



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

PARECER PROCADE Nº 06 /2014/PROCADE/PGF/AGU.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002866/2011-99

REPRESENTANTE: SDE EX OFFICIO

**REPRESENTADAS: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS – FENAM,
ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA – AMB E CONSELHO FEDERAL DE
MEDICINA – CFM.**

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

Senhor Procurador-Geral,

I. Relatório.

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 06 de maio de 2011 para apurar a ocorrência de condutas anticoncorrenciais por parte da Federação Nacional dos Médicos – FENAM, da Associação Médica Brasileira – AMB e do Conselho Federal de Medicina – CFM, passíveis de enquadramento nos artigos 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, ambos da Lei nº 8.884/94.



2. A instauração do processo administrativo foi motivada por suposta negociação coletiva realizada pelas referidas entidades médicas, no sentido de impor aos médicos e às operadoras de planos de saúde a 6ª Edição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), uma tabela elaborada para ordenar procedimentos médicos e que teria sido utilizada para fixar preços mínimos.

3. As investigações que deram ensejo a este processo administrativo foram decorrentes de denúncia anônima que relatou suposta prática anticompetitiva por parte da Associação Paulista de Medicina (APM) – Regional de Indaiatuba. 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 aderissem aos preços fixados e punindo os médicos que não seguissem tais preços por meio de processos ético-disciplinares no CREMESP (documentos às fls. 01-39).

4. Posteriormente foram juntados aos autos documentos, reportagens e relatórios retirados das páginas eletrônicas dos Representados e de diversas outras entidades médicas regionais que serviram de indícios de existência de uma coordenação, por parte das entidades médicas nacionais, de um movimento para coagir médicos e operadoras de planos de saúde a adotarem os preços de honorários fixados na 6ª edição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM). Constatou-se que tal movimento ocorreria em núcleos regionais através das Comissões de Honorários, de forma que o ocorrido em Indaiatuba seria um reflexo municipal desse movimento coordenado por entidades nacionais (documentos às fls. 40-191).

5. Diante das informações contidas nos autos, que sinalizaram para a existência de influência de conduta uniforme a toda a classe médica brasileira, a SDE resolveu, na Nota Técnica de fls. 192-225, instaurar o presente processo administrativo em desfavor da Federação Nacional dos Médicos – FENAM, da Associação Médica Brasileira – AMB e do Conselho Federal de Medicina – CFM.

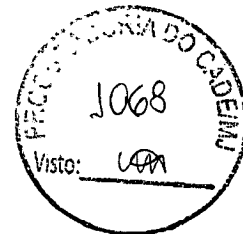
6. Na mesma nota técnica, este órgão decidiu adotar Medida Preventiva determinando aos Representados:

- i. Que se abstivessem 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 disciplinares contra médicos que não acompanham as decisões das entidades médicas quanto a honorários e rescisões contratuais;

- ii. Que se abstivessem de utilizar os artigos 18, 48 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;
- iii. Que se abstivessem de promover, fomentar ou coordenar qualquer movimento de paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo indeterminado ou descredenciamento em massa;
- iv. Que se abstivessem de fixar ou divulgar valores de consultar, portes e Unidades de Custos Operacionais, ou quaisquer indexações que reflitam nos valores pagos pelas operadoras aos médicos;
- v. Que se abstivessem de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais;
- vi. Que determinassem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que respaldem a cobrança direta pelos médicos de valores adicionais por consultar ou procedimentos dos beneficiários de planos de saúde credenciados;
- vii. Que determinassem a suspensão da vigência de qualquer ato normativo ou orientação que fixe valores de consultar e procedimentos médicos;
- viii. 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 cópia da referida publicação no prazo de 20 dias;



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

7. A referida nota técnica foi acolhida por meio do despacho de fls. 224-225, publicado no Diário Oficial da União (D.O.U.) em 09 de maio de 2011 (fl. 226). As entidades representadas foram devidamente notificadas para apresentarem defesa (Notificações às fls. 228-230 e respectivos Avisos de Recebimento (AR) às fls. 347-349; Transmissão de fax às fls. 231-238).

8. 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 Frazão (fls. 53-62 do Recurso Voluntário 08700.002587/2011-77 e fls. 369-377 do Recurso Voluntário 08700.002570/2011-10), conforme decisão publicada no D.O.U. em 11 de dezembro de 2012.

9. Apesar do não conhecimento do recurso administrativo, foram juntadas aos autos decisões judiciais em sede liminar, obtidas separadamente pelas três entidades Representadas em processos diversos no mês de maio de 2011, que suspenderam os efeitos da Medida Preventiva determinada pela SDE (CFM: Ação Ordinária 27438-35.2011.4.01.3400 – fls. 351-356; AMB: Ação Ordinária 28185-82.2011.4.01.3400 – fls. 410-412; FENAM: Ação Ordinária 28488-96.2011.4.01.3400 – fls. 433-435).

10. A FENAM apresentou sua defesa administrativa em 30 de maio de 2011 (fls. 389-409), 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;
- b) A FENAM exerceria prerrogativas constitucionais e institucionais típicas de entidade sindical, o que a eximiria de eventual análise antitruste;



- c) A FENAM não atuou 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;
- 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.

11. Em 07 de junho de 2011, a CFM apresentou sua defesa, requerendo a anulação da medida preventiva e o reconhecimento da improcedência da representação (fls. 462-496). Nesta oportunidade, também foram anexados diversos documentos (fls. 497-560). Em síntese, 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;
- f) A CBHPM seria um referencial de caráter meramente sugestivo, não havendo coerção ou obrigatoriedade para sua adoção.

