



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

PARECER Nº 225 /2013/FG/PFE-CADE/PGF/AGU

REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº 08012.006552/2005-17

REPRESENTANTE: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas)

REPRESENTADAS: Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso (CRM-MT) e Comissão Estadual de Honorários Médicos (CEHM-MT)

RELATOR: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. MEDIDAS DESTINADAS À IMPOSIÇÃO DE TABELAS DE PREÇOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO CADE. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE. IMPOSIÇÃO DE PREÇOS MÍNIMOS. AMEAÇA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA AOS MÉDICOS. ARTS. 20, I, II, IV E 21, II, IV, V, VI e X DA LEI nº 8.884/94.

1. Jurisprudência do CADE sobre os potenciais efeitos nocivos de classificação e precificação de serviços profissionais. Hipóteses de enquadramento dessas condutas como infrações à legislação antitruste.

2. Atualização recente da jurisprudência do CADE sobre o ônus de demonstração dos efeitos anticoncorrenciais relativos à imposição de tabelas. Constatação, no caso concreto, de que houve a demonstração da configuração da infração.

Senhor Procurador-Chefe,

I – RELATÓRIO

1. Os três volumes dos autos acima referidos foram conduzidos a esta Procuradoria Federal para pronunciamento, a pedido do Conselheiro

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE/MJ
Sede no SEPN, entre quadra 515, Conjunto "D", Lote 04, Edifício Carlos Taurisano, Asa Norte
CEP 70770-500, em Brasília-DF

2013



Relator, nos termos do artigo 15, VII da Lei nº 12.529/2011 e 18, VI do Regimento Interno do CADE.

2. Trata-se de Representação, proposta pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS, em face do Conselho Regional de Medicina do Estado do Mato Grosso – CRM/MT e da Comissão Estadual de Honorários Médicos – CEHM/MT, 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.

3. De acordo com os termos da Representação, as Representadas “coagem” os profissionais, mesmo que tacitamente, a adotarem aquela tabela de preços mínimos, tolhendo, desta forma, a possibilidade de negociação entre cada operador de plano de saúde filiado à UNIDAS, e os médicos e instituições de saúde. Neste contexto, as Representadas incorreriam na prática prevista nos artigos 20, incisos I, II e IV e 21, II, IV, V, VI e X da Lei nº 8.884/94.

4. Dada a significativa quantidade de documentos que instruem os autos, elencam-se, a seguir apenas aqueles que se revelam mais importantes para as considerações que serão aqui expostas. Vejamos:

- a) Representação oferecida pela UNIDAS e seus anexos, fls. 02/74; dentre estes anexos, válido é o destaque para: cópias do Ofício Circular CEHM-MT nº 66/2005, de 21 de julho de 2005 (fl. 65) e dos Ofícios CEHM-MT nº: 41/2005 (fls. 66/67); nº 28/2005 (fl. 68), nº 95/2004 (fl. 69) e nº 33/2005 (fl. 70);
- b) Ofício nº 4451/2006/DPDE (fls. 75/76) e a resposta oferecida pela UNIDAS (Ofício UNIDAS SE/MT 050/2006), contendo anexos (fls. 83/87);
- c) Resposta do CRM/MT (fls. 146/154), referente ao Despacho da Secretária de Direito Econômico, que decidiu pela



promoção de Averiguação Preliminar para apuração dos indícios de infrações, fl. 141;

- d) Resposta da CEHM/MT (Of. CEHM-MT Nº 03/2010 – 236/247);
- e) Relatório da Secretaria de Direito Econômico/Departamento de Proteção e Defesa Econômica/MJ, fls. 276/296; em seguida, consta Despacho, pelo qual se decide pela instauração de Processo Administrativo com a finalidade de apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, fl. 297;
- f) Novas manifestações da SDE/MJ, fls. 561/587 e 602/612
- g) Nota Técnica nº 03/2013, da Superintendência-Geral, fls. 627/670;
- h) Despacho do Superintendente-Geral Substituto, pela convocação do Processo Administrativo em Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica; ainda, neste documento, opinou-se pela condenação dos representados pela prática de infrações à ordem econômica capituladas nos artigos 20 e artigo 21, ambos da Lei nº 8.884/94, fl. 675;
- i) Despacho de encaminhamento dos autos a esta Procuradoria, fl. 680.

