

FERNANDO FURLAN
PROCURADOR GERAL

SCN QUADRA 2 BLOCO C
BRASILIA-DF 70754-510
(61) 426-8599 - 426-8476
FAX: (61) 326-9733

INTERNET
www.cade.gov.br
fernando.furlan@cade.gov.br



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Procuradoria

Fls. nº 219
JV

PROCURADORES FEDERAIS:

ADRIANA P. DE MENDONÇA (COORD)
KARLA M. MARTINS SANTOS (COORD)
LÍLIAN CASTRO RODRIGUES
MARCELO KALLIL GRIGOLLI
MARIA ABADIA ALVES (COORD)
SÍDIO R. DE MESQUITA JÚNIOR
SIMONE M. A. LEITE FERREIRA

PARECER ProCADE N° 204/2002
PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 08012.001098/2001-84
REPRESENTANTE: COLÉGIO BRASILEIRO DE RADIOLOGIA
REPRESENTADO: COMITÊ DE INTEGRAÇÃO DE ENTIDADES FECHADAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - CIEFAS
RELATOR: Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO - PRÁTICAS RESTRITIVAS CONFIGURADAS - ADOÇÃO DE CONDUTA COMERCIAL UNIFORME - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO PLENÁRIO DO CADE - PARECER PELA CONDENAÇÃO.

Senhor Procurador-Geral,

Versam os Autos sobre Representação protocolada da Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ, tendo por Representante COLÉGIO BRASILEIRO DE RADIOLOGIA e por Representado COMITÊ DE INTEGRAÇÃO DE ENTIDADES FECHADAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - CIEFAS, tendo por objeto a prática de condutas elencadas no art. 20, I e IV e art. 21, II, da Lei n° 8.884/94, ou seja, prejudicar a livre

concorrência, obtendo ou influenciando a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Fls. nº 220
Ju

RELATÓRIO

Ao Relatório de fls. 209/213, acrescento que o Sr. Secretário de Direito Econômico, adotando o Parecer da SDE/MJ, concluiu pela ocorrência das infrações previstas nos dispositivos retro citados, com prejuízo à livre concorrência no mercado de prestação de serviços médicos, decidindo pela remessa dos Autos ao CADE para julgamento.

FUNDAMENTAÇÃO

DA REPRESENTAÇÃO

A Conduta objeto da Representação que originou o presente Processo Administrativo estaria enquadrada como *obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes* (art. 21, inciso II da Lei nº 8.884/94). Esta conduta teria o condão de gerar os efeitos previstos nos incisos I e IV do art. 20 da Lei Antitruste, ou seja, *limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa e exercer de forma abusiva posição dominante*.

DA DEFESA

Em suas manifestações às fls. 77/84 e 194/200, o Representado alegou que além de negociar valores de referência com prestadores de serviços - sem contudo interferir no processo administrativo e decisório de suas filiadas - o CIEFAS também elabora estudos técnicos em assistência

médica e odontológica contando com profissionais de saúde dos quadros de suas filiadas.

Sustentou, ainda, que a citada Tabela CIEFAS/AMB não guarda nenhuma relação com a denúncia formulada pelo COLÉGIO BRASILEIRO DE RADIOLOGIA, da mesma forma que o contrato ASSEFAZ e UROCAP, por referir-se este último à especialidade distinta da radiologia.

Defendendo não haver prova de conduta infrativa à ordem econômica, requereu o arquivamento da Representação.

DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Na delimitação do mercado relevante, sob o aspecto do produto, cumpre verificar a substituíbilidade entre os produtos, sob o aspecto do consumidor. Em outros termos, a dimensão do produto (*product market*) diz respeito às características do produto ou serviço comercializado, ao seu caráter único ou intercambiável, à sua homogeneidade, utilidade etc., as quais determinam, normalmente do ponto de vista do consumidor, os respectivos graus de substituíbilidade (Rittner, Wettbewerbs und Kartellrecht, 169)¹.