12. Em 03 de junho de 2011, a AMB apresentou sua defesa (fls. 599-618), ocasião em que requereu o arquivamento do procedimento administrativo, além de fazer as seguintes alegações que a levaram a afirmar a inexistência de infração:

- 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 de 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;



- 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.

13. Em agosto de 2011, foram juntadas decisões judiciais proferidas em 28 de julho de 2011 nos autos de três agravos de instrumento interpostos pela União para recorrer das decisões supracitadas, que haviam suspenso a Medida Preventiva imposta pela SDE. Em sede liminar, foi concedida a tutela antecipada em todos os três agravos para suspender a decisão agravada até o julgamento final dos referidos recursos; ou seja, voltaram a vigorar os efeitos da Medida Preventiva (AI interposto em face da FENAM¹ – fls. 624-630; AI interposto em face da AMB² – fls. 631-637; AI interposto em face do CFM³ – fls. 638-644).

14. Em 31 de agosto de 2011, foi protocolada petição pela FENAM (fl. 689) a fim de comprovar o cumprimento da Medida Preventiva de fls. 224-225 com relação à publicação em dois periódicos de grande circulação, tendo juntado as referidas publicações promovidas (fls. 692-693) e a publicação nas páginas eletrônicas de algumas de suas afiliadas a caráter exemplificativo, tendo em vista o grande número de entidades (fls. 694-711).

15. No mesmo dia foi protocolada petição pela AMB solicitando a reabertura de negociação entre a entidade e o CADE a fim de buscar entendimento acerca da possibilidade de negociação coletiva por parte dos médicos (fls. 712-714), ato que foi seguido também pelo CFM (fl. 715).

16. Em 16 de setembro de 2011, o CADE foi notificado pela Procuradoria-Regional da União – 1ª Região de nova decisão judicial proferida nos autos do agravo de instrumento interposto em face da FENAM, reconsiderando a decisão liminar anterior para determinar a exclusão das determinações contidas nos itens VIII e IX da Medida Preventiva (fls. 716-719).

¹ Agravo de Instrumento nº 0030650-79.2011.4.01.0000/DF

² Agravo de Instrumento nº 0030649-94.2011.4.01.0000/DF

³ Agravo de Instrumento nº 0029461-66.2011.4.01.0000/DF



17. Nos dias 20 e 21 de setembro de 2011, respectivamente, a AMB e o CFM protocolaram petição e ofício manifestando a intenção de firmar acordo junto ao CADE e à Secretaria de Direito Econômico (fls. 720-722).

18. Em 11 de abril de 2012 foi publicado no Diário Oficial da União o Despacho do Coordenador Geral intimando as Representadas a especificarem no prazo de 10 (dez) dias as provas que pretendessem produzir justificando a sua necessidade, e caso fosse de seu interesse, apresentando rol de testemunhas em número não superior a 03 (três) (fls. 757-758).

19. A AMB requereu a oitiva de três testemunhas arroladas às fls. 759-760 bem como a produção de prova documental consistente na expedição de ofícios às entidades especificadas às fls. 760-762 com algumas perguntas acerca das suas competências (fls. 759-762). O CFM requereu a intimação de seu presidente para tomada de depoimento pessoal (fl. 763)

20. Conforme determinado por meio de novo despacho, publicado no D.O.U. no dia 04 de maio de 2012 (fls. 764-765), foram intimadas as pessoas físicas arroladas pelas Representadas (ofícios às fls. 766-769 e Avisos de Recebimento às fls. 775-777) e estabeleceu-se o dia 25 de maio de 2012 para audiência de instrução, na qual seria feita a devida coleta de prova oral, bem como a tomada de depoimento pessoal das Representadas.

21. Realizada a oitiva das testemunhas arroladas pela AMB, seus depoimentos foram reduzidos a termo e juntados aos autos às fls. 783-791. O Presidente do CFM não foi ouvido porque não pode comparecer à audiência, devido à agenda de atividades do CREMESP, conforme justificado à fl. 780.

22. A FENAM, em petição protocolada em 28 de maio de 2012, informou que seu representante não poderia comparecer à audiência de instrução por se encontrar em assembleia da entidade sindical que ocorreria em outro Estado. Na mesma ocasião, a entidade requereu o sobrestamento do feito tendo em vista a negociação em curso acerca de proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Prática (fls. 824-839). O sobrestamento do presente processo administrativo também foi pedido pela CFM pelo mesmo motivo (fls. 840-846).

23. Houve sobrestamento do feito de 31 de maio de 2012 a 31 de agosto de 2012 em razão de protocolo de Termo de Compromisso de Cessação de Prática.



Contudo, não houve acordo entre as Representadas e o CADE à época, o que levou ao prosseguimento do processo administrativo.

24. Por meio de despacho do Superintendente-Geral Substituto publicado no D.O.U. em 21 de dezembro de 2012, determinou-se nova data (16 de janeiro de 2013) para a oitiva dos Srs. Roberto Luiz D'Avila e Renato Azevedo Junior (fls. 937-938). O Sr. Renato Azevedo Junior foi devidamente intimado (ofício e AR às fls. 939-940) e a CFM manifestou desistência quanto à oitiva do Sr. Roberto Luiz D'Avila (petição e ofício às fls. 943-944, AR à fl. 947), pedido que foi deferido pelo Superintendente-Geral Substituto (fls. 945-946). O Termo da nova audiência foi juntado à fl. 953.

25. A Superintendência-Geral encerrou a instrução processual em 16 de janeiro de 2013 e solicitou que as Representadas apresentassem suas alegações finais no prazo de 5 dias (fls. 954-955).

