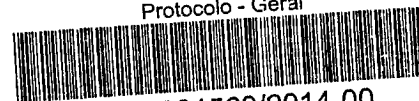




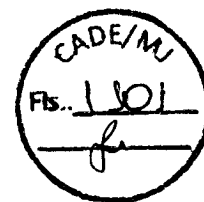
CADE/MJ
Protocolo - Geral



08700.001560/2014-00

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99



PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

PARECER Nº 90 – ST/MPF/CADE – 2014

REPRESENTANTE: SDE Ex Officio

REPRESENTADAS: Federação Nacional dos Médicos - FENAN, Associação Médica Brasileira - AMB e Conselho Federal de Medicina - CFM.

RELATORA: Conselheira Ana de Oliveira Frazão

PROCESSO ADMINISTRATIVO. Mercado de prestação de serviços de Planos de Saúde no Estado do Rio de Janeiro. imposição de tabelas de preços. Abuso de posição dominante. - Provas suficientes que comprovam que a prática entabulada pelas representadas enquadram-se nos arts. 20, incisos I, II, IV, c/c art. 21, incisos I, II, V e X, ambos da Lei nº 8.884/94.

- Parecer do MPF pela condenação das representadas FENAM, AMB e CFM por infração contra à ordem econômica.

20/02/14

Francisco Schertel Ferreira Mendes

Francisco Schertel Ferreira Mendes
Especialista em Políticas
Públicas e Gestão Governamental

Procurador Regional da República Sady d'Assumpção Torres Filho



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 06 de maio de 2011, em desfavor da Federação Nacional dos Médicos – FENAN, da Associação Médica Brasileira – AMB e do Conselho Federal de Medicina – CFM, por suposta infração à ordem econômica enquadrada no artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, ambos da Lei nº 8.884/94¹.

As investigações que resultaram na instauração do presente processo administrativo iniciaram em virtude de denúncia anônima que relatou suposta prática anticompetitiva por parte da Associação Paulista de Medicina -APM – Regional de Indaiatuba/SP. De acordo com a denúncia, tal entidade estaria fixando preços de honorários médicos em suas Assembleias Deliberativas, coordenando movimentos de paralisação do atendimento médico às operadoras que não aos preços fixados e punindo os médicos que não seguissem tais preços por meio de processos ético disciplinares no CREMESP².

Diante das informações contidas nos autos, que sinalizaram para a existência de influência de conduta uniforme a toda a classe médica, a SDE resolveu, na Nota Técnica³ instaurar o presente processo administrativo em desfavor dos representados. Na mesma nota técnica, a SDE decidiu adotar Medida Preventiva determinando aos representados:

a) Que se absteresse de utilizar os artigos 18, 48 e 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica para fundamentar a instauração de sindicâncias ou processos administrativos

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

2 Documentos às fls. 01-39 dos autos.

3 fls. 192-225 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

disciplinares contra os médicos que não acompanharem as decisões das entidades médicas quanto a honorários e rescisões contratuais;

b) Que se abstivessem de utilizar os artigos 18, 48 e 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;

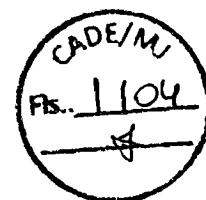
c) Que se abstivessem de promover, fomentar ou coordenar qualquer movimento de paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo indeterminado ou descredenciamento em massa;

d) Que se abstivessem de fixar ou divulgar valores de consultar, portes e Unidades de Custos Operacionais – UCO, ou quaisquer indexações que reflitam nos valores pagos pelas operadoras aos médicos;

e) Que se abstivessem de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais;

f) Que determinassem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que respaldem a cobrança direta pelos médicos de valores adicionais por consultar ou procedimentos dos beneficiários de planos de saúde credenciados;

g) Que determinassem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que fixe valores de consultar e procedimentos médicos;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

h) Que fizessem publicar, em pelo menos um dos dois jornais de maior circulação nacional, o teor do Comunicado descrito na nota técnica, juntando aos autos cópias da referida publicação no prazo de 20 dias; e

i) Que divulgassem em suas páginas eletrônicas e façam publicar nas páginas eletrônicas de todos os Conselhos Regionais Medicina e filiadas da AMB e da FENAM o comunicado descrito na nota técnica, juntando aos autos cópia das referidas publicações no prazo de 20 dias.

