formado será, em regra, o mais alto possível, inflando os custos com procedimentos médicos para saúde suplementar.⁷⁰

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

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

- (i) primeiramente, por meio da fixação de uma tabela de honorários mínimos a serem seguidos de forma uniforme por todos os médicos concorrentes em cada Estado;
- (ii) depois, por meio da promoção de paralisações, boicotes e ameaças de descredenciamento coletivo, de forma a obrigar as operadoras a absorverem os preços artificialmente fixados; e
- (iii) concomitantemente, pela utilização efetiva de uma estratégia de coerção que obrigou todos os médicos a aderirem ao movimento colusivo, de forma a garantir a efetividade da conduta uniforme.

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

170. Do modo como conduzidas, porém, as práticas e formas de negociação utilizados pelas Representadas tratam-se, por tudo quanto exposto, de condutas flagrantemente ilegais, na medida em eliminam por completo a livre concorrência e a livre iniciativa constitucional e legalmente garantidas, em grande prejuízo dos consumidores brasileiros.

⁷⁰ Vale lembrar que mercados caracterizados por monopólios naturais (ex: transmissão de energia elétrica), em regra, sofrem regulação do Estado, justamente para, entre outros objetivos, evitar a formação, que naturalmente ocorreria, de um preço de monopólio (o mais alto possível). No presente caso, não seria razoável aceitar que um mercado não caracterizado por um monopólio natural, mas sim por um regime de livre concorrência, fosse monopolizado, permitindo-se a formação de preços de monopólio fatalmente repassados aos consumidores. Não por outro motivo, a conduta de cartel é considerada a mais grave prática antitruste, sendo ilegal na maior parte dos países e no Brasil.

171. Não é por outro motivo que as condutas aqui reprovadas também são rechaçadas por autoridades de outros países, com histórico de discussões profundas sobre o tema, podendo mecanismos de associação e de negociação coletiva legítimos ser empregados sem o mesmo potencial de danos⁷¹.

2.6 Entendimentos do Poder Judiciário sobre a CBHPM e sua implementação

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

173. Para sustentar tal afirmativa, os defensores da CBHPM geralmente citam, por exemplo: (i) o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Mandado de Segurança 3461-8-DF; (ii) a decisão da antecipação de tutela da Ação Civil Pública nº. 2004.36.00.010091-0; e (iii) processo nº. 2005.50.01.005245-2 da 3ª Vara Federal do Espírito Santo; entre outras decisões judiciais⁷².

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

175. Com efeito, o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Mandado de Segurança 3461-8-DF foi vencido pelos demais membros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que compreendeu que a Secretaria Nacional de Defesa Econômica, à época, conforme disposição da Lei 8.158/91 não tinha poderes ou competência para exarar uma medida preventiva. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo momento, reconheceu que a Lei 8.884/94 previu expressamente tal competência, não havendo óbice, após a promulgação da Lei 8.884/94, que se adotasse qualquer medida preventiva por parte do órgão instrutor na seara antitruste.

⁷¹ Destaca-se, nesse sentido, as experiências das jurisdições dos Estados Unidos, Austrália e Irlanda, por exemplo, cujos entendimentos convergem nos seguintes pontos: i) as negociações e as definições dos valores dos procedimentos médicos para o mercado de saúde suplementar devem observar os preceitos do livre mercado, sem influência de práticas concertadas de fixação de preços; os acordos ou recomendações, mesmo não obrigatórias, que tenham como resultado o estabelecimento de valores mínimos devem ser evitados, sob pena de infringir os ditames legais da defesa da concorrência; ii) os boicotes coordenados por médicos ou entidades representativas ofendem a liberdade de concorrência e são por isso ilegais. Fonte: The Competition Authority, *Guidance in respect of Collective Negotiations relating to the Setting of Medical fees*, 2005, Irlanda. Australian Competition and Consumer Commission, *Guide to the Trade Practices Act for the health sector*, 1995, Austrália; *Setting your fees straight*, 2004; <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/575152>; *Cutting a deal – what doctors need to know about collective negotiations*, 2005. Statements Of Antitrust Enforcement Policy In Health Care. Disponível em: <http://www.ftc.gov/bc/healthcare/industryguide/policy/index.htm>.

⁷² Cita-se, aqui, como exemplo o AgRg no Recurso Especial 663.179 – DF. Este precedente, também, não pode ser utilizado como parâmetro para demonstrar a licitude da campanha em favor da CBHPM. Com efeito, tratou-se de um precedente em que o STJ não viu pré-questionados alguns itens específicos do recurso, motivo pelo qual não o conheceu. Mesmo assim, adentrando no mérito, compreendeu o STJ que haveria mera “recomendação” para adoção da tabela da AMB, não havendo coerção ou coação de médicos para imposição da referida tabela. Diferentemente, no presente caso, houve sim, efetivamente, coerção de médicos para adoção da CBHPM, conforme demonstrado ao longo desta nota, via possibilidade de aberturas de processos éticos contra médicos que não aderissem ao movimento de paralisação referido.