5. Passa-se à apreciação.

II – ANÁLISE JURÍDICA

6. Antes da análise do mérito, cumpre tecer algumas considerações acerca da regularidade do processo administrativo. No caso, 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.

7. Com fundamento em representação apresentada pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS (fls. 02/15),

2008



procedeu-se à instauração de processo administrativo com fulcro nos artigos 20, incisos I, II e IV e 21, II, IV, V, VI, X, ambos da Lei nº 8.884, de 1994, e nos termos da manifestação devidamente fundamentada da então SDE (fls. 276/296), acolhida integralmente pela Secretária de Direito Econômico no despacho de fl. 297.

8. Anote-se que a Comissão Estadual de Honorários Médicos – CEHM-MT, uma das Representadas, não é dotada de personalidade jurídica, sendo composta pelas seguintes entidades: a) Sindicato dos Médicos de Mato Grosso, b) Associação Médica de Mato Grosso, c) Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso e d) Entidade Médica de Mato Grosso.

9. As Representadas foram devidamente notificadas, como fazem prova os documentos às fls. 306, 307 e 549.

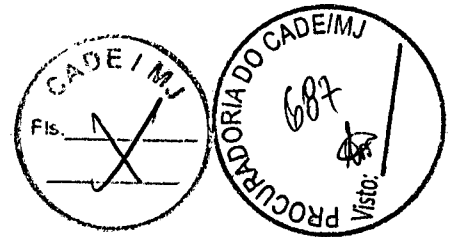
10. Após manifestação fundamentada da SDE no sentido de que o feito encontrava-se suficientemente instruído (fl. 613), as Representadas foram notificadas para apresentação de alegações finais por meio de publicação no Diário Oficial da União – DOU, em conformidade com o §3º do art. 33 da lei 8.884, de 1994 (fl. 614).

11. 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.

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

13. Ultrapassada a questão formal/procedimental, resta, por ora, enfrentar os argumentos lançados pelas Representadas, em sua linha de defesa, quais sejam:

Argumentos do CRM-MT:



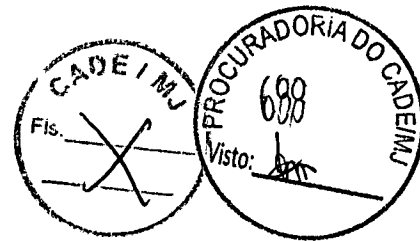
- a) Todas as alegações deduzidas na (então) Averiguação Preliminar foram objeto de apreciação pelo Poder Judiciário nos autos da Ação Ordinária nº 2004.36.00.009687-0, que foi extinta sem julgamento de mérito pelo juízo singular; a decisão judicial reconhece como sendo dos profissionais médicos, e não dos Representados, a responsabilidade pelo movimento a favor da implantação da CBHPM, que, em 2005, culminou com rescisão unilateral de vários contratos e a suspensão dos atendimentos prestados aos usuários da UNIDAS;
- b) A tabela referida pela Representante não foi imposta ou mesmo sugerida pelo CRM/MT, posto que a CBHPM teve origem a partir de uma ação conjunta de entidades representativas da categoria médica, consubstanciando um movimento destinado a estabelecer parâmetros mínimos de honorários médicos que garantissem remuneração justa pelos serviços prestados e;
- c) Teria havido prescrição intercorrente no processo administrativo pois, o último despacho proferido nos autos data de 23 de agosto de 2005, após o que o feito permanecera paralisado por mais de três anos;

Argumentos da CEHM-MT:

- d) A sugestão de utilização da CBHPM não possui por finalidade a imposição de honorários médicos, mas apenas orientar a sua cobrança, evitando a fixação de preço vil e;
- e) A atuação médica foge ao conceito de conduta comercial, sendo inadmissível a aplicação da Lei nº 8.884/94;

14. Inicialmente, serão tratadas questões atreladas a aspectos processuais levantados pelas Representadas, para depois, se abordar os aspectos relacionados às condutas praticas pelas mesmas e suas respectivas nuances.