O CFM e a AMB interpuseram recurso administrativo contra a Medida Preventiva supracitada por meio dos Recursos Voluntários nº 08700.002570/2011-10 e 08700.002587/2011-77 respectivamente. Contudo, o Plenário não conheceu dos recursos, nos termos do voto da Conselheira relatora Ana Frazão⁴, conforme decisão publicada no D.O.U. Em 11 de dezembro de 2012.

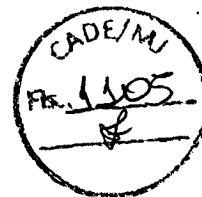
Notificados da instauração deste feito, os representados apresentaram razões de defesa.

A FENAM apresentou sua defesa⁵ em 30 de maio de 2011, ocasião em que solicitou a invalidação da medida preventiva. A entidade fez as seguintes alegações:

a) Incompetência da SDE para intervir em relações de trabalho, o que só pode ser feito pela Justiça do Trabalho;

4 Fls. 53-62 do Recurso Voluntário 08700.002587/2011-77 e fls. 369-377 do Recurso Voluntário 08700.2570/2011.

5 Fls. 389-409 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

b) A FENAN exerceria prerrogativas constitucionais e institucionais típicas de entidade sindical, o que a eximiria de eventual análise antitruste;

c) A FENAM não atou com vistas a impor posição dominante no mercado de prestação de serviços médicos;

d) A CBHPM seria um “mínimo remuneratório digno” para a categoria médica;

e) Não haveria interferência direta da FENAM no processo de fixação de honorários;

f) As paralisações de serviços empreendidas seriam mero exercício da autonomia da vontade de cada entidade e de cada associado;

g) Inexistiria punição ético disciplinar dos médicos por parte da FENAM;

h) Não seria razoável afastar as investigações da responsabilidade das entidades locais e centralizá-las apenas nas entidades nacionais; e

i) A Medida Preventiva determinada pela SDE violaria o princípio da legalidade na medida em que as condutas da entidade não se enquadrariam nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

A CFM apresentou sua defesa⁶ em 07 de junho de 2011, ocasião em que também solicitou a invalidação da medida preventiva e o

⁶ fls. 462-496 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

reconhecimento da improcedência da representação⁷. Nesta oportunidade, a entidade alegou em sua defesa que:

a) A instauração do processo administrativo careceria de fundamentação, o que daria ensejo à sua nulidade, já que não teria havido imposição de conduta uniforme ou interferência por parte da CFM no mercado, dado à suposta inexistência de poder de mercado da entidade;

b) Não haveria provas sobre a existência de processos disciplinares nos Conselhos de Medicina contra médicos que não seguissem o movimento, sendo vedada pela legislação vigente a presunção de punição;

c) O ato da SDE seria abusivo por interferir nas relações entre médicos, pacientes e operadoras de planos de saúde;

d) Teria havido cerceamento de defesa da entidade na medida em que teria sido emitido juízo de valor e, inclusive, condenação sobre as condutas das entidades sem que essas fossem ouvidas;

e) A adesão dos médicos ao movimento teria sido espontânea dado o interesse natural em uma melhor remuneração, não havendo comprovação de atuação nesse sentido por parte da entidade. Além disso, o movimento também teria recebido adesão dos consumidores; e

f) A CBHPM seria um referencial de caráter meramente sugestivo, não havendo coerção ou obrigatoriedade para sua adoção.

⁷ fls. 462-496 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

A AMB apresentou sua defesa⁸ em 03 de junho de 2011, ocasião em que requereu o arquivamento do procedimento administrativo. Nesta oportunidade, a entidade alegou em sua defesa que:

a) Por não ter fins lucrativos ou econômicos, os atos da AMB não precisariam se submeter à legislação antitruste;

b) A entidade não teria competência legal para instaurar sindicância ou processo administrativo disciplinar contra médicos;

c) Não haveria provas de que a AMB teria fomentado ou coordenado os movimentos de paralisação de atendimentos e descredenciamento em massa;

d) A AMB não teria divulgado ou fixado valores de honorários, de forma que a negociação entre médicos e operadoras de planos de saúde e hospitais se daria de forma direta e sem a interferência da entidade;

e) A AMB não teria competência para editar atos normativos, ou de caráter orientador, relativos à determinação de valores de consultas e de procedimentos médicos; e

f) As condutas da AMB não poderiam configurar infração à ordem econômica na medida em que seriam apenas exercício de sua liberdade de manifestação e de suas finalidades institucionais, conforme a Constituição e as demais leis vigentes.