26. O CFM, em sede de alegações finais apresentadas em 24 de janeiro de 2013, reiterou os argumentos já apresentados no sentido de que não haveria coercitividade para a adoção da CBHPM, supostamente de caráter meramente sugestivo, e de que inexistiria sindicância ou processo ético-disciplinar em curso para punir médicos que não adotassem tal tabela. A entidade também sustentou mais uma vez a ilegalidade da Medida Preventiva adotada pela SDE (fls. 961-968).

27. A AMB, por sua vez, chamou a atenção para a existência de ações judiciais em trâmite que poderiam acarretar o reconhecimento da nulidade do processo administrativo em epígrafe, o que seria prejudicial à sua análise. Na mesma oportunidade também sustentou que teria tido sua defesa cerceada na medida em que não foram expedidos os ofícios aos Conselhos Regionais de Medicina, que haviam sido requeridos pela entidade como produção de prova documental. Por fim, alegou que não haveria infração à ordem econômica na conduta das entidades, mas apenas exercício da livre manifestação do pensamento (fls. 969-985).

28. A Superintendência-Geral apresentou Nota Técnica em 06 de fevereiro de 2013 sugerindo a condenação dos Representados pela prática de infrações contra a ordem econômica (fls. 988-1048).

29. Na 21ª Sessão Ordinária de Distribuição, o processo em epígrafe foi distribuído ao Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça (fl. 1049-1050) e, em 06 de março de 2013, foi remetido à Procuradoria do CADE para parecer (fl. 1053).



30. Na 30ª Sessão Ordinária de Distribuição, foi redistribuído à Conselheira Ana de Oliveira Frazão (fls. 1054-1055).

II. Da Manifestação da Superintendência-Geral

31. A Superintendência Geral manifestou-se acerca do presente processo administrativo por meio de Nota Técnica às fls. 988-1048.

32. Primeiramente, em sede preliminar, a Superintendência ressaltou que os médicos, como profissionais liberais, configuram-se dentro de sua área de atuação como agentes econômicos prestadores de serviços a consumidores, e que práticas de entidades representativas são sim passíveis de gerarem efeitos anticoncorrenciais. Chamou a atenção também para o fato de que eventual intervenção antitruste não é impedida pela existência de lei regulamentadora da atividade profissional, na medida em que esta não abrange todas as relações decorrentes da prestação de serviços médico-hospitalares, o art. 15 da Lei nº 8.884/94 não estabeleceu exceções quanto à sua aplicabilidade e não há disposição constitucional ou legal em contrário.

33. Também foram enfrentadas as preliminares levantadas pelas Representadas. Com relação ao ponto levantado pela AMB de que as provas documentais requeridas não teriam sido produzidas, a Superintendência afirmou que os indícios de sua participação vão além do seu poder unilateral de coerção ou punição, o qual se pretendia aferir por meio dos ofícios requeridos pela Representada, de forma que não teria havido prejuízo para sua defesa.

34. Quanto à afirmação de que os processos judiciais em trâmite poderiam prejudicar a continuidade deste processo administrativo, a Superintendência não a acolheu por entender que restam aplicáveis os princípios da separação de poderes e da autoexecutoriedade do ato administrativo, o que não impediria eventual questionamento da decisão administrativa caso fossem proferidas decisões judiciais que a prejudicassem.

35. No início de sua análise, a Superintendência abordou o contexto da controvérsia, o qual se insere no das mudanças ocorridas no mercado de serviços de saúde, que acarretaram aumento dos preços. Para arcar com tais mudanças, os planos de saúde



agiram no sentido de diminuir despesas através da pressão para redução da remuneração dos procedimentos médicos, o que acabou por gerar insatisfação da classe médica.

36. Dentro deste contexto, as entidades representativas nacionais agiram principalmente através de medidas como: i) coordenação de um movimento nacional para impor valores mínimos padronizados de consultas e honorários às operadoras de planos saúde; ii) boicotes às operadoras que não adotassem a tabela; e iii) ameaça de punição ética a médicos não alinhados ao movimento. A reação das operadoras de plano de saúde, então, foi apresentar denúncias ao SBDC, fato gerador do presente caso.

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

38. Sobre essas definições, a Superintendência explicou ainda que não seria razoável segmentar o mercado geográfico em estadual ou municipal e nem segmentar o mercado relevante de acordo com a especialidade médica, isso porque verificou-se que a conduta ora em análise foi coordenada em todo o território brasileiro, nas entidades representativas da categoria médica como um todo.

A) Da implantação da CBHPM

39. A Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) é uma tabela que fixa honorários de procedimentos médicos, instaurada pelas entidades médicas nacionais como padrão mínimo e ético de remuneração por meio da Resolução nº 1.673/03 do Conselho Federal de Medicina.

40. Foi determinado que a implantação desta tabela fosse responsabilidade das entidades estaduais por meio das Comissões Estaduais de Honorários Médicos, que determinavam as variações dos preços fixados de acordo com o contexto fático de seu estado. Dessa forma, deu-se capilaridade ao movimento de implantação da CBHPM.

41. A adesão das entidades regionais foi motivada principalmente pela influência do CFM, ao qual são diretamente subordinadas, conforme previsão legal, e das



demais entidades médicas nacionais. A atuação dessas entidades regionais foi importante para a inserção da CBHPM e para a mobilização dos médicos do Estado.

