

Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

PARECER PROCADE Nº 471 /2012

PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.004276/2004-71

REPRESENTANTE: Secretaria de Direito Econômico – (“SDE”)

REPRESENTADAS: Conselho Federal de Medicina (“CFM”); Associação Médica Brasileira (“AMB”); Confederação Médica Brasileira (“CMB”); Federação Nacional dos Médicos, (“FENAN”).

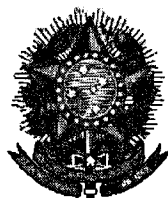
RELATOR: Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO.
IMPOSIÇÃO DE TABELAS DE PREÇOS.
JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO CADE.
ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.
IMPOSIÇÃO DE PREÇOS MÍNIMOS.
INFRAÇÃO CONFIGURADA. ARTS. 20, I, II, IV
E 21, II, X, XXIV DA LEI nº 8.884/94.

Senhor Procurador-Geral,

RELATÓRIO

1. Cuida-se de processo administrativo instaurado ex officio pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), aos 23 de julho de 2004, em desfavor do CFM; AMB; CMB e FENAN (fls.158/171), com fins de investigar suposta prática de conduta anticoncorrencial baseada na imposição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM - como tabela de preços para procedimentos médicos instituída por meio da Resolução do CFM nº 1.673/2003 (fls.08/09). Tais práticas, se



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

comprovadas, seriam passíveis de enquadramento nos arts. 20, I, II e IV c/c art. 21, II, X, XXIV ambos da Lei nº 8.884/94.

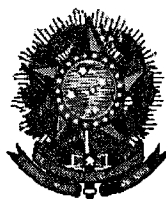
2. Com fins de evitar repetições desnecessárias e em prestígio do Princípio da Economia Processual, nos item subsequentes nos limitaremos a indicar os relatórios¹ elaborados pela SDE no curso processual cujas conclusões foram integralmente acolhidas pelas autoridades antitrustes na evolução do feito e interessam a esta manifestação jurídica.

3. Às fls.176/179 encontram-se as notificações, acompanhadas dos devidos avisos de recebimento, encaminhadas às Representadas para ciência da instauração e oportunidade de sua manifestação nos autos. As Representadas juntaram aos autos suas manifestações conforme comprovam os expedientes de fls.412/551 (CFM) e fls.1001/1024 (AMB).

4. Por meio da Nota Técnica datada de 16.08.2005, a SDE propõe a notificação das Representadas para, em prazo dobrado, indicarem as provas que pretendem produzir e, eventualmente, o rol de testemunhas que pretendem sejam ouvidas (fls.1673/1680). Referida nota foi acolhida pelo Despacho n. 593/2005, (fls.1681 – vol. 8).

5. Encerrada a instrução depois de enviados uma série de ofícios em que requisitadas informações que geraram os 13 volumes que materializam os autos, a SDE emitiu a Nota Técnica datada de 17.11.2010 sugerindo o encerramento da fase instrutória, notificando as Representadas a apresentarem suas alegações finais (fls.2951/2987). Referida manifestação foi acolhida pelo Despacho nº 922/2010 (fls. 2988, Vol. 13).

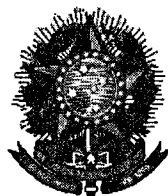
6. Aos 5 de maio de 2011, a SDE juntou aos autos Nota Técnica sugerindo a remessa dos autos ao CADE para julgamento com recomendação para aplicação de multa por infração à ordem econômica com fundamento nos arts. 20, I, II, IV c/c art. 21, II, X e XXIV, ambos da Lei nº 8.884/94 (fls. 3047/3135). Aludida manifestação foi acolhida pelo Despacho nº 335/2011 (fls.3136).



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

7. Em sede de defesa, as Representadas sustentam, essencialmente, que:

- a) A CBHPM é um documento análogo à tabela de Honorários Advocatícios da OAB apreciada pelo CADE na Representação nº 116/92 (CFM fls.412/438, Vol. 3) além de tabelas de outras entidades de classe e do próprio SUS (AMB fls.109, Vol. 5);
- b) Que a CBHPM, instituída pela Resolução nº 1.673/2003 não apresenta qualquer ofensa a direito, fato comprovado pela extinção sem julgamento de mérito da Ação Ordinária de autos nº 2004.34.00.019639-1;
- c) Recordam outras ações que questionavam judicialmente as condenações impostas pelo CADE por conduta comercial uniforme e que tiveram seus pedidos acolhidos: n. 2001.34.00.022713-6, 7ª Vara do DF (COOPANEST/SE X CADE); MS n. 1999.01.00.059757-6/DF; MS. 3461-8/DF bem como juntam inúmeras cópias de decisões que apreciaram a legalidade da Res. n. 1.673/2003 (Volume 11);
- d) A AMB sustenta não ter competência legal para analisar e sancionar o comportamento dos profissionais médicos que não aceitaram a CBHPM e que não emite resoluções nem atos normativos similares porquanto seja uma associação civil de direito privado;
- e) O CFM se escusa de responsabilidades fáticas e probatórias por não ter participado nem orientado os profissionais de saúde a boicotarem as empresas de assistência à saúde e que a Resolução nº 1673 foi fruto de um trabalho conjunto de diversas entidades médicas;



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

f) Inexistência de tabela impositiva de preços, sendo a CBHPM apenas um referencial não impositivo de honorários aos médicos (fls.2161, vol. 9);

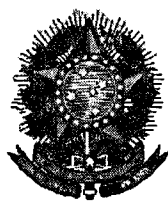
g) Atipicidade da alegada infração à ordem econômica por parte dos Conselhos de Medicina, posto que a conduta uniforme carece de intencionalidade (vontade explícita) para dominar o mercado com a fixação de preços; não há prejuízo à livre concorrência e a conduta não é comercial, tal qual não são empresas comerciais os Conselhos médicos, pelo que não se enquadra nos arts. 20, I, II e IV nem art.2 1, II da Lei nº 8.884/94;

8. Cumpre ressaltar, por oportuno, que em face da instauração do presente processo administrativo, a FENAN impetrou o mandado de segurança de autos nº 2005/34.00.034253-5 (fls.2029/2040) em face do Cordenador-Geral de assuntos jurídicos do DPDE/SDE/MJ, tendo sido a liminar indeferida (fls. 2027/2028, Vol.8) e a segurança pretendida denegada (Ofício n. 3969/2005).

9. Foram expedidos vários ofícios e deferidos vários pedidos de dilação de prazo para Empresas Seguradoras de Saúde prestarem esclarecimentos e informações ao DPDE sobre os possíveis impactos da CBHPM (volume 8).

10. Aos 19 de maio de 2011, foram os autos encaminhados à Procuradoria para fins de análise e emissão de parecer.

11. Deduzido em síntese o relatório, passamos à fundamentação e apreciação do mérito, considerando a inexistência de preliminares.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

FUNDAMENTAÇÃO

I – Preliminares

Da Análise da Regularidade Formal do Processo Administrativo

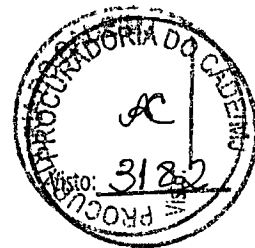
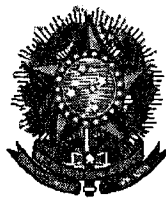
12. Antes de adentrarmos na análise do mérito, cumpre tecer algumas considerações acerca da regularidade do processo administrativo. *In casu*, a análise dos autos evidencia a observância dos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório no âmbito dos autos em relação às Representadas.