2013



a) Da independência das instâncias judicial e administrativa

15. Não assiste razão à Representada CRM-MT quando afirma que a responsabilidade pelo movimento a favor da implantação da CBHPM foi atribuída aos médicos, pela decisão judicial proferida no seio da Ação Ordinária nº 2004.36.00.009687-0, que tramitou na 1ª Vara Federal do Estado de Mato Grosso e foi extinta sem julgamento de mérito, por se entender que os réus da demanda não detém legitimidade passiva, já que “o pleito de reativação/manutenção dos contratos deve ser voltado contra os respectivos signatários”, ou seja, os próprios profissionais médicos.

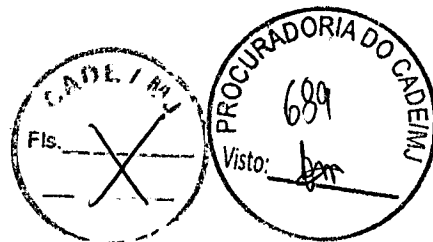
16. No âmbito da organização estatal, as instâncias administrativa e judicial não se confundem e nem se prejudicam, convivendo lado a lado.

17. Enquanto o CADE integra a estrutura do Poder Executivo e extrai sua competência, para julgamento 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 Constituição Federal de 1988.

18. 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 têm a prerrogativa de instaurar um processo administrativo, instruí-lo e, desde que presentes evidências e provas da infração, condenar o infrator nas sanções da Lei Antitruste.

19. 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.



20. Acerca do 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.

(...)

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

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

22. No mesmo Recurso Especial acima mencionado, o Ministro Relator Herman Benjamin sustentou a inexistência de qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, uma vez que possuem escopos diversos e cumuláveis.

23. 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.

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)

24. 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.

25. 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.

26. A natureza técnica e a complexidade da matéria que ordinariamente é examinada pelo CADE já foram reconhecidas em voto do Ministro Luiz Fux no Superior Tribunal de Justiça. 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

2013



Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título 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)

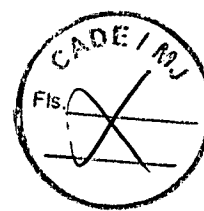
(REsp 590.960/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 21/03/2005, p. 234)

27. Nesse sentido, não procede a argumentação da Representada CRM-MT de sentido de a existência de decisão judicial que reconheça a responsabilidade dos profissionais médicos, e não da Representada (e outras) pela implantação da CBHPM, teria cogência no âmbito do Processo Administrativo em voga, sob pena de invasão de competências.

b) Da inoccorrência do fenômeno "prescrição intercorrente"

28. O CRM-MT defende ter-se observado a prescrição intercorrente no Processo Administrativo em tela, posto que, "o último despacho foi proferido nos autos em data 23 de agosto de 2005, após o que ficou paralisado por mais de três anos, prescindindo da prática de qualquer ato destinado à apuração dos fatos deduzidos na Representação (...)".

29. Tal assertiva não deve prosperar, haja vista a fácil localização, nos autos, de documentos que atestam não terem transcorrido três anos após a data indicada (23.08.2005), e os atos processuais (de cunho instrutório) adotados em seguida. Como exemplo, podemos citar:



- a) Ofício nº 4551/2006/DPDE, datado de 05 de setembro de 2006, pelo qual se consulta a UNIDAS com a finalidade de coletar mais dados sobre os termos da denúncia (fls. 75/76);
- b) Ofício nº 6209/2006/DPDE, datado de 07 de dezembro de 2006, também remetido à Representante, com o objetivo de “conhecer e identificar o mercado de saúde suplementar no Brasil” (fls. 88/91);
- c) Ofício nº 6024/2007/DPDE, de 28 de setembro de 2007, dirigido ao Conselho Federal de Medicina, fls. 93/96;
- d) Ofício nº 3559/2008/DPDE, de 05 de junho de 2008, destinado ao CRM-MT, solicitando informações, fls. 124/126.