42. Importante destacar que atividades tais como a atualização dos valores da tabela e a inclusão de novos procedimentos permaneceram a cargo das entidades nacionais, que o fariam por meio da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

43. No contexto do movimento que objetivava o reajuste dos valores de honorários médicos pagos pelos planos de saúde, as Representadas coordenaram uma paralisação nacional dos atendimentos médicos no dia 07 de abril de 2011, que ficou conhecida como “marco zero” nas reivindicações da categoria médica. Tal paralisação deu ensejo a vários desdobramentos do movimento de negociações e paralisações, deixando evidente o poder de influência das Representadas.

44. Além disso, por meio de notícias jornalísticas e outros documentos acostados aos autos, ficou evidente para a Superintendência que as entidades nacionais também controlavam as negociações ocorridas com as operadoras, tendo divulgado um cronograma de negociações a ser seguido pelas entidades regionais e avaliado os resultados alcançados junto a essas entidades.

B) Do poder de mercado das Representadas.

45. Com relação à AMB, a Superintendência constatou que a associação detém grande capilaridade entre médicos de todas as regiões e especialidades, na medida em que possui em seu quadro 56 Sociedades de Especialidades filiadas e entidades associativas de classes médicas de todos os Estados brasileiros. Além disso, de acordo com o Estatuto Social da AMB, as entidades federadas obrigam-se a prestigiar as iniciativas e resoluções tomadas pela associação, de forma que a AMB consequentemente possui considerável poder de influência nas decisões e ações de seus associados.

46. Com relação ao CFM, a Superintendência verificou que a autarquia corporativa detém poder de mercado substancial na medida em que, de acordo com a Lei nº 3.268/57, os médicos, para exercerem sua profissão, devem ser associados aos Conselhos Regionais, que por sua vez são subordinados ao Conselho Federal de Medicina. Ainda, a mesma estabelece que o Conselho Federal, juntamente com os Conselhos Regionais, é órgão supervisor, julgador e disciplinador da ética profissional da categoria médica, devendo esta respeitar as suas decisões sob pena de infração ética.



47. A FENAM, por sua vez, congrega cerca de 50 sindicatos médicos distribuídos em todo o país, o que torna clara a sua importância para a condução de atividades que dizem respeito à categoria médica. Ainda, de acordo com seu Estatuto Social, as entidades filiadas à FENAM devem respeitar os Estatutos e as decisões decorrentes de deliberação no âmbito da Federação, sob pena de desfiliação.

48. Desse modo, diante das características das entidades representadas e da própria coordenação do movimento para implementação da CBHPM aferida por meio dos fatos demonstrados nos autos, restou comprovado para a Superintendência que a AMB, o CFM e a FENAM detêm inequívoco poder de influência sobre os médicos de todo o território brasileiro capaz induzir comportamento uniforme entre esses profissionais.

49. Do mesmo modo, não restaram dúvidas acerca da intensa participação dos Representados na coordenação, em âmbito nacional, do movimento de suspensão de todas as consultas e procedimentos eletivos de pacientes conveniados a planos de saúde, ocorrido em 07 de abril de 2011, cuja adesão foi estimada em 80% dos profissionais que atendem esses pacientes.

C) Da caracterização de infração contra a ordem econômica.

50. Com relação à primeira conduta, a Superintendência verificou, a partir das provas constantes nos autos, que alguns Conselhos Regionais estariam fixando preços padronizados a serem cobrados pelos médicos, como contraprestação suplementar à consulta, dos pacientes cujos convênios não seguissem a 6ª edição da CBHPM. Como exemplo de comprovação dessa conduta citam-se as Resoluções nº 04/2011 do CREMEPE e 317/2010 do CRM/DF.

51. Constatou-se que, em nota publicada em sua página eletrônica, o Conselho Federal de Medicina tentou dissuadir tal prática, razão que levou a Superintendência-Geral do CADE a sugerir o arquivamento do feito com relação à conduta supramencionada.

52. Analisando a segunda conduta, a Superintendência destacou que a adoção de tabela de preços – mais especificamente da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – desconsidera as condições de mercado e a realidade da relação entre cada prestador do serviço e cada consumidor, conforme já



analisado por esta Procuradoria em diversos processos administrativos que tinham esta tabela como objeto de apuração.

53. Sobre este assunto, constatou-se que foram levados em conta na sua elaboração requisitos do procedimento médico, tais como habilidade cognitiva, habilidade técnica, risco, responsabilidade e tempo. Contudo, aspectos de mercado como a frequência com que o procedimento é realizado (demanda) ou ainda a quantidade de profissionais capazes de realiza-lo (oferta) foram completamente ignorados no processo de elaboração da CBHPM.

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

55. Contudo, a Superintendência verificou que a CBHPM transformou-se em uma verdadeira tabela de preços na medida em que foi acompanhada de um Comunicado Oficial que divulgou os valores monetários de cada porte e das unidades de custo operacionais (UCO's), fixados pelas Representadas – A AMB, o CFM e a FENAM – no âmbito da Comissão Nacional de Honorários Médicos. Além disso, fixaram também uma variação máxima de 20%, para menos ou para mais, dos preços divulgados, que seria o limite às adaptações passíveis de serem determinadas pelas entidades estaduais.

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

57. A terceira conduta acima enumerada foi analisada pela Superintendência com base em notícia publicada na página eletrônica da FENAM e entrevista do Vice-Presidente do CFM a repórter do Saúde TV, as quais demonstraram que as entidades representadas adotariam no movimento por elas coordenado, como meio de pressão para a adoção da 6ª Edição da CBHPM por parte das operadoras de plano de saúde, o descredenciamento em massa dos planos de saúde que resistissem em adotar os valores fixados e a paralisação dos atendimentos aos seus beneficiários. Verificou-se que não houve consolidação do cenário de descredenciamento apenas devido à Medida Preventiva adotada pela SDE.