13. Com fundamento em representação e em informações divulgadas pelos meios de comunicação (fls.02/157), procedeu-se à instauração de processo administrativo com fulcro no então vigente art.32 da Lei nº 8.884, de 1994, e nos termos da manifestação devidamente fundamentada da SDE (fls. 158/169), acolhida integralmente pelo Secretário de Direito Econômico no despacho de fls. 170.

14. As Representadas foram devidamente notificadas pelo correio com aviso de recebimento (fls. 176/179) para apresentar defesa em face da instauração dos autos, nos termos determinados pelo art.33, caput e §§ 1º e 2º, todos da Lei nº 8.884, de 1994.

15. Após manifestação fundamentada da SDE no sentido de que o feito encontrava-se suficientemente instruído (fls.2951/2987), as Representadas foram notificadas para apresentação de alegações finais por meio de publicação no Diário Oficial da União – DOU, em conformidade com o §3º do art. 33 da lei 8.884, de 1994.

16. Além da observância à ampla defesa e ao contraditório, a regularidade do feito também resulta da circunstância de não ter se materializado no caso a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, nem mesmo na modalidade intercorrente.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

17. Pode-se concluir, assim, que o processo administrativo em referência obsevou o rito processual fixado em lei, não havendo que se falar, destarte, em nulidade no que tange a este aspecto.

Da Competência do CADE para conhecer e julgar o feito

18. As Representadas alegam em sede de defesa que a questão da ilegalidade ou não da CBHPM é matéria que foge à competência do CADE devendo encontrar julgamento em sede judicial ou no âmbito da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

19. No que tange à argumentação das Representadas, em razão de nenhuma das duas hipóteses aludidas a competência do CADE é afastada. Passamos a analisar separadamente o argumento de incompetência da agência antritruste em razão das competências da Anvisa e do Poder Judiciário.

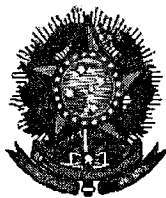
Da Complementaridade entre as competências do CADE e ANVISA

20. Na esfera administrativa, as competências legais atribuídas ao CADE e à ANVISA são complementares. Para melhor esclarecimento do tema, colocámos trecho da Lei que disciplina o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, Lei Nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que dispõe:

Lei Nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

Art. 7º Compete à Agência [ANVISA] proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei^[1], devendo: [...]

^[1] Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária:
I - definir a política nacional de vigilância sanitária;



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

[...]

c) quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocar os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

d) aplicar a penalidade prevista no art. 26^[2] da Lei nº 8.884, de 1994; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001) (destacamos).

Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

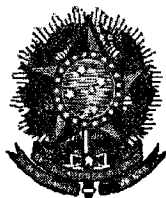
Art. 7º Compete ao Plenário do CADE: [...] .

II - definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;

III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde;

IV - exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo essa atribuição ser supletivamente exercida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios; [...]

^[2] Lei n. 8.884/94 - Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SPE, ou qualquer entidade pública atuando na apreciação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufir, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

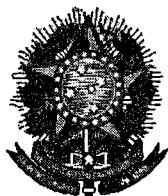
IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;

(...) (destacamos).

21. A leitura conjunta da legislação supracitada deixa claro que em relação à manutenção da livre concorrência no mercado de saúde, as Autarquias CADE e ANVISA exercem competências complementares. Cuidando-se a defesa da concorrência de bem jurídico difuso constitucionalmente protegido, em setores regulados, a regra é a de que a defesa da concorrência seja realizada em conjunto pela autarquia que regula o setor e a agência antitruste (CADE).

22. No caso do mercado de saúde, extrai-se da legislação acima que enquanto compete à ANVISA a regulamentação do setor por meio do monitoramento da evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde com o intuito de regulação do setor em si por meio da edição de atos regulamentares (Poder Regulamentar), ao CADE compete a análise das mesmas



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

condutas sob o ponto de vista concorrencial, com a competência exclusiva para seu julgamento com fundamento na Lei 8.884, de 1994¹.

23. No que tange às condutas infracionais prevista na Lei 8.884, de 1996, a Lei 9.782, de 1999, atribuiu à ANVISA competência apenas para a aplicação de multa em desfavor daquele agente econômico que se recuse, omita, engane ou retarde o fornecimento de informações à Autarquia injustificadamente quando demandado. O que o legislador pretendeu, *in casu*, foi dotar a ANVISA de um instrumento de coerção para fins de obtenção das informações necessárias ao exercício de suas competências regulatórias do setor de saúde.

24. Vale ressaltar que a nova Lei Antitruste reafirmou a competência instrutória e decisória do CADE no que tange à apuração e julgamento de processos administrativos que visem à apuração de infrações contra a ordem econômica, independente do mercado a que estejam relacionados, senão vejamos:

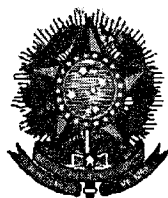
Lei n. 12.529/11

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...]

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

¹ Fazemos aqui remissão à Lei 8.884, de 1994, tendo em vista que as condutas objeto de apuração nestes autos terem se materializado durante a vigência deste diploma legal que, *in casu*, será o aplicado para fins de julgamento das condutas em razão de os tipos infracionais previstos pela legislação antitruste constituírem normas de direito material. No que tange, todavia, ao direito processual, a Lei 12.529, de 2011, aplica-se imediatamente conforme previsto pelo Regimento Interno do CADE nos seguintes termos: "Art. 220. Os procedimentos, averiguações preliminares e processos administrativos em trâmite serão convalidados em procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica mediante análise da Superintendência-Geral, aplicando-se, de imediato, as normas processuais previstas na Lei nº 12.529, de 2011, exceto para fases processuais concluídas antes da vigência da lei, sendo preservados todos os atos praticados com base na Lei nº 8.884, de 1994.

Parágrafo único. Os novos prazos previstos na Lei nº 12.529, de 2011, para o procedimento preparatório, para o inquérito administrativo e para o processo administrativo iniciam-se, para os casos em trâmite, a partir da convalidação referida no caput, excluindo-se o dia de início e incluindo o do vencimento, preservando-se os atos e fases processuais já concluídos."



**Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE**

IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

(...)

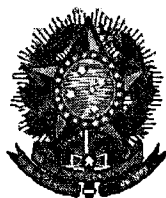
§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

25. O parágrafo 2º do art.9º da Lei 12.529, de 2011, confirma a impossibilidade de interposição de recurso hierárquico das decisões do CADE para o Ministro da Justiça ao consagrar que das decisões do Tribunal não cabe a interposição de recurso no âmbito do Executivo.

26. Assim, não se mostra razoável a interpretação de que o legislador teria desejado, após a criação do CADE, esvaziar-lhe a competência no que tange à defesa do livre mercado na área de saúde.

Da Independência entre as Instâncias Administrativa e Judicial

27. No âmbito da organização estatal, as instâncias administrativa e judicial não se confundem e nem se prejudicam convivendo lado a lado. Enquanto o CADE integra a estrutura do Poder Executivo e extrai sua competência para julgamento



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

do presente processo administrativo do art.4º da Lei 12.529, de 2011, o Poder Judiciário poderá conhecer de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão por força do Princípio da Inafastabilidade previsto no inc.XXXV do art. 5º da CR de 1988.

28. Assim, ainda que uma determinada lesão à livre concorrência esteja em discussão perante o Poder Judiciário, os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência poderão instaurar um processo administrativo, instruí-lo e, presentes evidências e provas da infração, condenar o infrator nas penas da Lei Antitruste.