A União recorreu das decisões em três agravos de instrumentos interpostos pelas representas que haviam suspendido a Medida

⁸ fls. 599-618 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

Preventiva imposta pela SDE. Em sede de liminar, foi concedida a tutela antecipada em todos os três agravos⁹. Com a decisão agravada os efeitos da medida preventiva, voltaram a vigorar.

A Superintendência Geral do CADE encerrou a instrução processual em 16 de janeiro de 2013 e solicitou que as representadas apresentassem suas alegações finais no prazo de 05 dias¹⁰.

As alegações finais¹¹ apresentadas pelas representadas contêm, em suma, os mesmos argumentos quando da apresentação de suas defesas.

A Superintendência Geral do CADE¹² opinou pela condenação das representadas.

A ProCADE¹³, em linha com os argumentos da SDE, concluiu pela condenação das representadas.

Vieram os autos ao Ministério Público Federal.

II

Da instrução do Processo Administrativo

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

9 AG. nº 0030650-79.2011.4.01.0000/DF; AG nº 0030649-94.2011.04.0000/DF; AG nº 0029461-66.2011.4.01.0000/DF fls. 624-630; 631-637 e 638-644, respectivamente.

10 fls. 953 dos autos.

11 fls. 961-1048 dos autos.

12 fls. 1966-2021 dos autos.

13 fls. 2034-2064 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

Todas as preliminares foram rebatidas pela SG, com base nos argumentos expostos na nota técnica¹⁴.

Da conduta e de sua subsunção

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

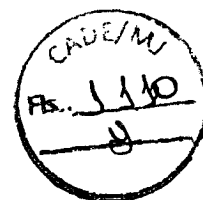
A implantação da CBHPM como referencial mínimo uniforme para os procedimentos médicos, bem como a promoção de recusa dos médicos a negociarem com as operadoras de planos de saúde que não se sujeitassem aos valores mínimos, subsume-se, em tese, aos incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94, conjugados com os incisos II, IV, V e X do art. 21 da mesma lei¹⁵.

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

14 fls. 996-1008 dos autos.

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

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

Exemplificando a afirmação acima, se a Suprema Corte dos Estados Unidos entende que determinada conduta é alvo de graves preocupações concorrenciais, seja por seu objeto, seja pelos efeitos que gera com maior frequência, então é possível que essa conduta seja presumida ilícita. Essa presunção pode adquirir contornos de presunção *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, a depender das probabilidades de se demonstrar um eventual caráter lícito para a referida conduta: se essa probabilidade é, embora remota, factível, tem-se presunção relativa de ilicitude; caso essa probabilidade seja desprezível, então devida será a presunção absoluta de ilegalidade.

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

Procurador Regional da República Sady d'Assumpção Torres Filho 10

administrativos do CADE¹⁸.

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

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

Procurador Regional da República Sady d'Assumpção Torres Filho 11



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

Isso porque o diploma processual adota como regra a teoria estática do ônus da prova¹⁹, admitindo que ele seja invertido apenas excepcionalmente, nas seguintes hipóteses: naquelas em que a lei material assim o preveja (como o CDC, em caso de hipossuficiência consumerista); ou quando, no caso concreto, houver insuficiência da regra geral para a instrução, de modo que se faça conveniente atribuir o ônus da prova à parte que tenha melhores condições de produzi-la (teoria dinâmica do ônus da prova²⁰) – ressaltando que a última hipótese não se aplica abstrata e indiscriminadamente, mas a partir da análise das circunstâncias fáticas justificadoras em um caso concreto²¹.

Nesse ponto, transportar, de antemão e genericamente (sem analisar o caso concreto), o sistema de presunções norte-americano (com suas consequentes inversões de ônus probatório) à análise de condutas anticompetitivas no Brasil, possivelmente, afrontaria o sistema instrutório constitucional instituído pelo CPC – uma vez que não há previsão material na

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

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

lei antitruste que autorize a inversão e estar-se-ia generalizando para a tutela da concorrência, sem apontar as circunstâncias justificadoras no caso concreto, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.