30. Deste modo, os exemplos acima elencados são suficientes para atestar a fragilidade e mesmo, da inveracidade, da alegação trazida pelo CRM-MT acerca de ter-se verificado o fenômeno “prescrição intercorrente” no seio do processo em questão.

c) Da conduta das Representadas

31. Na Nota Técnica nº 03/2013 a Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1 da Superintendência-Geral apresenta de modo detalhado as apurações efetuadas e as examina à luz da interpretação do CADE sobre a legislação Antitruste. Como será exposto abaixo, essa interpretação emanada do órgão administrativo competente é plenamente consistente com as premissas adotadas atualmente pelo SBDC e não apresenta vícios de juridicidade.

32. A Representação que deu origem ao presente Processo Administrativo teve como objeto a divulgação da Classificação Brasileira Hierarquizada 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 (realização de boicotes).



33. As entidades Representadas¹ supostamente realizavam tratativas junto a operadoras de plano de saúde, na tentativa de impor a estas a CBHPM que, nos termos da Representação, foi utilizada como tabela para fixação de preços mínimos dos serviços médicos que fossem prestados. Para tanto, as Representadas coordenaram boicotes a diversas operadoras de planos de saúde, na tentativa de compeli-las à adoção da tabela – os médicos foram orientados a rescindir contratos e não assinar negociação com as operadoras filiadas à Unidas.

34. Partiu-se na apuração da possibilidade de essas condutas se configurarem como infrações às normas previstas nos incisos I, II e IV do art. 20 c/c o art. 21, incisos II, IV, V, VI e X, todos da Lei nº 8.884, de 1994²:

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;

(...)

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;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

¹ Conselho Regional de Medicina do Estado do Mato Grosso (CRM-MT), Sindicato dos Médicos do Mato Grosso (Sindimed-MT), Entidade Médica de mato Grosso, Associação Médica do Mato Grosso (AM-MT) – todas compõem a Comissão Estadual de Honorários Médicos de Mato Grosso (CEHM-MT).

² Todos reproduzidos na Lei nº 12.529/2011 em seu artigo 36, I, II e IV e § 3º, II, III, IV, V e VIII.



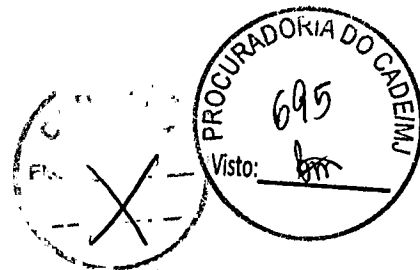
X – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou pra dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

35. Nota-se que a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHMP, institui a precificação de diversos procedimentos médicos de acordo com sua complexidade, técnica e tecnologia envolvida em cada ato. O item 2.6 do parecer da SDE (fls. 649/655) explica em detalhes o conteúdo da CBHMP e a ele nos reportamos para evitar maiores repetições.

36. No que tange à elaboração de classificações e tabelas de preços, a jurisprudência do CADE (e.g. processos administrativos nº 08000.007/1997 e 0061/1992) conclui pela nocividade ao ambiente concorrencial de instrumentos que artificialmente determinem patamares de preços a serem adotados por concorrentes, ainda que tais instrumentos não tenham sido coercitivamente impostos.

37. Partindo da noção de que a edição de instrumentos que visem ao controle em algum grau de preços constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) condena a prática, na medida em que, segundo o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (PA 08012.007042/2001-33) “(...) são aptas a provocarem condutas coordenadas de seus tomadores e para quem os organiza ou elabora confere poderes capazes de controlar o mercado”.

38. Nesse sentido a Jurisprudência do CADE é firme quanto aos efeitos danosos causados pela imposição de tabela de preços e vasta em condenações de sindicatos, associações e entidades de classe (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), inclusive do mesmo gênero das Representadas, na condição de sujeitos



ativos em exercício de abuso de posição dominante com possibilidade de influenciar os agentes de mercado a adotar condutas concertadas.