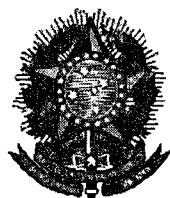
29. Ressalte-se ainda que, considerando o teor do artigo 9º, §2º, da Lei nº 12.529/2011, as decisões do Tribunal do CADE proferidas na esfera administrativa têm caráter terminativo:

§ 2o As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. (grifo nosso)

30. Sobre o tema, segue transcrição parcial da ementa do acórdão proferido no Resp nº 1181643 / RS:

ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. PORTOS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. CARGA PÁTIO. COBRANÇA ABUSIVA PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. LEI 8.884/1994 E ART. 12 DA LEI 8.630/1993.

1. O Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do CADE - Cade ou de qualquer outro órgão da Administração Pública.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

(...)

(REsp 1181643/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 20/05/2011).

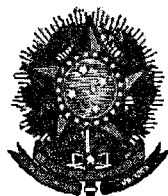
31. As decisões judiciais não se confundem com o ato administrativo regulatório concorrencial resultante da decisão emanada pelo Tribunal do CADE.

32. Não é por outra razão que, no mesmo Recurso Especial acima mencionado, o Ministro Relator Herman Benjamin sustentou com brilhantismo a inexistência de qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, uma vez que possuem escopos diversos e cumuláveis.

33. A relevância das lições expostas no referido voto justifica a reprodução parcial dos trechos tidos por esclarecedores quanto ao tema:

“O Cade é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, competente para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas, e ostenta sua conformação institucional atual desde 1994. É órgão administrativo judicante responsável pela apreciação, em apertada síntese, de processos administrativos e atos de concentração instruídos pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Os três órgãos compõem os pilares que sustentam as políticas de defesa administrativa da livre iniciativa e da livre concorrência no Brasil.

Trata-se de um ramo ainda jovem da Ciência Jurídica. (...) No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

No âmbito da atividade repressiva, neste primeiro período de consolidação da disciplina e da tutela antitruste no Brasil, concentraram-se esforços no “public enforcement”, ou seja, na tutela da concorrência oferecida por entes públicos, preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, com a concorrência como instituição e com a proteção do bem-estar social, sempre conforme a Lei 8.884/1994.

Foram, portanto, pouco menos de duas décadas destinadas à criação de órgãos especializados no exame da matéria e formação de técnicos com expertise em disciplina bastante específica e com ainda pouca disseminação acadêmica.

Esse esforço, bastante louvável, jamais eliminou a possibilidade do ‘public enforcement’ autônomo e independente – realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Cíveis Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis –, tampouco do ‘private enforcement’, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do art. 927 do CC: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Não haveria qualquer ‘bis in idem’ entre ações individuais, cíveis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos cíveis de sentenças penais, quando aplicáveis”. (grifo nosso)



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

34. Assim, eventual ação judicial que verse sobre matéria concorrencial, bem como a decisão judicial dela decorrente, não pode ser confundida com a atribuição judicante conferida ao CADE.

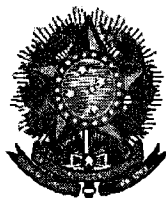
35. Em razão da independência de instâncias vigente no Brasil, é possível que uma decisão judicial conclua pela improcedência do pedido, enquanto que a análise do CADE culmine com a imposição de sanções ou restrições, e vice versa.

36. A fim de enriquecer o debate, convém apresentar aqui a peculiaridade das decisões proferidas pelo CADE, uma vez que a essa entidade a lei conferiu natureza judicante, de forma que suas decisões não podem ser identificadas como decisões administrativas ordinárias.

37. A natureza técnica e a complexidade da matéria que ordinariamente é examinada pelo CADE já foram reconhecidas em voto do Ministro Luiz Fux, quando ainda ocupava vaga do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que acolheu a doutrina de João Bosco Leopoldino da Fonseca, segundo a qual a decisão proferida pelo CADE tem natureza administrativa e também jurisdicional, na medida em que essa Autarquia é definida pela legislação como órgão judicante em razão da especialidade e complexidade da matéria sobre a qual se pronuncia. Segue ementa do referido acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.

1. "A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título



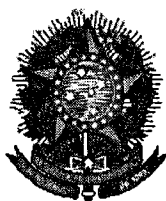
Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

executivo que poderá ser de origem judicial ou extrajudicial. No inciso VII do art. 585 do Código de Processo Civil, está estabelecido que são títulos executivos extrajudiciais, além dos enumerados nos incisos anteriores, 'todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva'. Assim, a disposição do art. 60 da Lei nº 8.884, de 1994, está em consonância com a lei que disciplina o processo comum.

(...) A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um 'órgão judicante'. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa." (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313)

(REsp 590.960/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 21/03/2005, p. 234)

38. Em reforço ao entendimento exposto na decisão acima, as decisões do Tribunal do CADE são tomadas por órgão colegiado e somente após ampla dilação probatória com observância ao contraditório e à ampla defesa como ocorreu no presente caso nos termos expostos em tópico precedente. O processo administrativo concorrencial é instruído com manifestação fundamentada de órgão técnico, que é constituído por especialistas no ramo, os quais realizam ampla análise econômica e mercadológica.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

39. Em razão disso é que se entende como absolutamente legítima a presunção de legitimidade do ato administrativo no tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do CADE. A circunstância descrita se mostra merecedora da aplicação da doutrina segundo a qual a reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário somente pode ser admitida para fins de verificação da legalidade estrita, afastando-se a possibilidade de reapreciação indiscriminada do mérito administrativo.

40. Em retorno à questão que motivou a apresentação de todo esse panorama, deve ser registrado que, a despeito da independência de instâncias confirmada pela literalidade da lei, é importante que a reapreciação judicial das decisões proferidas pelo CADE seja realizada com parcimônia pelo Poder Judiciário.

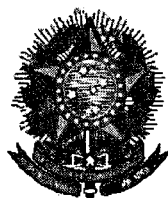
41. É possível concluir, ainda, que a ilicitude conferida às práticas vedadas pela lei anticoncorrencial impõe aos agentes econômicos verdadeira obrigação de não fazer, motivo pelo qual é possível e recomendável a cominação de multa pelo descumprimento da decisão judicial que reconhecer sua ilicitude, sem prejuízo da indenização resultante das perdas e danos decorrentes da prática da infração, tutela que se insere no cerne da norma inserta no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011.

42. Nesse sentido, não procede a argumentação das Representadas de que as condutas objeto deste processo administrativo não configurariam infrações antitruste em razão da existência de determinadas ações judiciais que discutem a mesma conduta objeto destes autos.

II- Mérito

Da conduta anticoncorrencial praticada pelas representadas

43. A representação que deu origem ao presente processo administrativo tem como objeto a divulgação da Classificação Brasileira Hierarquizada



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

de Procedimentos Médicos – CBHPM pelas Representadas, objeto da Resolução nº 1.673/2003, do Conselho Federal de Medicina, em conjunto com a promoção de movimentos coletivos de negociação de honorários médicos e a coordenação de movimentos nacionais de paralisação no intuito de compelir a classe médica ao uso da CBHPM. Se comprovadas, as condutas enumeradas acima podem configurar as infrações previstas nos incisos I, II e IV do art. 20 c/c o art.21, inc.II, X e XXIV, todos da Lei nº 8.884, de 1994, que preveem:

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

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(...)

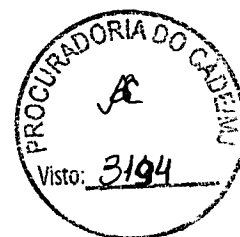
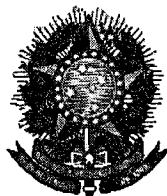
IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

(...)

X – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou pra dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

(...)

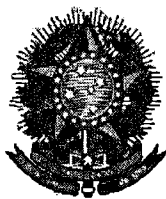
XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço” (grifamos)

44. A Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos é a precificação de diversos procedimentos médicos de acordo com sua complexidade, técnica e tecnologia envolvida em cada ato. O item II.2 do parecer da SDE (fls.3047/3.136) explica em detalhes o conteúdo da CBHPM e a ele nos reportamos para evitar maiores repetições.

45. O julgamento de classificação e tabelas de preços como a CBHPM não constitui contexto fático novo para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo a atividade de precificação de serviços médicos adotada por associações médicas historicamente condenada pelo CADE². Ademais, como bem registra a SDE, a CBHPM nada mais é do que a reedição das normas previstas na Resolução nº 1.642, constituindo, no caso de assim ser considerada, conduta reincidente por parte do CFM. Nesse sentido as palavras da SDE:

Inicialmente, destaca-se que tentativa por parte das entidades médicas de influenciar os valores cobrados pelos médicos pela remuneração dos serviços prestados às operadoras de planos de saúde é anterior ao movimento pela implantação da CBHPM. De fato, a Associação Médica Brasileira já havia publicado tabelas de honorários médicos, dentre as quais, a AMB 1992 e a AMB 1996. O CADE, nesse passo, já teve inúmeras oportunidades de se

² Processos administrativos nº 08000.007/97-09 e 0061/1992



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

manifestar acerca dos movimentos nacionais de implementação de tabelas por entidades médicas, firmando forte posicionamento no sentido da ilicitude da prática³.

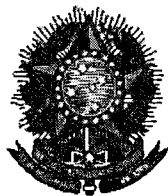
Nesse sentido, destaca-se que a AMB já foi condenada pelo CADE, no PA nº 0061/1992, julgado em 14 de fevereiro de 1996, quando lhe fora imputada a prática de influenciar a uniformização de conduta entre concorrentes, através da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários médicos. Vide, abaixo, trecho do voto da então Conselheira Neide Terezinha Mallard:

"Não se 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

(...)

Os argumentos da AMB não são de natureza concorrencial, e sim corporativistas. Insiste a Associação em sua prerrogativa de proteger a classe médica, afirmando que sua atuação não está sujeita à legislação de defesa da concorrência. Não tem, porém, autorização legal para disciplinar a formação de preços no mercado de serviços médicos".

³ Ver, nesse sentido, o julgamento dos seguintes Processos Administrativos: PA nº 08000.007201/97-09, cujo Representante é o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS e a Representada a Associação Médica Brasileira; PA nº 0061/1992, cujo Representante é a FENASEG - Federação Nacional das Empresas de Seguros privados e de Capitalização e a Representada a Associação Médica Brasileira.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

Além disso, antes mesmo da edição da CBHPM, o CFM editou, em 2002, a Resolução nº 1.642, que determinava a proibição de médicos atenderem a operadoras de planos de saúde que não respeitassem essa Resolução, que, dentre outras coisas, estabelecia que as operadoras deveriam submeter as suas tabelas de remuneração aos CRMs e negociar os reajustes com as entidades associativas. Além disso, as operadoras que descumprissem a Resolução poderiam ter o registro cancelado junto aos CRMs das jurisdições que estavam localizadas. Vejamos, textualmente, o que dizia a referida Resolução:

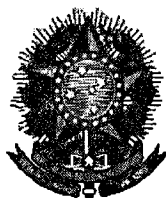
“RESOLUÇÃO CFM nº 1.642/2002 (...)

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.656/98 institui, para que possam ter autorização de funcionamento, a obrigatoriedade do registro de empresas operadoras de planos e seguros de saúde, de qualquer forma ou situação que possam existir, nos Conselhos Regionais de Medicina da jurisdição onde estejam localizadas;

CONSIDERANDO que a Lei nº 6.839/80 institui a obrigatoriedade do registro das empresas de prestação de serviços médico-hospitalares, em razão de sua atividade básica ou em relação àquela pela qual presta serviços a terceiros, e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas responsáveis, nos Conselhos Regionais de Medicina; (...)

RESOLVE:

Art. 1º – As empresas de seguro-saúde, de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, empresas de autogestão ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares devem seguir os seguintes princípios em seu relacionamento com os médicos e usuários: (...)



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

c. praticar a justa e digna remuneração profissional pelo trabalho médico, submetendo a tabela de honorários à aprovação do CRM de sua jurisdição; (...)

e. negociar com entidades representativas dos médicos o reajuste anual da remuneração até o mês de maio, impedindo que o honorário profissional sofra processo de redução ou depreciação; (...)

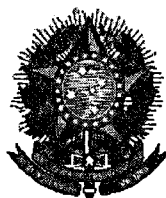
Art. 4º – As empresas que descumprirem a presente resolução poderão ter seus registros cancelados no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e o fato comunicado ao Serviço de Vigilância Sanitária e à Agência Nacional de Saúde Suplementar, para as providências cabíveis.

Art. 5º – O descumprimento desta resolução também importará em procedimento ético-profissional contra o diretor técnico da empresa.

Art. 6º – Proibir, aos médicos, a prestação de serviços para instituições que descumpram o estipulado nesta resolução” (fls. 2926 a 2927)

A tentativa de influenciar os valores de honorários médicos se consubstanciou de maneira mais incisiva em julho de 2003, com o lançamento oficial da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos e com a respectiva edição da Resolução nº 1.673/03 pelo CFM (fls. 67 a 68). A partir desse momento, surgiram vários movimentos pela adoção da CBHPM em todo o território nacional e o número de denúncias apresentadas a esta Secretaria de Direito Econômico cresceu enormemente⁴.

⁴ Essa Secretaria analisa 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 08012.005101/2004-81, cujos Representados são: Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais (CRM/MG), Associação Médica de Minas Gerais, Sindicato dos Médicos de Minas Gerais e Federação Mineira das Cooperativas Médicas; PA nº



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

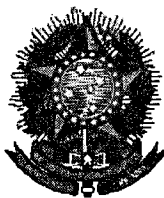
46. No que tange à elaboração de classificações e tabelas de preços, é extensa a jurisprudência do CADE acerca da nocividade ao ambiente concorrencial de instrumentos que artificialmente estabeleçam patamares de preços a serem adotados por concorrentes, ainda que tais instrumentos não tenham sido coercitivamente impostos.

47. Nesse sentido:

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

“Sendo assim, é preciso admitir que o artigo 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos demais concorrentes – mesmo

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.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo-, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado. (...)”.⁵(grifamos)

“Não há dúvida de que a elaboração de tabela de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja, prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. (...) O fato inegável é que a adoção de tabela de preços por concorrentes faz com que estes escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência”.⁶(grifamos)

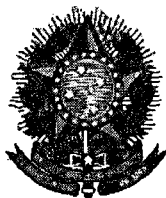
48. A edição de instrumentos que visem o controle em algum grau de preços constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa e, em razão disso, são condenadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), na medida em que, segundo o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pteiffer⁷ “(...) *são aptas a provocarem condutas coordenadas de seus tomadores e para quem os organiza ou elabora confere poderes capazes de controlar o mercado*”.