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

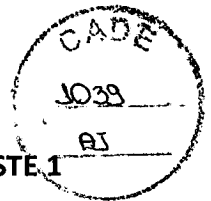
177. De outra sorte, a Ação Civil Pública nº. 2004.36.00.010091-0 (conexão ao proc. nº. 2004.36.00.009687-0), da 1ª Vara Federal do Mato Grosso, movida Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina-CRM/MT, Sindicato dos Médicos do Estado do Mato Grosso/MT, Associação Médica do Mato Grosso/MT, também não serve de suporte à tese dos representados. Se em um primeiro momento, o Juiz reconheceu na antecipação de tutela a licitude da prática das representadas, de 25 de abril de 2005, é também verdade que a referida decisão foi modificada em 2009, quando o Poder Judiciário, ao ter a oportunidade de julgar o caso, por meio de uma análise exauriente de mérito, compreendeu que o ordenamento jurídico não permite imposição de tabelas de honorários médicos por parte do CRM. Assim, determinou que o CRM se abstenha de impor a tabela CBHPM, ou qualquer outra que venha a substituí-la nesse propósito e instaurar qualquer procedimento administrativo disciplinar contra médicos pela não aplicação da referida tabela. Ressaltou-se que “Não é atribuição legal do CRM impor tabelas de honorários, revela-se de todo descabida a interferência do CRM em assunto que diga exclusivamente aos médicos e empresas do setor de planos e seguros de saúde, seja direta ou indiretamente.”⁷³.

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

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

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

⁷³ Diário da Justiça Federal da Primeira Região – Seção Judiciário do Estado de Mato Grosso - e-DJF1 AnoII / N. 122 Divulgação: 13/07/2009 Publicação: 14/07/2009



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

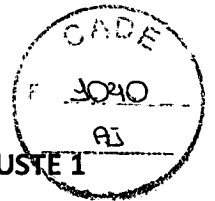
(...)

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

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

181. No mesmo sentido, também é possível citar a sentença proferida nos autos do processo nº. 2004.34.00.015795-1⁷⁴, da 22ª Vara Federal do Distrito Federal, movido pela

⁷⁴ O ultimo andamento processual: recurso de apelação ao TRF 1ª Região pendente de análise.



Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda e pela Hapvida Assistência Médica em face do Conselho Federal de Medicina, que declarou nula a Resolução nº. 1673/03 do CFM, *in verbis*: “A resolução (...) ao impor a tabela de honorários aos planos de saúde, configura ato que invade ilicitamente as relações entre os membros da classe e as empresas operadoras de saúde coletiva que têm como objeto a prestação ou a garantia dos serviços médicos.”;

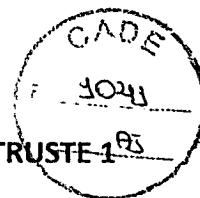
182. Também, a sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.41.00.005432-8⁷⁵, da 3ª Vara Federal de Porto Velho, movida pelo Ministério Público Federal contra o CFM, o CRM-RO e a Associação Médica de Rondônia sustentou a procedência do pedido de decreto da ilegalidade da Resolução nº 1.673/2003 do CFM, *in verbis*: “Outrossim, dela aflora maltrato à ordem econômica, à luz da Lei 8.884/94, artigos 15 e 23, III. Com ela, os Conselhos ensaiaram ingerência no mecanismo de livre formação de preços, em ordem a ensejar gravame à concorrência no mercado.” Tal decisão também foi amparada por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento⁷⁶ impetrado pelo CRM-RO, em que o TRF da Primeira Região conclui que: “1 - Os Conselhos de medicina não podem impor tabela de honorários (CBHPM), sob pena de violação da liberdade contratual. 2 - Não se insere na competência do Conselho Federal de Medicina a edição de resolução que se consubstancie em coação aos profissionais da área verificada a partir de publicações em jornais, recomendado a suspensão de atendimento à população sob pena de processo disciplinar. 3 - Agravo de Instrumento não provido”.