39. Determinadas Cortes estrangeiras 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, estudo que o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca fez sobre o tema (PA nº 08000.012252/1994-38):

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

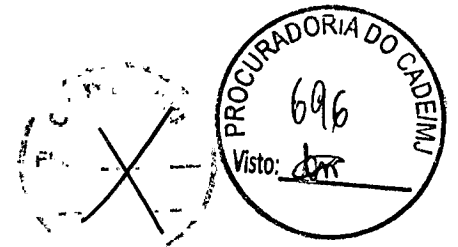
Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso *National Society of Professional Engineers v. United States*, decidido em 1978, em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o 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.

Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, decidido pela Suprema Corte em 1979 e também no caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society*.

A jurisprudência europeia 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 40.000F.”

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. Também o Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras foi condenado a cessar a

[Handwritten signature]



prática do alinhamento de preços de serviços, com a condenação das tabelas (“barêmes d’honoraires”), com multas que chegaram a 5.000.000F .

40. Nesse ponto, vale registrar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela 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 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).

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

42. Assumidas essas balizas de análise, e sem que se possa vislumbrar a ilegitimidade desse entendimento, sobretudo quando oriundos dos órgãos públicos legalmente designados para efetuar essa interpretação, cumpre verificar se há elementos probatórios suficientemente hábeis à comprovação de sua prática pelos representados. Esse ônus de demonstração tem sido destacado, na jurisprudência mais recente do CADE, como fator relevante da fundamentação para a aplicação de sanções pela autoridade antitruste, conforme voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no processo nº 08012.006923/2002-18:

9. Novamente, ressalto minha integral concordância com todas essas afirmações constantes do voto do Relator. Sem prejuízo disso, entendo que este caso, especialmente à luz da defesa apresentada pela Representada, fornece uma importante oportunidade para que o CADE avance em seu entendimento acerca das questões propostas, decidindo com clareza, especificamente:



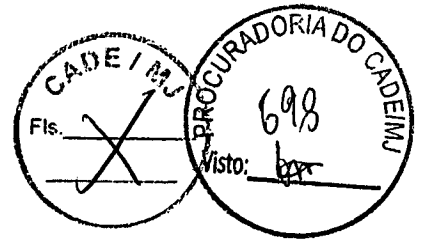
- (i) se tabelas sugestivas de preços podem ser submetidas a algum regime de presunção (ainda que relativa) de ilegalidade;
- (ii) se é relevante para a definição desse regime que tenha havido ou não tentativa da associação de coagir os agentes de mercado a seguir a tabela;
- (iii) se tal regime de presunções exige, ou não, considerações sobre poder de mercado ou observância efetiva da tabela;
- (iv) se, para o mesmo efeito, é necessário adentrar a análise da estrutura do mercado relevante em questão, quer na dimensão produto, quer na geográfica, e com que profundidade;
- (v) se, além (ou ao lado) da potencialidade de efeitos, a prova de sua produção concreta, pela autoridade antitruste, é necessária para fundamentar a condenação; e, finalmente,
- (vi) se a intenção de prejudicar a concorrência é (como sustenta a Representada), ou não, um elemento de investigação necessário para o caso de não haver prova sequer da potencialidade da produção de efeitos anticompetitivos.

10. Além disso, entendo que é preciso aqui empreender, identicamente, a uma revisitação de nossa jurisprudência pretérita acerca do tema, especialmente porque ela é, como procurarei demonstrar adiante, algo oscilante quanto aos elementos supra descritos (especialmente em tempos mais recentes), tendo, até mesmo por isso, produzido casos de resultado díspar, como ressaltado pela própria Representada ao mencionar o Processo Administrativo movido contra o SINDETUR/SP.

.....