49. Daí porque a Jurisprudência do CADE é firme quanto aos efeitos danosos causados pela utilização de tabela de preços e vasta⁸ em condenações a Sindicatos, associações e entidades de classe, inclusive sindicatos do mesmo gênero do CFM, AMB, CMB e FENAN, na condição de sujeitos ativos em exercício de abuso de posição dominante com possibilidade de influenciar os agentes de mercado a adotar condutas concertadas.

⁵ PA nº 08000.011520/94-40, o Conselheiro Ruy Santacruz trouxe a diferença entre a consideração de classe de preço justo e preço justo para o mercado.

⁶ Conselheira Neide Terezinha Mallard no PA nº 53/92 – Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES
⁷ PA 08012.007042/2001-33

⁸ Processos nº 08012.004372/2000-70, 08012.004373/2000-32, 08000.021976/1997-51, 08012.009443/1998-15, 08012.006397/1997-02, 08012.001098/2001-81, 08012.007042/2001-33, 08012.000099/2003-73 e 08012.005194/2001-00.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

50. Em consonância com o entendimento deste Conselho, as Cortes Internacionais também entendem que o tabelamento de preços consiste em infração à ordem econômica. Citamos, em complemento aos casos já referidos no último parecer da SDE/MJ, um estudo que o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca fez sobre o tema⁹:

“Um primeiro caso, referente a tabela de serviços advocatícios, foi objeto de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso GOLDFARB v. VIRGINIA STATE BAR. Ante a tabela de honorários advocatícios elaborada pela Associação de Advogados no Estado da Virgínia, o Juiz BURGER observa que as tabelas de honorários, mesmo que aconselhadoras (advisory), constituem combinação de preço (price fixing), condenável por isso mesmo¹⁰. Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais.¹¹

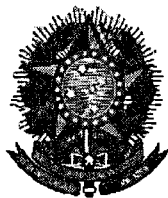
Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso National Society of Professional Engineers v. United States, decidido em 1978¹², em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o Juiz STEVENS salienta que a concorrência é a melhor forma para a boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato, a qualidade, o

⁹ PA nº 08000.012252/1994-38

¹⁰ “Moreover, in terms of restraining competition and harming consumers like petitioners the price-fixing activities found here are unusually damaging. A title examination is indispensable in the process of financing a real estate purchase, and since only an attorney licensed to practice in Virginia may legally examine a title, consumers could not turn to alternative sources for the necessary service. All attorneys, of course, were practicing under the constraint of the fee schedule. ... These factors coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record respondents’ activities constitute a classic illustration of price fixing” (421 U.S. 773).

¹¹ “In arguing that learned professions are not ‘trade or commerce’ the County Bar seeks a total exclusion from antitrust regulation. Whether state regulation is active or dormant, real or theoretical, lawyers would be able to adopt anticompetitive practices with impunity. We cannot find support for the proposition that Congress intended any such sweeping exclusion. The nature of an occupation, standing alone, does not provide sanctuary from the Sherman Act.” (421 U.S. 773).

¹² 435 U.S. 679.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

*serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato.*¹³

Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., decidido pela Suprema Corte em 1979¹⁴ e também no caso Arizona v. Maricopa County Medical Society.¹⁵

A jurisprudência européia também vem trilhando o mesmo entendimento. O Conselho da Concorrência francês, ao apreciar a elaboração de tabela de honorários advocatícios ("mécuriale") pela seção de advogados da região de Rennes, mesmo admitindo que não tivesse força constringente, que fosse meramente informativa para os advogados e para a clientela, entendeu que aquela tabela se constituía numa ação concertada para fixação uniforme de honorários e condenou a seção de Rennes a não mais publicar a tabela e ao pagamento de multa correspondente a 40.000F¹⁶.

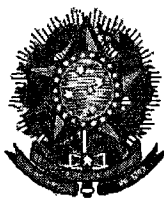
Decisão análoga foi proferida em caso de uma difusão da "recomendação tarifária", substituída pelo "documento de análise dos orçamentos" e de um coeficiente de margem aconselhada, promovida pelo sindicato dos produtores de filmes publicitários. O

¹³ "The Sherman Act reflects a legislative judgment that ultimately competition will produce not only lower prices, but also better goods and services. ... The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain – quality, service, safety, and durability – and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers. ... In sum, the rule of Reason does not support a defense based on the assumption that competition itself is unreasonable."

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

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

¹⁶ Décision nº 96-D-79, de 3 de dezembro de 1996. Dentre os "consideranda", destaca-se o seguinte: "Mais considérant que, par la diffusion Du document en cause, le barreau des avocats de Rennes a pu conduire ses membres à fixer leurs honoraires, non selon les propres conditions d'exploitation de leurs cabinets, mais à partir des indications reproduites dans la "mercuriale" constituant "pour la clientèle ... une première approche des honoraires proposés et pour les confrères une incitation à respecter une certaine mesure Etant rappelé que les avocats peuvent être salariés depuis le 1er janvier 1992, la mercuriale était susceptible de s'appliquer aux honoraires perçus par les avocats stagiaires ou collaborateurs pour leur clientèle propre"; qu'ainsi, la 'mercuriale' a pu avoir um effet anticoncurrentiel".



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

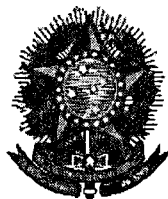
documento estabelecia, a título indicativo, a fixação de valor de cada rubrica orçamentária, incluindo os salários, o valor de pagamentos por prestações, encargos sociais, acrescentando-se uma margem aconselhada à razão de 33,33%. O Conselho da Concorrência francês, mais uma vez, entendeu que estaria havendo uma incitação manifesta para alinhamento de preços das prestações, entravando o livre jogo da concorrência.¹⁷ Também o Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras foi condenado a cessar a prática do alinhamento de preços de serviços, com a condenação das tabelas ("barèmes d'honoraires"), com multas que chegaram a 5.000.000F¹⁸.

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

MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO Nº 19/87, DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para

¹⁷ Décision nº 92-D-32, de maio de 1992. Afirma o Conselho: "Considérant que l'élaboration et la diffusion par le S.P.F.P. d'un pourcentage uniforme de marge plus frais généraux destine à être appliqué sur la base d'un document également établi par lui et faisant ressortir, d'un part, des taux de salaires déterminés par application de majorations aux salaires mentionnés dans des conventions collectives, d'autre part, les prix que pratiqueraient les principaux prestataires; que ledit syndicat ne peut utilement prétendre que ces initiatives avaient pour seul objet une meilleure information de ses membres, alors qu'elles excèdent manifestement les limites de l'objet social d'un syndicat et qu'elles avaient pour objet et en tout cas pourraient avoir pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence; que la circonstance que le système de détermination des prix ainsi recommandé n'a pas été appliqué par la totalité des producteurs ou qu'il a fait l'objet d'une application discontinue ne suffit pas à retirer à cette pratique son caractère anticoncurrentiel".