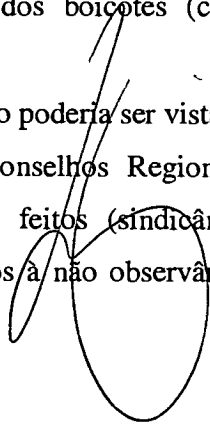
58. Neste sentido, ao analisar manifestações das entidades regionais de diversos Estados acerca das negociações que deveriam ocorrer entre estas e as operadoras de planos de saúde, constatou-se que algumas fizeram menção ao cronograma de negociações encaminhado pelas entidades nacionais. 

59. Dessa forma, restou comprovada a atuação das Representadas para, através de entidades regionais, pressionar operadoras de planos de saúde a adotarem a 6ª Edição da CBHPM, sob ameaças de descredenciamento e paralisação de atendimento a seus beneficiários. 

60. Tais práticas são consideradas lícitas quando decorrentes da vontade individual do profissional. Contudo, quando situadas num contexto de atitude concertada conduzida pelas entidades de classe como estratégia de negociação, e ao se valerem de instrumentos coercitivos para obrigar a adesão dos profissionais, deixam de estar amparadas pelas prerrogativas de tais entidades de tutelar os interesses de seus associados e passam a ferir o direito do consumidor e a liberdade profissional.

61. Por fim, a quarta conduta foi analisada à luz do Código de Ética Médica, que estava dando amparo à abertura de processos e sindicância em desfavor de médicos que não aderissem aos valores fixados na tabela de honorários ou até mesmo aos boicotes às operadoras de planos de saúde coordenados pelas entidades médicas.

62. A Superintendência constatou que os artigos 18, 48, 49 e o inciso XV dos Princípios Fundamentais, ao estabelecerem aos médicos vedação de desobediência às decisões e políticas das entidades médicas, possibilitam aos profissionais a presunção de punição em caso de descumprimento. Neste sentido, analisando novamente comunicados encaminhados por entidades médicas, constatou-se que estas impeliam os profissionais a aderir aos movimentos de boicote sob ameaça de denúncia ao CRM de seu respectivo Estado. Inclusive, alguns desses CRMs chegaram a editar Resoluções reforçando a possibilidade de punição dos médicos que não participassem dos boicotes (caso de Pernambuco, Espírito Santo e Distrito Federal).

63. A CFM alegou nos autos que a CBHPM não poderia ser vista como obrigatória devido à circular enviada por esta entidade aos Conselhos Regionais de Medicina solicitando o sobrestamento do julgamento todos os feitos (sindicâncias e processos ético-profissionais destinados a apurar fatos relacionados à não observância da CBHPM. 



64. Ao examinar tal argumento, a Superintendência chamou a atenção para o conhecimento do CFM acerca da existência de tais processos de sanção aos médicos que não seguissem o movimento. Além disso, destacou que a entidade determinou o sobrestamento, e não o arquivamento dos feitos, permitindo expressamente a abertura de novas sindicâncias com a mesma finalidade e o posterior julgamento, por ocasião de posicionamento definitivo do CFM sobre a matéria. Concluiu então que, na medida em que os julgamentos sobrestados poderiam ser retomados a qualquer momento, a mera ameaça de punição é suficiente para impelir os médicos a aderir aos movimentos coordenados para a adoção da CBHPM, sendo conseqüentemente passível de ensejar conseqüências anticompetitivas.

65. A análise foi finalizada com a constatação de que as Representadas impossibilitaram que as negociações entre médicos e operadoras fossem feitas dentro das condições entendidas como adequadas por ambas as partes, forçando os médicos a romper contratos de prestação de serviços e não deixando qualquer alternativa para as operadoras. Formou-se, então, um bloco impermeável a pressões competitivas.

66. Após analisar as condutas das Representadas, a Superintendência reconheceu em sua nota técnica que as operadoras de planos de saúde muitas vezes utilizam-se de sua posição dominante e de seu poder de mercado para ditar condições remuneratórias aos médicos, infrações econômicas que já foram alvo da atuação do CADE. Contudo, afirmou que, apesar de buscarem um objetivo legítimo, qual seja melhores condições de trabalho e remuneração da categoria médica, essas entidades valeram-se de suas prerrogativas representativas, além de sua enorme influência, para promover a fixação de preço uniforme entre profissionais autônomos e concorrentes – conduta esta que traz prejuízos à concorrência do mercado em questão.

67. Também tiveram destaque os prejuízos que tais condutas trouxeram ao consumidor. Este, considerado elo mais fraco da relação, se viu obrigado a realizar pagamentos diretamente aos médicos devido às paralisações e aos credenciamentos ocorridos, correndo o risco de não obter reembolso posteriormente. Além disso, a alta concentração do mercado de planos de saúde possibilitou que o aumento de custos fosse facilmente repassado ao consumidor final.

68. Ressaltou então que, apesar de as negociações coletivas serem de extrema importância para trazerem equilíbrio às negociações entre médicos e operadoras de



planos de saúde, as práticas de negociação utilizadas pelos Representados causam efeitos anticoncorrenciais no mercado e infringem princípios constitucionais, tais como o princípio da livre concorrência (artigo 170 da Constituição Federal de 1988) e princípio da livre iniciativa (artigo 1º da Constituição Federal de 1988). Por estes motivos, tais práticas não devem prosperar.

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

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

“Outrossim, dela [Resolução nº 1.673/2003 do CFM] aflora maltrato à ordem econômica, à luz da Lei 8.884/94, artigos 15 e 23, III. Com ela, os Conselhos ensaiaram ingerência no mecanismo de livre formação de preços, em ordem a ensejar gravam à concorrência no mercado”.