98. Em resposta, portanto, às questões que formulei no item 9 desta declaração de voto, entendo, em relação à conduta aqui analisada, que:

- (i) tabelas sugestivas de preços divulgadas por associações comerciais submetem-se, sim, a um regime de presunção relativa de ilegalidade, em decorrência do texto literal dos artigos 20, caput e inciso I, e 21, inciso II, da Lei n. 8.884/94, consistindo em conduta ilícita pelo próprio objeto;
- (ii) a presunção de ilegalidade independe completamente de ter havido ou não tentativa da associação de coagir os agentes de mercado a seguir a tabela,
- (iii) independe, ainda, de considerações sobre a dinâmica específica do mercado, sobre a representatividade da associação, sobre poder de mercado de seus membros, ou de ter havido, ou não, observância efetiva da tabela;
- (iv) tal presunção dispensa, identicamente, que a autoridade defina, a priori, com precisão, a estrutura do mercado relevante em questão, quer na dimensão produto, quer na geográfica;
- (v) dispensa, em resumo, nos termos dos itens anteriores, quaisquer considerações a priori sobre a potencialidade de efeitos, ou sobre a produção concreta destes, já que se trata, como dito várias vezes, de conduta presumida como ilícita pelo próprio objeto, em consonância com o texto expresso da lei;

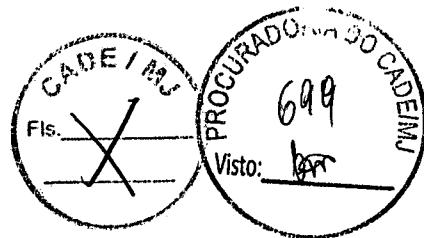


(vi) é irrelevante, finalmente, para definição da presunção de ilicitude, que se perquiria acerca da intenção do agente de prejudicar a concorrência, já que a lei tipifica o ilícito independentemente de culpa (i.e., de considerações sobre o elemento volitivo).

99. Tudo isso não significa, evidentemente, que se trate de “infração per se”, até porque essa expressão sequer existe na legislação nacional. Em outras palavras, não significa que se trate de presunção iuris et de iure de ilegalidade. Ao revés, essa presunção poderá ser afastada pela Representada, em princípio, em ao menos duas situações: (i) caso ela consiga demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços, não se configurando em concreto, por isso, como uma conduta ilícita pelo próprio objeto, caso em que sua ilegalidade dependerá da análise de efeitos (isso pode ocorrer, v.g., em certas raras hipóteses em que a conduta sirva para compensar eventual poder de oligopsônio a jusante em mercados extremamente pulverizados a montante, desde que a isso se agreguem outras circunstâncias igualmente excepcionais), ou (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e 88, § 6o, da Lei n. 12.529/2011, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.

100. Como já mencionei em outro precedente, esse regime de presunções, standards e distribuição de ônus probatórios configura, na verdade, a própria forma específica de incidência da regra da razão no caso da conduta prevista no inciso II do artigo 21, aproximando o sistema nacional, portanto, não apenas do europeu, que o inspirou, e que usa para este fim, como visto, uma “regra da razão estruturada em etapas”, sendo a primeira delas a determinação da ilicitude pelo efeito ou pelo objeto, mas também do próprio sistema norte-americano, que adotou por exemplo, no julgamento de *Indiana Federation of Dentists*, já citado anteriormente, um modelo de “regra da razão truncada” ou “quick-look”, que se assemelha extraordinariamente ao modelo de presunções adotado pela legislação brasileira.

101. É preciso deixar claro, ainda, que as considerações lançadas acima aplicam-se, fundamentalmente, às condutas tendentes à uniformização de preços, quantidades e divisão de mercados praticadas por associações comerciais e entidades congêneres em mercados, evidentemente, desregulados. Assim, em mercados sem essas características, como, por exemplo, ocorre com certas profissões liberais, outras considerações podem se fazer necessárias, e esse regime de presunções pode merecer modificações e temperamentos específicos. Ademais, a sugestão de standards e outras práticas de uniformização distintas de preços, quantidades e mercados, por parte de associações, também poderá, em muitos casos, sujeitar-se a regime distinto, especialmente na medida em que tais objetivos estejam, como frequentemente estão, ligados a outros objetivos lícitos distintos da uniformização de preços, devendo portanto, ser analisados por seus efeitos e não por seu objeto. Essas condutas específicas devem, ademais, ser analisadas à luz de seus potenciais efeitos exclusionários, o que configura um quadro de análise distinto daquele aqui proposto. Finalmente, também não se deve querer aplicar o regime de presunções aqui proposto a ações de divulgação de informações históricas e