¹⁸ Décision nº 91-D-55, de 3 de dezembro de 1991, do Conselho da Concorrência, de que se extrai o seguinte texto: "Mais considérant, sur le premier point, qu'il suffit que l'information diffusée ait pu entraîner des effets anticoncurrentiels pour qu'elle entre dans le champ de l'article 7 de l'ordonnance Du 1er décembre 1986; que la recommandation d'utiliser l'indice I.G.E., fût-ce uniquement pour actualiser ou réviser les contrats en cours, revêtait en elle-même un caractère anticoncurrentiel; que cette recommandation n'était pas nécessaire à la mise en oeuvre de la décision Du Conseil Supérieur de ne plus fixer la valeur de l'unité de compte; ... qu'en fixant ainsi, de manière normative et détaillée, le contenu des prestations facturées par les géomètres experts, sans relation avec les nomenclature confère aux prix un caractère artificiel"



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

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

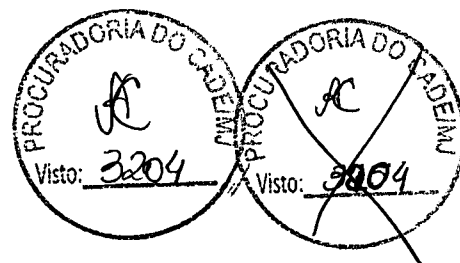
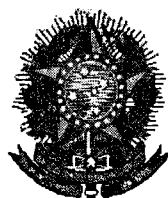
52. Nesse sentido, tem-se que a classificação de procedimentos médicos, acompanhada de sua precificação por parte das Representadas, é uma prática que causa prejuízos à livre formação de preços no mercado, ao bem-estar concorrencial e elimina, em última instância, o direito de escolha do consumidor.

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

54. Nesse ponto, a detida análise do feito tem o condão de revelar que as representadas, de fato, adotaram medidas voltadas à imposição da CBHPM à classe médica.

55. Com efeito, o exame das provas constantes dos autos bem revela que todas as representadas participaram da mobilização em prol da adoção da CBHPM, conforme resulta da análise documento de fls. 69/72 dos autos, fato que culminou na edição da Resolução nº 1673/2003 pelo CFM, que instituiu a referida tabela como *"padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos para o Sistema de Saúde Suplementar"* (fls. 67/68).

56. Ademais, conforme se depreende da análise do documento de fls. 04/05 e 15 dos presentes autos, o CFM convocou assembleias estaduais no sentido de



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

coordenar a adoção da CBHPM em todas as capitais brasileiras, tendo promovido, inclusive, a realização de propaganda na mídia televisiva voltada ao alcance dessa finalidade.

57. No mesmo sentido, os documentos de fls. 1060/1064 e fls. 1584/1589 explicitamente apontam para a **participação direta da AMB, do CFM, da CMB e da FENAM na coordenação do movimento de imposição dos preços uniformemente dispostos no CBHPM à classe médica brasileira.**

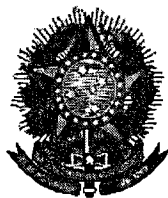
58. Dessa forma, os autos comprovam que as representadas, em conjunto, adotaram medidas tendentes à imposição da CBHPM à classe médica demonstrando, indubitavelmente, seu poder de influenciar, provocar alterações e controlar em algum grau as relações entre os médicos e os demais agentes econômicos do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

59. Nesse ponto, a defesa das representadas destaca que a tabela não ostenta caráter vinculante, mas constitui mero referencial para a classe médica brasileira. Conforme se esclarecerá adiante, essa não é a conclusão que resulta da análise das provas constantes dos autos. De todo modo, ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que a CBHPM tivesse, de fato, apenas um caráter de recomendação à classe médica, e não de imposição, ainda assim a infração contra a ordem econômica restaria configurada.

60. Isso porque a infração contra a ordem econômica resta configurada mesmo nas hipóteses em que os efeitos objetivados pelos atos praticados não sejam alcançados. Basta, para tal fim, que os atos praticados tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (artigo 20, "caput", da Lei nº 8.884/94).

61. O artigo 20 da Lei nº 8.884/94 e o atual artigo 36 da Lei nº 12.259/2011 não deixam dúvidas quanto aos efeitos concretos ou mesmo potenciais de uma conduta anticoncorrencial:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

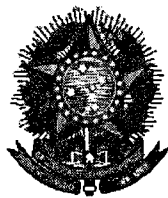
manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)

62. O direito antitruste apresenta uma importante particularidade que merece ser destacada: a infração prescinde de produção de efeitos.

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

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

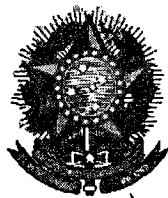
“(...). De acordo com essa interpretação, o caput do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica de maneira dual: a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito “objetivamente visado” de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina o caráter intencional da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o risco objetivo, a ela associado, de produção do efeito. No primeiro caso, a infração se aproxima do “crime de mera conduta” do direito penal; no segundo, de atos ilícitos consistentes na produção de danos resultantes do exercício de atividades consideradas “objetivamente arriscadas”, como se observa, tipicamente e por exemplo, no campo do direito ambiental.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

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

A exigência de que o propósito visado pelo agente com a sua conduta, i.e., a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20, o seja de uma "maneira objetiva", dá conta da objeção de que, para a existência da infração, a obtenção do efeito pelo agente, por meio da sua conduta, deve ser "possível". Essa objeção é procedente, mas absolutamente trivial, quando aquilo que se pretende com ela é reafirmar, também para o direito antitruste, a máxima de que não se punem os ilícitos impossíveis (assim como, por exemplo, não existe homicídio quando alguém dispara uma arma de fogo contra um indivíduo que já estava morto). A objeção deixa de ser trivial, mas passa a ser improcedente, quando o que se pretende com ela é sustentar a posição de que uma conduta apenas viola o art. 20 se for elevada a probabilidade de que



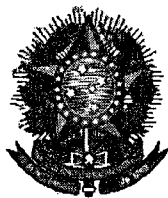
Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

produzirá um dos efeitos ali listados. A improcedência está em que a objeção ignora a estrutura dual do caput do art. 20, e assimila um tipo de “possibilidade” ao outro. A “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta que “tenha por objeto” a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade em “sentido fraco”, vale dizer, no sentido da exclusão da impossibilidade (ou do “crime impossível” tal como definido no art. 17 do Código Penal¹⁹); já a “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta “que possa produzir” um desses efeitos é uma possibilidade em outro sentido, a saber, o “sentido forte” da elevada probabilidade objetiva ou do elevado risco de que, uma vez praticada a conduta, produzir-se-á o efeito” (g.m)

65. Vê-se, assim, que o caráter impositivo ou não da tabela afigura-se irrelevante para a configuração da tipicidade da conduta. Basta que a prática da infração (adoção de tabela uniformizadora de preços) por quem detenha posição dominante no mercado relevante (entidades associativas representativas da classe médica em âmbito nacional) tenha por objeto causar danos à concorrência, ou ainda que dessa prática possa resultar, ainda que no plano da potencialidade, a produção de efeitos anticoncorrenciais.

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

¹⁹ “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

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

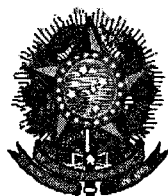
67. A tipificação legal é objetiva e não depende da obtenção do resultado lesivo à concorrência, opção legislativa esta que tem o óbvio escopo de alcançar proteção mais eficiente para o mercado.

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

69. Dessa forma, a simples distribuição e estímulo à adoção de uma tabela uniformizadora de preços, notadamente pelas entidades que representam a cúpula associativa da classe médica brasileira, certamente detentoras de poder de influência sobre a referida classe profissional, constitui infração à ordem econômica, na medida em que tal conduta tem por objeto a produção de efeitos anticoncorrenciais, ainda que no plano da potencialidade.