Quanto ao aspecto geográfico, cumpre transcrever a doutrina da i. ex-

¹ In, "Mercado relevante e defesa da concorrência" – José Del Chiaro F. da Rosa e Luiz Fernando Schuartz (Revista de Direito Econômico nº 21 – outubro/dezembro de 1995).

Conselheira do CADE, LÚCIA HELENA SALGADO²,
verbis:

Fls. nº 222/2
JW

"(...) Aqui, como no tratamento da dimensão produto, é importante lembrar que o conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico, de modo que a questão é onde o poder de mercado, se existente, pode ser exercido, ou seja, onde tem efeito a operação.

(...)O que caracteriza a delimitação geográfica do mercado é a intensidade das transações em um determinado território. Não existe tal coisa como uma dicotomia entre mercado nacional e mercado internacional. Um mercado pode compreender perfeitamente dois ou três países, duas ou três cidades, se a intensidade das relações comerciais entre essas unidades puder influenciar de forma determinante - as estratégias de crescimento e ocupação de mercado, ou seja, de concorrência, das firmas aí operantes."

O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva.

No sentido de que a delimitação do mercado relevante geográfico, considera também as possibilidades de entrada

² In, "O conceito de mercado relevante" (Revista de Direito Econômico - nº 26 - agosto/dezembro de 1997 - pg. 37).

ME

de novos concorrentes, a doutrina abaixo transcrita, **verbis**:

Fis. nº 23
11

"A dimensão espacial do mercado relevante (geographic market) foi definida por Hovenkamp (op. cit., 70; ver também Sullivan, op. cit., 67) como sendo constituída por uma área geográfica determinada do país, na qual uma empresa pode aumentar os seus preços sem que (i) um grande número de seus consumidores busque fontes alternativas de oferta localizadas fora da referida área, ou (ii) ofertantes localizados fora da mesma possam, rapidamente, nela penetrar com produtos substitutos.

Geograficamente, um mercado relevante pode ser local, regional ou nacional (sobre mercados internacionais, ver Sullivan, op. cit., 70-2). A área de concorrência real ou potencial pode ser qualquer área geográfica comercialmente significativa. Se os ofertantes de uma dada área tomam suas decisões de política empresarial e comercial sem ter que se preocupar com ofertantes localizados fora da referida área, então temos um mercado relevante especialmente considerado; se, ao contrário, os ofertantes devem preocupar-se com os ofertantes situados fora de sua respectiva área, seja porque estes podem, com um

27

relativo grau de facilidade, oferecer seus produtos ou serviços naquela ou, ainda, porque os demandantes podem buscar produtos ou serviços alternativos em outras áreas, então o mercado foi definido restritivamente demais." ³
(grifo nosso)

Dessa forma, define-se o mercado relevante para o presente processo, como sendo o de prestação de serviços médicos (especialidade radiologia) através de planos e seguros de saúde no território nacional, área de atuação do Representado.

DA ANÁLISE DAS CONDUTAS ANTITRUSTE NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Apesar do direito concorrencial brasileiro estar se desenvolvendo rapidamente, é sempre salutar recorrer ao direito comparado e às experiências de outros países. A Lei nº 8.884/94 embora declaradamente inspirada no modelo europeu adotou o sistema das autorizações do sistema norte-americano, em vez do sistema das isenções. Assim, no Brasil, o CADE exerce um controle a *posteriori* das práticas realizadas, que acabam por produzir efeitos plenos até serem formalmente proibidas pela autoridade antitruste.

O sistema antitruste europeu adota a metodologia das isenções com o escopo de flexibilizar a aplicação de suas normas, ou seja, as leis antitruste determinam a ilicitude de práticas restritivas da concorrência e, ao mesmo tempo, prevêm a possibilidade de sua legitimação mediante a

³ Op. cit. pág. 67/68.

concessão das isenções, admitem, pois, que a prática seja realizada pelos agentes econômicos, sem que lhes seja imposta qualquer sanção.