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

- “MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO Nº 19/87, DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (STJ, RESP 8490/RJ, Rel. Min. PECANHA MARTINS, T2, maioria, DJ 27/09/1999, p. 68)
- O MM. Juiz Federal Substituto IVO ANSELMO HÖHN JUNIOR, da Seção Judiciária do Maranhão, deferiu antecipação de tutela, nos autos da AO nº 2004.37.00.002613-5, adiante distribuída à 6ª Vara/MA, ajuizada em 8 de abril de 2004 por Hapvida Assistência Médica Ltda contra Conselho Regional de Medicina - CRM/MA, que objetivava anular as Res. nº 001 e nº 003/2004 do CRM/MA, visto que tais resoluções impediriam os médicos maranhenses de atenderem aos usuários da autora se não adotassem a CBHPM - Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos. Também, o TRF da 1ª. Região manteve a referida decisão, por ocasião do julgamento do Agravo Interno no Agravo 2004.01.00.020286-8/MA, distribuído no em 21/05/2004, cujo Processo na Origem é 200437000026135. Dentre os motivos da manutenção desta decisão, o TRF compreendeu que seria necessário manter a

⁷⁵ Último andamento processual: Recurso de apelação pendente de julgamento pelo TRF da 1ª Região.

⁷⁶ AG 2004.01.00.058671-9/RO, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Conv. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (conv.), Sétima Turma, DJ p. 78 de 09/06/2006.



liberdade negocial dos médicos. Compreendeu que seria *"bastante censurável que, sob o pálio do que chama "liberdade", o ora agravante, longe da negociação, da discussão e do entendimento que devem nortear a necessária colaboração entre empresas administradoras de planos de saúde e os médicos – e colocando no meio do tiroteio o paciente –, o que atesta certa incapacidade de lidar com as controvérsias próprias da livre concorrência, tente constranger as empresas de saúde (...) a aceitar suas condições, levantando a bandeira da ética e da defesa do paciente para ocultar, em desrespeito à inteligência dos usuários"*. Entendeu-se que *"proibir os médicos de trabalhar (e os pacientes de serem atendidos) para forçar esta ou aquela administradora a aceitar suas condições é procedimento próprio daqueles que se recusam a dialogar, expondo argumentos que, sob a névoa da liberdade e do "prejuízo científico", tangenciam a chantagem, denotando estratégia negocial repugnante, tanto mais no campo da saúde. Como também seria qualquer tentativa congênere adotada pelas administradoras (alterações unilaterais)"*.

- Decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.33.00.013832-9⁷⁷, da 13ª Vara Federal da Bahia, movida pelo Ministério Público Federal contra o CRM-BA e o CFM. A sentença julgou procedente o pedido e determinou a nulidade da Resolução 1.673/2003, pois considerou que a Circular CFM nº. 125/2004 *"apenas solicita o sobrestamento de apurações de infrações ligadas ao descumprimento da Resolução 1.673/2003, cuja declaração de invalidade é buscada neste feito, revelando o caráter apenas transitório e precário da suspensão dos seus efeitos jurídicos (...)"*.
- Sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº. 2004.60.00.006852-8⁷⁸, da 1ª Vara Federal do Mato Grosso do Sul, subseção Campo Grande, movida pelo Ministério Público Federal contra o CFM e o CRM/MS. A Sentença sob fls. 2552 e seguintes dispõe que *"Não há previsão legal para que o CFM limite a atividade profissional do médico, determinando que proceda aos atendimentos somente mediante cobrança de um preço mínimo ora fixado pelo CFM. (...) O direito à saúde é uma garantia constitucional fundamental da pessoa humana que não pode ficar à mercê de uma política econômica desses Conselhos de Classe apenas porque os médicos não são remunerados pelos Planos de Saúde privados com os valores mínimos previstos na tabela CBHPM. Essa é uma luta justa, mas que deve ser travada entre a Classe Médica e os Planos de saúde privados; não podem os consumidores desses Planos, mesmo pagando pelos seus serviços, serem tolhidos do acesso à assistência médico-hospitalar porque os Conselhos não aceitam suas tabelas de preços. Ora, e ainda propagam que a medicina não é comércio!? Não se trata de infração à ordem econômica, à livre concorrência e ao livre exercício da profissão!? Mera falácia."*

184. Como se pode observar no arcabouço de decisões colacionadas acima, a controvérsia ora analisada sob o prisma da defesa da concorrência já fora abordada sob

⁷⁷ Último andamento processual: Recurso de apelação pendente de decisão pelo TRF da 1ª Região.

⁷⁸ Último andamento processual: Recurso de apelação pendente de julgamento pelo TRF da 3ª Região.

inúmeros enfoques no âmbito do Poder Judiciário, a reverberar a complexidade e a importância do tema à sociedade brasileira.

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

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

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

187. Neste aspecto, para repisar todos os tópicos já mencionados, constata-se ao longo dos autos fartas provas de que as entidades Representadas, em nome de toda a categoria médica, coordenaram a condução das negociações de honorários das entidades regionais junto às operadoras de planos de saúde.

188. Com efeito, conforme se extrai do Relatório do Monitoramento de Mercado realizado pela SDE a partir de ofícios enviados às operadoras em janeiro de 2010, é habitual que as negociações de honorários sejam conduzidas, de um lado, por operadoras de planos de saúde ou por entidades que as representam e, do outro, por entidades representativas dos prestadores⁷⁹.