70. De todo modo, especificamente no caso dos autos, o que se observa foi a imposição, em caráter vinculante, do CBHPM pelas representadas. O caráter impositivo da conduta é cabalmente comprovado nos autos pela análise do conteúdo das atas das sessões plenárias do CFM, que ora se colaciona:

- Ata da nona sessão plenária do ano de 2003, realizada nos dias 10 a 13 de setembro:

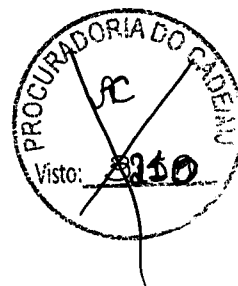
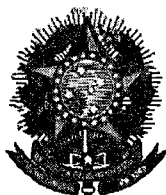


Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8176-184/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional seja por remuneração condigna, seja por condições de trabalho ético-profissional da medicina e seu aprimoramento técnico.” Grifo nosso (fl. 1488)

“12) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8244-196/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AOS ARTIGO 4º, 77 E 78 DO CEM: (...) ASSUMIR EMPREGO, CARGO OU FUNÇÃO SUCEDENDO A MÉDICO DEMITIDO OU AFASTADO EM REPRESÁLIA A ATITUDE DE DEFESA DE MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA OU DA APLICAÇÃO DESTE CÓDIGO. - POSICIONAR-SE CONTRARIAMENTE A MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS UNIFORMES. (...) III – Descumpre o Código de Ética Médica, o médico que se coloca contrário a movimentos legítimos da categoria, participando e assumindo cargo de chefia em programas de saúde de má qualidade” Grifo nosso (fl. 1490)

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8173-181/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

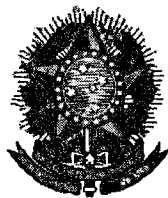
CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)”.Grifo nosso (fl. 1490 a 1491)

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8178-186/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)”.Grifo nosso (fl. 1491)

- Ata da décima sessão plenária do ano de 2003, realizada nos dias 04 a 08 de novembro:

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8171-179/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)”.Grifo nosso (fl. 1468)

- Ata da décima primeira sessão plenária do ano de 2003, realizada nos dias 10 a 13 de dezembro:



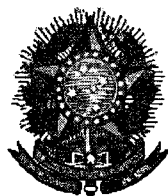
Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8181-189/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)”.

“III – Descumpre o Código de Ética Médica, o médico que se coloca contrário a movimentos legítimos da categoria, participando e assumindo cargo de chefia em programas de saúde de má qualidade, em detrimento de seus colegas” Grifo nosso (fl. 1456).

- Ata da segunda sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 11 a 13 de fevereiro:

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 1933-039/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 E 78 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO – POSICIONAR-SE CONTRARIAMENTE A MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)” Grifo nosso (fl. 1453).



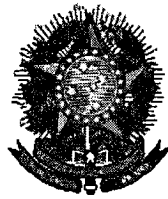
Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

- Ata da terceira sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 11 e 12 de março:

“04) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8172-180/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) III – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...)” Grifo nosso (fl. 1418).

- Ata da quarta sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 14 a 16 de abril:

“02) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8185-193/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU APRIMORAMENTO TÉCNICO. (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (...) 03) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 8179-187/01 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AO ARTIGO 15 DO CEM: DEVE O MÉDICO SER SOLIDÁRIO COM OS MOVIMENTOS DE DEFESA DA DIGNIDADE PROFISSIONAL, SEJA POR REMUNERAÇÃO CONDIGNA, SEJA POR CONDIÇÕES DE TRABALHO COMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO ÉTICO PROFISSIONAL DA MEDICINA E SEU



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

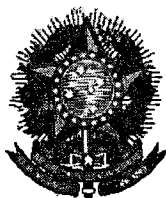
APRIMORAMENTO TÉCNICO. . (...) II – O médico deve ser solidário aos movimentos legítimos da categoria. (fls. 1409 e 1410) (...)

12) PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM nº 2849-087/02 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) POSICIONAR-SE CONTRARIAMENTE A MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS UNIFORMES. (...) III – O médico deve ter respeito a seus colegas e apoiar os movimentos legítimos da classe” (fl. 1411)

- Ata da quinta sessão plenária do ano de 2004, realizada nos dias 12 a 15 de maio:

“teve início a Quinta Sessão Plenária do ano 2004, do Conselho Federal de Medicina, com informes do sr. Presidente sobre reuniões realizadas com as UNIMEDs, FENASEG e UNIDAS, para negociações de implementação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM. (...) (fl. 1395)

2) PROCESSO ÉTICO PROFISSIONAL CFM Nº 0565-011/02 – ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (...) INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, 77 E 78 DO CEM: AO MÉDICO CABE ZELAR E TRABALHAR PELO PERFEITO DESEMPENHO ÉTICO DA MEDICINA E PELO PRESTÍGIO E BOM CONCEITO DA PROFFISÃO. – ASSUMIR EMPREGO, CARGO OU FUNÇÃO, SUCEDENDO A MÉDICO DEMITIDO OU AFASTADO EM REPRESÁLIA A ATITUDE DE DEFESA DE MOVIMENTOS LEGÍTIMOS DA CATEGORIA MÉDICA, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGENS. (...) III - Descumpre o Código de Ética Médica, o médico que se coloca contrário a movimentos legítimos da categoria,



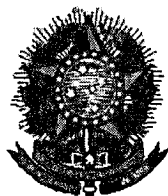
Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

participando e assumindo cargo de chefia em programas de saúde de má qualidade (...)" (fl. 1396).

71. Considerando o conteúdo das atas acima, resta claro que, longe de ser apenas um documento meramente sugestivo, a participação em movimentos da categoria, mesmo que voltados à uniformização dos preços constantes da CBHPM, constituiu uma norma de caráter obrigatório cuja não observância vem fundamentando a punição dos médicos por infração da ordem pelo CFM. Os instrumentos sancionatórios, constantes dos trechos acima transcritos, bem revelam que a imposição da tabela à classe médica vinha sempre acompanhada de mecanismos de coerção tanto de natureza ética quanto disciplinar.

72. O documento de fls. 694 é emblemático no sentido de demonstrar o caráter impositivo da conduta praticada, ao se referir à necessidade de adesão ao movimento coordenado pela AMB e CFM, dentre outros, sob pena de prática de infração de ordem ética pelo médico que promovesse a sua adesão.

73. Tanto é assim que, após a reiterada previsão de mecanismos de coerção junto à classe médica, foi necessária a edição da Circular nº 125/2004 do CFM, solicitando aos Presidentes dos Conselhos Regionais de Medicina que sobrestassem todas as sindicâncias e processos ético-profissionais instaurados contra médicos por ausência de observância da CBHPM (fls. 2706). A expedição de circular nesses termos conduz à conclusão de que os mecanismos de coerção acima relatados não eram apenas previstos como efetivamente exercidos até então junto aos médicos como medida de imposição da tabela uniformizadora de preços em questão. Tanto é assim que, dias depois, uma nova circular foi expedida pelo CFM (Circular nº 129/204 – fls. 2705), esclarecendo que o sobrestamento atende a recentes decisões judiciais proferidas em torno da matéria, além de alcançar apenas o julgamento dos processos, mas não a instauração e o processamento de novas sindicâncias, em clara demonstração de que o CFM utilizava-se de processos administrativos sancionatórios,



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

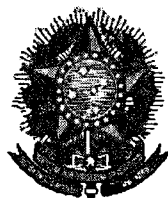
mesmo que não julgados, como instrumentos de coerção da classe médica à adoção da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM.

74. O caráter vinculante da tabela também resulta da análise do documento de fls. 103, que demonstra a adoção, por associações representativas do setor médico, de campanhas voltadas à fiscalização, pelos próprios colegas, daquilo que foi intitulado “fura movimento”. Tanto é assim que dessa intensa mobilização resultou um amplo movimento de coordenação, pelas associações representadas, de um boicote levado a efeito pela classe médica às operadoras de planos de saúde (fls. 111/118).