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

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

Não obstante, o método usualmente empregado pelo CADE nos casos de condutas verticais tem passado pelas seguintes etapas:

22“Irregularidade do processo disciplinar. Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário. 1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante na gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo” (MS 200501292441, NILSON NAVES, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/10/2008, g.n).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

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

3.) Da potencialidade lesiva da conduta

O Ministério Público Federal acompanha a definição de mercado relevante da SG, tomando-o como a prestação de serviços médico hospitalares por meio de planos de saúde em todo o território nacional. A definição produto justifica-se pelo fato de a CBHPM ser bastante ampla, contendo uma vasta gama de procedimentos médicos. Considerando que a conduta foi de imposição da tabela como um todo, não faria sentido a segmentação do mercado em procedimentos médicos individualizados, uma

²³ Nesse sentido, o MPF considera por bem pontuar que discorda, pelos motivos expostos, do posicionamento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, manifestado por meio de voto-vista no PA nº 08012.001271/2001-44, que aplica o sistema de presunção de ilegalidade (com consequente inversão do ônus probatório) para as condutas classificadas doutrinariamente como ilícitas pelo objeto. Se levado ao limite o argumento do Conselheiro, então um acordo de preços entre apenas dois donos de posto de combustível, sem a mais remota possibilidade de produzir qualquer efeito anticoncorrencial, seria presumido ilícito, sem que o administrado pudesse objetar, direta e materialmente, a pretensão punitiva da Administração.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

vez que todos os tipos de procedimentos previstos na tabela foram alvo da conduta.

Quanto à dimensão geográfica, a representatividade dos representados restringe-se a todo o território nacional, sendo este o território supostamente afetado pela prática anticompetitiva.

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

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

Sendo 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 Médicos:

Art. 10. São deveres das entidades filiadas:

Procurador Regional da República Sady d'Assumpção Torres Filho



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

I – defender os princípios e objetivos definidos pela FENAM;

[...]

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

[...]

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

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

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

Nesse passo, não cabe o argumento das representadas de que não estariam sujeitos à aplicação da Lei nº 8.884/94. O art. 15 da lei²⁴, cuja redação foi integralmente replicada pelo art. 31 da Lei nº 12.529/11, sujeita as pessoas de direito privado, bem como as de direito público, à aplicação da lei,

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

não isentando qualquer tipo de entidade representativa, como associações de classe ou sindicatos, tampouco conselhos de regulamentação profissional.

4.) Da comprovação da conduta.

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

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

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

25 Conduta objeto do PA 08012.004276/2004-71.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

O caráter anticompetitivo da conduta está em que, junto à divulgação da CBHPM, está destacado em “Comunicado Oficial”²⁶, informando os valores a serem observados para os portes e as UCOs. Esses valores foram definidos consoante o previsto na resolução nº 1.673/2003, que estabeleceu, em seu art. 2º, que “os valores relativos aos portes de procedimentos deverão ser determinados pelas entidades médicas nacionais, por intermédio da Comissão Nacional de Honorários Médicos”. Assim, o valor mínimo em reais é estipulado, com base na fixação em UCO constante na tabela, pela Comissão Nacional de Honorários Médicos – a qual é integrada por representantes do CFM, da AMB e da FENAM.

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

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

²⁶ Constante da nota técnica final da SG, fls. 1021 dos autos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

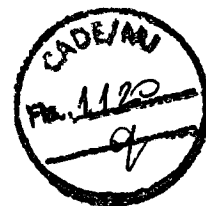
Além da ação junto aos profissionais médicos, há vasta documentação nos autos que demonstra a atuação das representadas no sentido de impor a tabela também às operadoras de planos de saúde. FENAM, AMB e CFM dirigiram a negociação coletiva dos médicos e passou a coordenar a prática de boicotes, impedindo que os médicos atendessem os beneficiários das operadoras que se recusassem a aderir aos valores estipulados pela tabela, conforme documentos constantes dos autos.

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

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

Do exposto, o Ministério Público Federal entende estar suficientemente comprovada nos autos a influência das representadas sobre os médicos para que atuassem concertadamente na imposição do preço mínimo

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

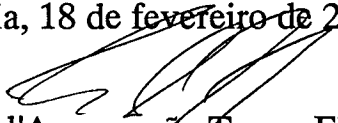
Ofício junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

fixado na CBHPM às operadoras de planos de saúde, com ameaça de paralisações no atendimento e descredenciamentos em massa (boicotes).

5.) Conclusão

Assim, manifesta-se o Ministério Público Federal pela condenação das representadas FENAM, AMB e CFM pela prática de infração à ordem econômica, prevista no art. 20, incs. I, II e IV c/c art. 21, incs. II, IV, V e X, todos da então vigente Lei nº 8.884/94.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014.


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