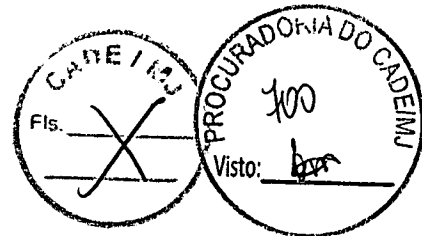
agregadas sobre preços médios passados praticados no mercado, na medida em que essa conduta seja organizada com base em metodologia demonstrável e que os preços sejam divulgados com razoável atraso em relação ao tempo em que foram historicamente praticados. Há, evidentemente, uma enorme diferença entre a divulgação desses preços históricos e a elaboração de tabelas com preços “justos”, “desejáveis” ou de “orientação”, como também há uma enorme diferença entre estas e a simples divulgação de preços médios de commodities negociadas em bolsa.

43. Nesse ponto, a análise do feito revela que as representadas, de fato, adotaram medidas voltadas à imposição da CBHPM à classe médica.

44. Com efeito, o exame das provas constantes dos autos bem revela que as Representadas participaram da mobilização em prol da imposição da adoção da CBHPM, como padrão mínimo de remuneração dos procedimentos médicos junto ao Sistema de Saúde Suplementar.

45. As provas presentes nos autos que atestam esses movimentos de paralisação demonstram que, além de existir uma fixação de honorários mínimos, efetivamente se tentou impor tal tabela como padrão remuneratório. Vejamos:

- a) Ofício Circular CEHM-MT nº 66/2005, de 21.07.2005 (fl. 65), no qual a CEHM-MT “solicita aos médicos que não assinem contratos/acordos/cadastros” junto a algumas operadoras, posto que não se obteve acordo com as mesmas referentes à “implantação da CBHPM” e outros temas;
- b) Ofício CEHM-MT nº 41/2005, de 15.6.2005 (fl. 66), dirigido ao representante da Unidas, que definiu a remuneração dos serviços médicos para os novos contratos;
- c) Ofício CEHM-MT nº 28/2005, de 19.05.2005 (fl. 68);
- d) Ofício CEHM-MT nº 95/2004, de 05.11.2004, dirigida à Diretoria da UNIDAS-MT, que mostra que o atendimento pelas operadoras conveniadas da UNIDAS foi suspenso (fl. 69);



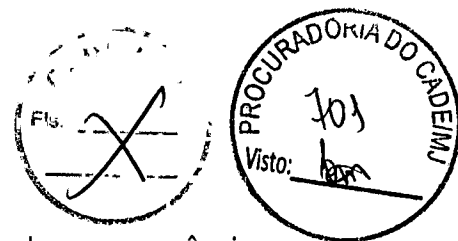
- e) Manifestação do CRM-MT (fls. 552/557), no qual o Conselho informa que “a prática, por profissional médico de valores inferiores aos sugeridos na CBHPM poderiam ser considerados infração ética nos artigos que tratam de remuneração profissional e relação entre médicos”;
- f) Documento expedido pelo médico Rui Sérgio Duarte, no qual esclarece: “visando cumprir o que foi decidido pelo SINDIMED e o CRM em uma assembleia no dia 13/06/2005, isto é, que a partir de 01/07/2005, fossem paralisados os atendimentos aos convênios da rede Unidas, devido à inexistência de contrato de prestação de serviços Junto às operadoras de planos de saúde”; alegou, ainda, no mesmo documento, que o mesmo não está impelido por quaisquer motivos de ordem pessoal, apenas está sendo “solidário” com as decisões da sua categoria (fl. 74);

46. Tais documentos determinam a adoção da CBHPM como padrão mínimo de remuneração, tendo caráter nitidamente obrigatório para os médicos do Estado de Mato Grosso. Aliás, a instauração de processos éticos disciplinares representava uma inquestionável ameaça para aqueles profissionais que não acatassem os valores mínimos previstos na tabela.