75. Ademais, o informativo da AMB de fls. 119 demonstra que os profissionais poderiam trabalhar apenas com uma “margem” de negociação, correspondente a até 20% do valor estipulado na tabela, circunstância que permite desconstituir o caráter meramente referencial do CBHPM, o qual ostentava, na verdade, verdadeira imposição de preços dentro de determinadas margens ou limites estabelecidos pelas próprias entidades representadas.

76. Nesse ponto, cabe transcrever as seguintes considerações do parecer final da SDE/MJ quanto ao tema:

“É preciso ressaltar que a admissão de bandas regionais de 20%, para mais ou para menos, nos valores constantes na CBHPM torna essa tabela menos rígida, permitindo uma negociação, ainda que limitada, entre prestadores e operadoras de planos de saúde. Contudo, a CBHPM continua impondo um valor mínimo para cada procedimento médico, que seria definido pela subtração de até 20% dos valores constantes da tabela. Sendo assim, a CBHPM segue maculada pelo ilícito da fixação de valores mínimos, o qual gera significativas distorções na concorrência, pois o equilíbrio competitivo em cada Estado ou região pode representar variações superiores a 20%.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

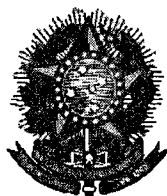
Ademais, dadas as possíveis diferenças individuais no grau de eficiência e qualificação tanto do lado dos prestadores, quanto do lado das operadoras de planos de saúde, o equilíbrio competitivo pode determinar preços diferentes para prestadores e operadoras que estão em uma mesma região.

O conjunto probatório colhido no presente feito aponta claramente para o fato de que a CBHPM consubstancia-se como uma tabela de honorários mínimos, obrigatória a toda a classe médica, ao menos à época da mobilização das entidades médicas para a sua implantação (...)." (fls. 3101).

77. Por fim, não há dúvidas de que a adoção da tabela acima mencionada acabou por subverter os mecanismos naturais de formação de preços dos serviços médicos, de forma a impedir a livre formação de preços e, em última análise, a livre concorrência por ocasião da prestação dos serviços pela classe médica brasileira.

78. A produção de efeitos anticoncorrenciais também é incontestes no presente caso. O quadro de fls. 120/120 bem revela que diversos contratos com operadoras de planos de saúde foram suspensos. Ademais, as notícias jornalísticas de fls. 123/157 e fls. 822/844 demonstram a notável repercussão que a atitude das representadas provocou junto à classe médica de todo o país, o que deu origem a constantes suspensões nos atendimentos e à formação de boicotes voltados à implementação dos preços uniformemente estipulados pelas entidades associativas representadas.

79. Ainda no plano da produção de efeitos resultantes da infração praticada pelos representados, há prova nos autos de que a imposição levada a efeito pelas representadas proporcionou a obtenção da suspensão de atendimentos aos consumidores de planos de saúde em pelo menos 19 (dezenove) Estados-membros da Federação, conforme resulta dos documentos de fls. 1592/1593 e fls. 1597/1602.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

80. Ainda quanto ao tema, é importante registrar, a título de exemplo, o teor do documento de fls. 700/702 dos autos, que aponta para o fato de que, na Bahia, *"a paralisação iniciada no dia 15/03/2004 já alcançou os resultados propostos, de garantir a mobilização dos médicos e disponibilidade de negociação por parte das Operadoras de Planos de Saúde"*, a ponto de o Ministério Público Federal naquele Estado da Federação ter promovido ação civil pública contra o CFM em razão da prática da infração contra a ordem econômica apurada nos presentes autos administrativos (fls. 1608/1617).

81. Ademais, a repercussão da uniformização de preços, em prejuízo à livre concorrência e, em última análise, ao consumidor usuário de planos de saúde, também resulta das informações prestadas tanto pela HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA (fls. 1882/1886) quanto pela GOLDEN CROSS ASSISTENCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA (fls. 1960/1972) e, por fim, pela AGF Saúde (fls. 2084/2087). Todas relatam as repercussões ocasionadas pela exigência da tabela de honorários médicos, notadamente no que diz respeito à manutenção dos contratos mantidos com os médicos para atendimento aos usuários dos planos de saúde correspondentes.

82. Dessa forma, tem-se que a fixação de preços e a uniformização de condutas entre agentes concorrentes constituem práticas anticompetitivas que prejudicam tanto a livre concorrência quanto os consumidores dos serviços prestados. A livre concorrência, garantida pelo ordenamento jurídico, constitui um valor fundamental não apenas à manutenção da higidez do mercado como também à proteção do consumidor. Com efeito, é natural que, em uma economia de livre mercado, cada um dos agentes econômicos dispute a preferência do usuário dos serviços.

83. Em suma, a tentativa de uniformização artificial de preços por agentes privados configura agressão ao bem-estar econômico por se contrapor aos mecanismos naturais de fixação de preços no mercado.

84. Além disso, a existência de um número extenso e complexo de procedimentos médicos em nada tem o condão de desnaturar o caráter anticoncorrencial da conduta ora analisada. Primeiramente porque a extensão e



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

complexidade de procedimentos não impõem, de forma necessária, a fixação de preços pela prestação dos serviços. Ao contrário, tais circunstâncias apenas apontam a necessidade de individualizar a cobrança dos preços de acordo com os custos necessários à prestação de cada serviço e/ou procedimento, levando sempre em consideração as condições de concorrência existentes no mercado.

85. Ademais, a adoção de tabela de preços desconsidera a realidade de cada prestador do serviço, por igualar realidades absolutamente distintas, de modo que alguns prestadores passam a usufruir de vantagem indevida em detrimento de outros.

86. Nesse sentido, há de se registrar que a conduta praticada pelas representadas encontra-se devidamente tipificada na legislação antitruste. Com efeito, por meio do exercício abusivo de posição dominante no mercado relevante de prestação dos serviços médicos (artigo 20, inciso IV, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.884/94), as entidades representadas impuseram à classe médica brasileira a utilização de tabela uniformizadora de preços de honorários médicos, influenciando, assim a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes (artigo 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94), por meio da regulação de mercado de prestação de serviços médicos (artigo 21, inciso X, da Lei nº 8.884/94), de modo a prejudicar a livre concorrência na prestação dos serviços médicos ao consumidor (artigo 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94).

87. Na verdade, a conduta praticada pelas representadas, em exorbitância às suas atribuições institucionais, buscou uniformizar os preços dos procedimentos médicos com vistas a eliminar as negociações individuais que naturalmente envolvem a prestação de todo e qualquer serviço no mercado. Buscou-se impedir, com isso, que profissionais concorrentes estabelecessem, individualmente, os preços correspondentes aos custos envolvidos em cada atividade médica prestada ao consumidor.

88. Diante de todo o exposto, adere-se ao posicionamento da SDE/MJ no sentido de que as representadas praticaram atos tipificados como infrações contra a ordem econômica.



Advocacia Geral da União
Procuradoria – Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada – CADE

CONCLUSÃO

89. Com tais considerações, esta Procuradoria Federal sugere a condenação das representadas em razão da efetiva prática das infrações contra a ordem econômica tipificadas nos artigos 20, I, II e IV, c/c art.21, II e X, ambos da Lei 8.884/1994.

É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 18 de dezembro de 2012.

DANIEL GUSTAVO SANTOS ROQUE
Procurador Federal

De acordo.

Brasília, 20 de dezembro de 2012.

CRISTINA CAMPOS ESTEVES
Coordenadora de Estudos e Pareceres
Procuradoria Federal junto ao CADE