189. No contexto nacional, como destacado de forma detalhada anteriormente, atuavam como representantes dos médicos a Comissão Nacional de Implantação da CBHPM⁸⁰, ao coordenar as negociações das entidades em âmbito regional com as operadoras de planos de saúde.

190. Consoante já pontuado acima, as tratativas coletivas entre representantes da classe médica e operadoras de planos de saúde tornaram-se circunstância bastante comum nas negociações de reajuste nos últimos anos. Isso porque, sob o argumento de que a negociação

⁷⁹ Destaca-se que as informações reunidas no referido documento não apontam para o cenário fático de um monopólio bilateral no mercado - em que os prestadores de serviços médicos agiriam em bloco, como monopolista, negociando com as operadoras de plano de saúde que também se comportariam como monopolista. Isso porque, é pouco usual observar operadoras de planos de saúde classificadas em modalidades distintas - tais como, medicina de grupo, cooperativas, autotestes - negociando conjuntamente os valores dos procedimentos médicos. Dessa forma, haveria sempre mais de um grupo de operadoras negociando de forma independente os valores dos procedimentos médicos. Pelo lado dos prestadores de serviços médicos, também é possível observar clivagens, o que apontaria para grupos distintos negociando separadamente com as operadoras de planos de saúde.

⁸⁰ Os integrantes são investigados nesse Processo Administrativo

naturalmente desigual entre um grande agente econômico e um profissional individualmente, acarreta, em verdade, a ausência de acordo, com a inevitável imposição das condições de contratualização pela operadora de plano de saúde. O descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer das cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer outro especialista, salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico. Tal constatação é interessante não apenas porque denota o desequilíbrio da relação, como também porque demonstra a existência efetiva de concorrência entre os médicos prestadores de serviços às operadoras.

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

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

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

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

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

2.8 Conclusões e parâmetros para a atuação dos médicos

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

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

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

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

- (i) excluir e deixar de divulgar quaisquer valores monetários para portes e UCO's, atualmente definidos e publicados pela Comissão Nacional de Honorários Médicos. A CBHPM, ao passar a ser equivalente a uma tabela de preços, torna-se potencialmente danosa à concorrência no mercado. A definição desses valores deve sujeitar-se a negociações entre os médicos e cada uma das operadoras de planos de saúde;
- (ii) suprimir as bandas que estabelecem limites inferiores de remuneração (deflator de 20%) para aplicação da CBHPM;
- (iii) abster-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, retaliar ou ameaçar os médicos que deixem de adotar a CBHPM como padrão de remuneração. O profissional deve ser sempre e em qualquer circunstância livre para atender pelo

valor e condições que entender convenientes e adequadas segundo seus critérios individuais;

- (iv) abster-se de promover, apoiar ou fomentar movimentos de boicote, paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo longo ou indeterminado ou descredenciamentos em massa;
- (v) abster-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, retaliar ou ameaçar os médicos, obrigando a participação em movimentos de boicote, paralisação, descredenciamento, negociação coletiva ou o acatamento irrestrito às decisões das entidades médicas;
- (vi) abster-se de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais.

3. RECOMENDAÇÃO

200. Conclui-se que as provas constituídas no feito demonstram a caracterização indubitável das infrações contra a ordem econômica, conforme artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, da então vigente Lei nº 8.884/94⁸¹. Nesse passo, recomenda-se, nos termos do art. 74 da Lei nº 12.529/2011 e do art. 156, §1º, do Regimento Interno do Cade, que sejam remetidos os presentes autos ao Tribunal Administrativo do Cade para julgamento, opinando-se pela **condenação** dos Representados pela prática de infrações à ordem econômica.

201. Estas são as conclusões.

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

Brasília, 06 de fevereiro de 2013

PIP

JOÃO PAULO SOARES COELHO

Assistente Técnico

Tainá Leandro

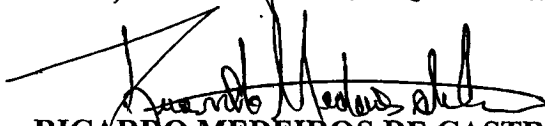
TAINÁ LEANDRO

Coordenadora de Análise Antitruste

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

⁸¹ Os Artigos correspondentes na Lei nº 12.529/2011 são: Art. 36, incisos I, II e IV, Art. 36 § 3º inciso II, III, IV e VIII.

Brasília, 06 de fevereiro de 2013


RICARDO MEDEIROS DE CASTRO
Coordenador-Geral de Análise Antitruste 1

De acordo.


EDUARDO FRAIDE RODRIGUES
Superintendente-Adjunto