O direito concorrencial brasileiro filia-se, para a análise das condutas antitruste, ao princípio da razoabilidade. Distinguem-se, assim, em tese, duas hipóteses de ação econômica, ambas capazes de gerar responsabilidade do agente por danos: a esfera da ilicitude per se e a esfera da abusividade. No primeiro caso ocorre a transgressão de limites estabelecidos em lei. No segundo, o agente obedece os limites objetivos do preceito legal mas fere ostensivamente a destinação do direito, o espírito da instituição da concorrência. A determinação constitucional de que a lei puna o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros enquadra a legislação antitruste brasileira na segunda hipótese⁴.

Os acordos submetidos à regra da razão' devem ser analisados avaliando os seus benefícios pró-competitivos e aumentos da eficiência na atividade econômica. Segundo a doutrina de PAULA FORGIONI⁵: "Não obstante as discussões sobre a origem da regra da razão, deve-se destacar a técnica jurídica utilizada: quando aplicada, essa regra faz com que não haja a composição do suporte fático necessário à incidência da norma que determinaria a ilicitude do ato (no caso, o art. 1º do Sherman Act). Isto é, para que seja composto o suporte fático previsto na hipótese normativa, necessário se faz que a prática em questão restrinja a concorrência

⁴ In, FERRAZ, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico (Revista de Direito Econômico, nº 21, 1995, p. 25).

⁵ Op. cit., pág. 185/186.

de forma não razoável, sendo esse fator componente (indispensável) do mesmo suporte fático. Sem esse, o suporte fático não se completa, a incidência da norma é afastada e, por óbvio, suas consequências (a vedação, a ilicitude) não se produzem. Tem-se, então, como resultado, a licitude da prática restritiva da concorrência."(grifos acrescidos)

Conforme constante da Pesquisa Nacional 2000 do CIEFAS, a entidade possui cerca de 110 filiadas, entre associações, caixas de assistência, cooperativas e fundações.

O total de beneficiários atendidos pelas entidades filiadas ao Representado soma cerca de 7,2 milhões de pessoas em todo o país.

DA CONDUTA ESPECÍFICA

No OF.CIEFAS-MG077I.00 dirigido aos Hospitais e Clínicas Credenciados à Rede CIEFAS-MG (fls. 40), ficou consignado que **a confecção da Lista Referencial de Honorários CIEFAS-MG/2000, com a inclusão de vários procedimentos, está em andamento e, até que seja definitivamente implantada, as empresas e filiais adotarão na íntegra os honorários da Lista CIEFAS-MG/99, a partir dos pagamentos realizados em 01.12.2000, para os prestadores desta região.**

O que se denota do ofício acima, é a confecção de uma Lista de Honorários por parte do CIEFAS-MG, a ser observada pelas empresas e filiais, o que demonstra a prática de obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou

concertada entre concorrentes (art. 21, inciso II da Lei nº 8.884/94).

A simples elaboração de uma Lista Referencial, demonstra que as negociações para fixação de preços de honorários e procedimentos médicos não decorre de livre negociação entre as filiadas ao Representado e os prestadores de serviço, considerando os custos e a área geográfica de atuação de cada empresa, mas, tão somente, a unificação de uma Lista para todos os filiados, o que implica necessariamente em interferência na livre formação de preços.

A alegação do Representado de que não interfere no processo administrativo e decisório de suas filiadas fica prejudicada ante a presença de uma Lista Referencial única, a ser observada pelas entidades filiadas, conforme comprovado pelos ofícios de fls. 40/41. As Listas, por sua vez, foram juntadas às fls. 42/53.

Tal conduta prejudica a livre concorrência na medida em que retira das entidades filiadas a livre administração dos preços e o poder de negociação com cada prestador de serviços médicos.

DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

A jurisprudência do CADE consubstanciada em julgamentos de casos semelhantes, tornou pacífico o entendimento de que a imposição de tabelas e a fixação do percentual de honorários médicos é conduta que prejudica e interfere nos mecanismos de formação de preços dos serviços médicos e hospitalares.