71. A decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região com relação aos agravos que a União apresentou contra ações judiciais apresentadas pelo CFM (0029461-66.2011.4.01.0000), a AMB (0030649-94.2011.4.01.0000/DF) e a FENAM (0030650-79.2011.4.01.0000) foi importante ao confirmar o entendimento de que as entidades representativas da categoria médica são consideradas agentes econômicos, podendo ser alvo da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

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

“1. Os Conselhos de medicina não podem impor tabela de honorários (CBHPM), sob pena de violação da liberdade contratual.



2. Não se insere na competência do Conselho Federal de Medicina a edição de resolução que se consubstancie em coação aos profissionais da área verificada a partir de publicações em jornais, recomendando a suspensão de atendimento à população sob pena de processo disciplinar.

3. Agravo de Instrumento não provido”.

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

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



- (iv) Abster-se de promover, apoiar ou fomentar movimentos de boicote, paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo longo ou indeterminado ou descredenciamentos em massa;
- (v) Abster-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, retaliar ou ameaçar os médicos, obrigando a participação em movimentos de boicote, paralisação, descredenciamento, negociação coletiva ou o acatamento irrestrito às decisões das entidades médicas;
- (vi) Abster-se de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadas de planos de saúde ou hospitais” (fls. 1044-1045).

III. Da Manifestação da Procuradoria.

A) Do contraditório e da ampla defesa

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

75. Conforme exposto no relatório acima, em maio de 2011 houve a instauração do Processo Administrativo em questão em desfavor da AMB, do CFM e da FENAM. As representadas foram notificadas para que apresentassem suas defesas, conforme ofícios às fls. 230 (AMB), 229 (CFM) e 228 (FENAM) e respectivos avisos de recebimento às fls. 349, 347 e 348. A AMB apresentou defesa às fls. 599-618, O CFM o fez às fls. 462-496 e a FENAM às fls. 389-409.

76. Ressalta-se que foi oportunizado o direito à produção de provas, conforme despacho do Coordenador Geral, publicado no D.O.U. em 11 de abril de 2012



(fls. 757-758), e despacho do Superintendente-Geral Substituto, publicado no D.O.U. em 21 de dezembro de 2012 (fls. 937-938). Neste sentido, foi realizada a oitiva das testemunhas arroladas em duas audiências de instrução (fls. fls. 783-791 e fl. 953). Ainda, em diversas ocasiões, os representados anexaram aos autos documentos de diversos tipos com a finalidade de darem respaldo aos seus argumentos.

77. Por fim, na ocasião em que a Superintendência-Geral do CADE encerrou a instrução do presente processo administrativo em 16 de janeiro de 2013, abriu-se oportunidade para que as partes apresentassem suas alegações finais (fls. 954-955). A AMB o fez às fls. 969-985 e o CFM às fls. fls. 961-968. A FENAM, contudo, deixou o prazo transcorrer *in albis*.

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

B) Do suposto cerceamento de defesa da AMB

79. Conforme consta no relatório, a AMB afirmou em suas alegações finais que teria tido seu direito de defesa cerceado já que não teriam sido enviados os ofícios requeridos a título de prova documental.

80. Cumpre esclarecer que o requerimento da AMB dizia respeito especificamente a envio de ofícios aos Conselhos Regionais de Medicina para que informassem “*se a Associação Médica Brasileira tem ou não competência legal para instaurar processo disciplinar ético-profissional em face de médicos brasileiros ou se tal competência é exclusiva dos Conselhos Regionais de Medicina e do Conselho Federal de Medicina; se a Associação Médica Brasileira dispõe de competência legal ou estatutária para editar normas e resoluções; e, por fim, se a Associação Médica Brasileira adotou conduta no sentido de impor a obediência da CBHPM aos médicos brasileiros*” (fl.760).

81. Depreende-se da leitura do trecho citado acima que a primeira e a segunda informações requeridas poderiam ser facilmente obtidas mediante análise do Estatuto Social da AMB e das leis pertinentes a essa Associação, não havendo, portanto, a necessidade de envio de ofício aos numerosos Conselhos apontados pela Representada.

82. Com relação ao mérito das informações solicitadas pela Representada, analisando o Estatuto da referida associação e a legislação brasileira,



constata-se que de fato a AMB não possui competência para instaurar processos ético-profissionais em face de médicos. Inclusive, em nenhum momento houve afirmação nesse sentido por parte do CADE, tanto o é que, ao analisar a conduta referente à punição de médicos que não aderissem ao movimento, a nota técnica da Superintendência-Geral fez referência tão somente aos CRMs e ao CFM.

83. Contudo, a AMB tem sim competência para editar normas e resoluções, conforme previsto em diversos artigos de seu Estatuto Social, dos quais cita-se como exemplo o art. 49, VI:

“Artigo 49. São atribuições da Diretoria:

(...)

VI) cumprir e fazer cumprir este estatuto, regimentos, regulamentos, normas e resoluções da Assembleia de Delegados” (grifamos).

84. Ocorre que, independente de possuir tais competências, restou evidente a participação da Associação Médica Brasileira na coordenação dos movimentos para a implantação da CBHPM por meio de paralisações, boicotes e punição de médicos. Diante da constatação que a AMB possui enorme influência sobre a categoria médica, conclui-se que a sua participação, em conjunto com a Federação Nacional dos Médicos e coordenada com o poder de punição do Conselho Federal de Medicina, deixa claro o caráter coercitivo do movimento como um todo, empreendido em conjunto por essas três entidades, para a adoção da referida tabela de honorário.