47. Dessa forma, os autos demonstram que as Representadas, em conjunto, adotaram medidas tendentes à imposição da CBHPM à classe médica, sob pena de imposição de retaliação.

48. Nesse ponto, a defesa das Representadas destaca que a tabela não ostenta caráter vinculante, mas constitui mero referencial para a classe médica brasileira.

49. 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 a mobilização para a sua imposição, também se configuraria como infração contra a ordem econômica.



50. Isso porque a infração contra a ordem econômica se caracteriza 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).

51. 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 (...)

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

53. 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.

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 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 Penal); 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.

54. 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 (intenção de impor tabela uniformizadora de preços) por quem detenha posição dominante no mercado relevante (entidades associativas representativas da classe médica) tenha por objeto causar danos à concorrência e, por via de consequência, ao consumidor.

55. Ainda quanto ao ponto, vale registrar que a elaboração de tabelas de preços por órgãos com efetiva influência sobre aqueles que exercem determinada profissão, 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.

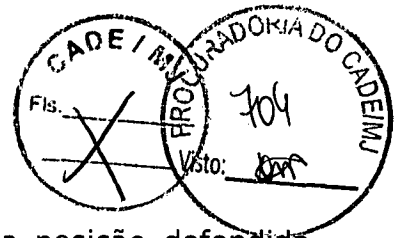
56. Dessa forma, a distribuição e estímulo à adoção de uma tabela uniformizadora de preços, notadamente pelas entidades que representam a cúpula associativa da classe médica matogrossense, certamente detentoras de poder de influência sobre a referida classe profissional, constitui infração à ordem econômica,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

57. De todo modo, especificamente no caso dos autos, o que se observa foi a adoção pelas Representadas de medidas que em seu conjunto buscavam a efetiva vinculação dos profissionais à CBHPM. O caráter impositivo da conduta é comprovado nos autos pelos documentos acima elencados.

58. Partindo dessas considerações, 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 fundamenta a punição dos médicos por infração da ordem pelo CRM-MT. Os instrumentos sancionatórios, constantes dos trechos acima transcritos, bem revelam que a imposição da tabela à classe médica vinha acompanhada de mecanismos de coerção tanto de natureza ética quanto disciplinar.

59. Vê-se que, nas condições em que realizada, a tentativa de uniformização artificial de preços por agentes privados configurou agressão ao bem-estar econômico.

60. Ademais, a adoção de tabela de preços desconsidera a realidade de cada prestador do serviço, por igualar por presunção realidades distintas, de modo que alguns prestadores possam usufruir de vantagem indevida em detrimento de outros em determinadas situações.



61. Nesse sentido, é juridicamente coerente a posição defendida pela Superintendência-Geral de que, 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 matogrossense 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).

III – CONCLUSÃO

62. Diante do exposto, entende-se que é juridicamente coerente a recomendação da Superintendência-Geral de aplicação das sanções pertinentes, em razão da sustentada configuração de 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.

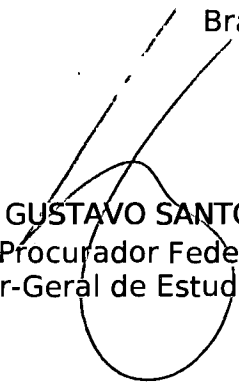
63. À consideração superior (Coordenação-Geral de Estudos e Pareceres).

Brasília (DF), 6 de agosto de 2013.


FERNANDA CUNHA GOMES
Procuradora Federal

Brasília (DF), 30 de julho de 2013.

1. De acordo.
2. Ao Procurador-Chefe.


DANIEL GUSTAVO SANTOS ROQUE
Procurador Federal
Coordenador-Geral de Estudos e Pareceres