No mesmo sentido, o Voto do i. Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, no P.A. nº 08000.011518/94-06 onde figurou como Representante o CIEFAS e, como Representadas a Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe e Outras, **in verbis:**

"(. . .) A liberdade de mercado é princípio vital protegido pela legislação antitruste tanto do consumidor, quanto do ofertante, em arbitrar seu próprio preço, disputando as preferências do consumidor. O equilíbrio entre essas duas forças se dá de forma natural e qualquer tentativa de imposição artificial de preços é causa de mal-estar econômico.

. . .

Assim sendo, considero ilícita a conduta das Representadas, tipificada no art. 20, I c/c art. 21, I e II, da Lei 8.884/94. Condeno, pois, a Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe; a Sociedade Médica do Estado de Sergipe; o Conselho Regional de Medicina do Estado de Sergipe e o Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe a pagar, cada uma delas, a penalidade consistente em multa de 4.885 (quatro mil oitocentos e oitenta e cinco reais), correspondente a 5.000 UFIRs (cinco mil UFIR) - com base

ME

PAG. Nº 229
/W

nos artigos 23, III, e 25 da
mesma lei.

. . .

Condeno, ainda, com base no
art. 24, I, Lei 8.884/94 as
Representadas, a publicar esta
decisão, em meia página e a
suas próprias expensas, no
jornal de maior circulação na
capital do Estado de Sergipe,
por dois dias seguidos, em
duas semanas consecutivas.

Advirto as infratoras que a
continuidade da conduta
infrativa, após a decisão do
CADE, ou descumprimento dessa
decisão acarretam multa diária
de R\$ 4.885,00 (quatro mil
oitocentos e oitenta e cinco
reais), correspondente a 5.000
UFIRs (cinco mil UFIRs), com
fundamento no artigo 25 da Lei
8.884/94." (grifo nosso)

O recente julgamento do PA nº
08000.020425/96-71 reafirmou este
entendimento ao condenar o CIEFAS por
infração ao art. 20, incisos I e IV, c/c art.
21, inciso II da Lei nº 8.884/94, por induzir
a prática de conduta cartelizada entre
concorrentes.

M/

230
Pto. n.º 7

CONCLUSÃO

Diante do exposto, e considerando que as provas carreadas aos Autos são suficientes para caracterizar as práticas objeto da denúncia, opina esta Procuradoria, em consonância com o Parecer da SDE/MJ, pela condenação do Representado nos termos do art. 23, inciso III da Lei nº 8.884/94.

É o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 8 de abril de 2002.

Marcelo Kallil Grigolli
MARCELO KALLIL GRIGOLLI
PROCURADOR FEDERAL

FERNANDO FURLAN
PROCURADOR GERAL

SCN QUADRA 2 BLOCO C
BRÁSILIA-DF 70754-510
(61) 426-8599 – 426-8476
FAX: (61) 326-9733

INTERNET
www.cade.gov.br
fernando.furlan@cade.gov.br



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Procuradoria

Fls. nº 231

PROCURADORES FEDERAIS:

ADRIANA P. DE MENDONÇA (COORD)
KARLA M. MARTINS SANTOS (COORD)
LÍLIAN CASTRO RODRIGUES
MARCELO KALLIL GRIGOLLI
MARIA ABADIA ALVES (COORD)
SIDIO R. DE MESQUITA JÚNIOR
SIMONE M. A. LEITE FERREIRA

DESPACHO ProCADE Nº 291 /2002

De acordo. Aprovo o Parecer ProCADE nº 204/2002 da lavra do i. Procurador Federal Marcelo Kallil Grigolli no Processo Administrativo nº 08012.001098/2001-84 onde figura como representante COLÉGIO BRASILEIRO DE RADIOLOGIA e como representado COMITÊ DE INTEGRAÇÃO DE ENTIDADES FECHADAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – CIEFAS.

Ao i. Conselheiro-Relator.

Brasília – DF, 19 de abril de 2002.

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN
Procurador-Geral

RECEBIDO
Em, 19/04/02
As 15:44 h.
Catiame
CADE