85. Deste modo, não responde a Representada pelas condutas específicas de “instaurar processo disciplinar ético-profissional em face de médicos brasileiros” ou de “impor a obediência da CBHPM aos médicos brasileiros”, mas sim de coordenar movimento para implantação de tabela de honorários, valendo-se para tanto de meios coercitivos empreendidos pelas demais entidades coordenadoras do movimento. Tal conduta já é passível de ensejar configuração de infração à ordem econômica, não importando a obrigatoriedade da tabela – obtém-se, dessa forma, a terceira informação requisitada pela Representada.

86. Constata-se, então, que os ofícios requeridos não seriam úteis ou necessários à instrução deste processo administrativo, na medida em que as informações requisitadas poderiam ser obtidas por meios mais facilmente acessíveis, além de já



constarem nos autos numerosas manifestações dos CRMs sobre o movimento de implantação da CBHPM.

87. O mais importante, porém, é destacar que tais ofícios não seriam pertinentes, já que a AMB não está sendo responsabilizada pelas condutas específicas das quais pretendia se defender, de forma que também não poderiam ser úteis à sua defesa, não havendo, portanto, cerceamento desse direito da Representada. Pelas mesmas razões expostas, tais informações não teriam o condão de alterar a análise feita pela Superintendência-Geral do CADE.

88. De acordo com a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, podem ser recusadas as provas quando impertinentes ou desnecessárias, além de algumas outras situações. Veja-se:

“Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

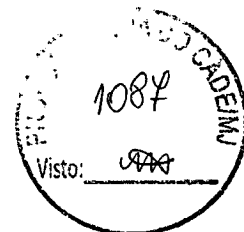
§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias” (grifamos).

89. Demonstradas a impertinência e a desnecessidade dos ofícios especificados, encontra-se configurada a hipótese prevista no dispositivo legal supracitado, razão pela qual foi indeferida a produção da prova documental requerida pela AMB.

C) Do tabelamento dos preços como conduta anticoncorrencial

90. A investigação que deu origem ao presente processo administrativo tem como objeto a divulgação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM – mais especificamente da sua 6ª Edição – pelas Representadas, estabelecida na Resolução nº 1.673/2003 do Conselho Federal de Medicina, em conjunto com a promoção de movimentos coletivos de negociação de honorários médicos e a



coordenação de movimentos nacionais de paralisação no intuito de compelir os planos de saúde à adoção do preço tabelado.

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

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

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;

(...)

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

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

(...)

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

(...)” (grifamos).

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



93. O julgamento de classificação e tabelas de preços como a CBHPM não constitui contexto fático novo para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo a atividade de precificação de serviços médicos adotada por associações da categoria médica historicamente condenada pelo CADE⁴.

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

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

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

“Sendo assim, é preciso admitir que o artigo 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos demais concorrentes – mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo-, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado. (...)”⁵

“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.

⁴ Processos administrativos nº 08000.007/97-09 e 0061/1992,

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.



(...) O fato inegável é que a adoção de tabela de preços por concorrentes faz com que estes escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência” (grifamos).

96. A edição de instrumentos que visem ao controle de preços em qualquer grau constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa. Em razão disso, tal prática é condenada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), na medida em que, segundo o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pteiffer⁶ “(...) *são aptas a provocarem condutas coordenadas de seus tomadores e para quem os organiza ou elabora confere poderes capazes de controlar o mercado*”.

97. Daí porque a Jurisprudência do CADE é firme quanto aos efeitos danosos causados pela utilização de tabela de preços e vasta⁷ em condenações a associações e entidades de classe na condição de sujeitos ativos em exercício de abuso de posição dominante com possibilidade de influenciar os agentes de mercado a adotar condutas concertadas.

98. 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 tema⁸.

*“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 mesmo*⁹.

⁶ PA 08012.007042/2001-33

⁷ 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.

⁸ PA nº 08000.012252/1994-38

⁹ “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



Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais.¹⁰

Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso National Society of Professional Engineers v. United States, decidido em 1978¹¹, em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o Juiz STEVENS salienta que a concorrência é a melhor forma para a boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato, a qualidade, o serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato.¹²

Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., decidido pela Suprema Corte em 1979¹³ e também no caso Arizona v. Maricopa County Medical Society.¹⁴

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 40.000F¹⁵."

realistically escape. On this record respondents' activities constitute a classic illustration of price fixing" (421 U.S. 773).

¹⁰ "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).

¹¹ 435 U.S. 679.

¹² "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."

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

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

¹⁵ Décision nº 96-D-79, de 3 de dezembro de 1996. Dentre os "consideranda", destaque-se o seguinte: "Mais considérant que, par la diffusion Du document 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



Decisão análoga foi proferida em caso de uma difusão da “recomendação tarifária”, substituída pelo “documento de análise dos orçamentos” e de um coeficiente de margem aconselhada, promovida pelo sindicato dos produtores de filmes publicitários. O documento estabelecia, a título indicativo, a fixação de valor de cada rubrica orçamentária, incluindo os salários, o valor de pagamentos por prestações, encargos sociais, acrescentando-se uma margem aconselhada à razão de 33,33%. O Conselho da Concorrência francês, mais uma vez, entendeu que estaria havendo uma incitação manifesta para alinhamento de preços das prestações, entravando o livre jogo da concorrência.¹⁶ 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 5.000.000F¹⁷.

99. 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

par les avocats stagiaires ou collaborateurs pour leur clientèle propre”; qu’ainsi, la ‘mercuriale’ a pu avoir un effet anticoncurrentiel”.

¹⁶ 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 prestations; 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”.

¹⁷ 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”



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

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

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

101. 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.

102. Com efeito, o exame das provas constantes dos autos bem revela que todas as representadas participaram direta e ativamente da mobilização em prol da adoção da CBHPM, conforme documentos das fls. 40-88 (além de outros presentes nos autos), como *“padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos para o Sistema de Saúde Suplementar”*. Ademais, conforme se depreende da análise desses documentos, as Representadas por meio de reuniões se mobilizaram no sentido de coordenar a implantação da CBHPM, sob pena de paralisação e descredenciamento. Neste mesmo sentido, promoveram a realização de correspondência voltada ao alcance dessa finalidade, além de o tópico ter sido exposto pela mídia local largamente.

103. 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 grau substancial as relações entre os médicos – agentes econômicos do mercado de saúde suplementar.

104. Nesse ponto, as representadas destacaram em certos momentos que a tabela não ostentaria caráter vinculante, mas constituiria mero referencial para a classe médica brasileira. Conforme se esclarecerá adiante, essa não é a conclusão que resulta da análise das provas constantes dos autos. De todo modo, mesmo que a CBHPM tivesse de



fato apenas um caráter recomendatório, ainda assim a infração contra a ordem econômica restaria configurada.

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

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

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

107. 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.

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

“Nos termos da lei brasileira, portanto, uma infração da ordem econômica ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale dizer: ou que o propósito “objetivamente visado” pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos incisos I a IV do art. 20; ou então, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambos os casos,



o art. 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração (a não ser, obviamente, que se prove que o efeito ilícito foi de fato obtido).

(...) A improcedência está em que a objeção ignora a estrutura dual do caput do art. 20, e assimila um tipo de “possibilidade” ao outro. A “possibilidade” requerida para a condenação de uma conduta que “tenha por objeto” a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade em “sentido fraco”, vale dizer, no sentido da exclusão da impossibilidade (ou do “crime impossível” tal como definido no art. 17 do Código Penal¹⁸); 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)

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

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

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

¹⁸ “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”



111. 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.

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

113. Analisada a conduta de tabelamento dos preços dos serviços médicos por parte das entidades médicas representadas, cabe mencionar o comportamento utilizado como instrumento de efetivação de tal tabela: a ameaça de boicote e paralisação, de forte caráter coercitivo, fortemente destacado pela nota técnica da Superintendência-Geral (fls. 1030-1034):

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

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

(...)

158. Nesse contexto, tendo em vista que um médico decidisse cobrar dos planos de saúde valores inferiores ao da CBHPM ou manter o atendimento a uma operadora de planos de saúde contra a qual insurgira-se o movimento de implantação da CBHPM, poderia sofrer um processo de infração ao Código de Ética Médica, com base no Artigo 18 ou no Artigo 49. Além disso, caso algum médico decidisse se conveniar a alguma operadora que teria sua rede credenciada desfalcada devido a movimento de boicotes, poderia sofrer sanções de acordo com o Artigo 48 do Código de Ética Médica. Assim, mesmo aqueles médicos que não tinham interesse em aderir ao movimento de implantação da



CBHPM se viram impelidos a fazê-lo sob pena de sofrerem sanções éticas.

(...)

160. Dessa forma, a maneira que o movimento para implantação da CBHPM vinha sendo coordenada, tornava a Classificação Hierarquizada uma tabela de preços mínimos obrigatória. Assim, formaram no mercado um verdadeiro bloco impermeável às pressões competitivas, visto que mesmo aqueles médicos que não quisessem participar do movimento de implantação da CBHPM eram impelidos a isso, devido à possibilidade de sofrer sanções éticas. As operadoras, por sua vez, eram ameaçadas com o descredenciamento em massa dos médicos que compunham a sua rede de prestadores caso se recusassem a adotar a CBHPM.

161. Os Representados eliminaram, desta forma, a possibilidade de contratações sob condições variadas, isto é, que as negociações entre médicos e operadoras fossem feitas dentro das condições entendidas como adequadas por ambas as partes, forçando os médicos a romper contratos de prestação de serviços, não deixando qualquer alternativa para as operadoras.” (fls. 1030-1034)

114. Adere-se, assim, ao posicionamento da Superintendência-Geral no sentido de que a maneira como se organizou o movimento acabou por dotar a Classificação Hierarquizada uma tabela de preços mínimos de caráter obrigatório, tornando-se plenamente razoável a conclusão de que se estava a tratar de uma imposição, em caráter vinculante, da exigência de observância dos seus termos.

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

116. 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 planos de saúde e os consumidores dos serviços prestados. A livre concorrência, garantida pelo ordenamento jurídico, constitui um valor fundamental não apenas à manutenção ao bem-estar do mercado como também à proteção do consumidor. Com efeito, é natural que, em uma economia de livre mercado, cada um dos agentes econômicos dispute a preferência do usuário dos serviços.



117. 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.

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

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

120. Deste modo, influenciaram a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes (artigo 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94), por meio da regulação de mercado de prestação de serviços médicos (artigo 21, inciso X, 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).

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

122. Diante de todo o exposto, adere-se ao posicionamento da Superintendência-Geral no sentido de que a Associação Médica Brasileira – AMB; o Conselho Federal de Medicina – CFM e a Federação Nacional dos Médicos – FENAM praticaram atos tipificados como infrações contra a ordem econômica.



IV. Conclusão.

123. 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, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, IV, V e X, ambos da Lei n. 8.884/94.

É o parecer. À apreciação superior.

Brasília, 07 de janeiro de 2014.

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