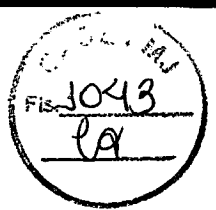




MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Gabinete do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro



Processo Administrativo nº 08012.005374/2002-64

Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS

Representados: Associação Médica da Paraíba, Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba, Conselho Regional de Medicina no Estado da Paraíba, Academia Paraibana de Medicina e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde.

Advogados: Antônio Barbosa de Araújo (SIMED e AMPB), Severino Celestino Silva Filho, Felipe Figueiredo Silva (APMED), Giselle Crosara Lettieri Gracindo (CRM), Vanessa Bitencourt Queiroz, Vânia de Araújo Lima Toro da Silva, José Luiz Toro da Silva (UNIDAS) e outros.

Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro

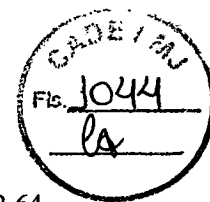
EMENTA: Processo Administrativo. Convolação. Organização de boicotes coletivos e ameaças a profissionais por entidades médicas. Mercado relevante de serviços médicos para planos de saúde. Pareceres da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF convergentes pela condenação das entidades médicas e arquivamento para a UNIDAS. Condenação da AMPB, SIMED-PB, CRM-PB e APMED. Verificação da ocorrência de infração concorrencial, nos termos do inciso I do art. 20, c/c incisos II e V do art. 21, ambos da Lei nº 8.884/94. Prejuízos ao mercado e aos consumidores. Aplicação de multa. UNIDAS. Arquivamento. Reduzido poder de mercado. Geração de eficiências compensatórias.

VOTO

I. DA REPRESENTAÇÃO

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 24/08/2004 com o intuito de apurar a existência de conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento no artigo 20, inciso I, c/c artigo 21, inciso II e V, todos da Lei nº 8.884/94¹.

¹ 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



2. Nos termos da Representação do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde² (“CIEFAS”, atual “UNIDAS”), a Associação Médica da Paraíba (“AMPB”), a Academia Paraibana de Medicina (“APMED”), o Sindicato dos Médicos da Paraíba (“SIMED-PB” ou “SIMED”) e o Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba (“CRM-PB” ou “CRM”) negociavam coletivamente com as operadoras de planos de saúde. Adicionalmente, as associações médicas teriam coordenado boicotes, sendo que os profissionais credenciados às operadoras de autogestão teriam deixado de prestar serviços aos beneficiários dessas empresas. Esses profissionais também eram submetidos a represálias, por meio da ameaça de abertura de processos disciplinares no âmbito do CRM.

3. Quanto à UNIDAS, o objeto do processo é a negociação conjunta em nome de suas filiadas.

4. O CRM-PB é uma autarquia, dotada de autonomia jurídica e financeira, que regulamenta a profissão médica. A AMPB é uma sociedade civil sem fins lucrativos que, segundo o artigo 2º do seu Estatuto Social (fls. 295), tem como finalidades, dentre outros: defender a categoria nos terrenos científico, cultural, ético, social e econômico, bem como lutar pela melhoria de suas condições de trabalho; defender, em Juízo ou fora dele, os interesses de seus associados, desde que possam acarretar benefícios para toda a classe médica. O SIMED-PB tem por finalidade a coordenação, proteção e representação legal dos sindicalizados. Nos termos do art. 7º, “b”, de seu Estatuto Social, os filiados têm o dever de acatar as decisões da assembleia geral, estando sujeitos a penalidades naqueles casos em que não cumpram as deliberações das Assembleias (vide art. 8º e seguintes). Já a Academia Paraibana de Medicina é uma instituição sem fins lucrativos, “composta por 40 (quarenta) confrades, pessoas do mais alto conceito, respeitabilidade e voltados para o estudo de temas científicos, culturais, ensino universitário e defesa da dignidade da classe médica paraibana”. (fl. 100)

alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...) 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; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços. Correspondentes ao art. 36 e incisos da Lei nº 12.529/2011.

² Protocolada em 06/08/2002 (fls. 02-16).



5. Por fim, atuando na outra ponta do mercado, a UNIDAS é uma entidade associativa sem fins lucrativos, fundada em 25 de junho de 1992, que representa o segmento de operadoras de planos de saúde na modalidade de autogestão no Brasil. A entidade atua por meio de 27 Superintendências Estaduais que congregam mais de 140 instituições e cerca de 5 milhões de beneficiários em todo o território nacional. No Estado da Paraíba, a UNIDAS é composta, dentre outras, por AFRAFEP (Associação dos Fiscais de Rendas e Agentes Fiscais da Paraíba), CASSI (Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil), CEF (Caixa Econômica Federal), ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e PETROBRAS.

II. DO ANDAMENTO PROCESSUAL

6. No Volume 1, às fls. 02-87, consta a representação do CIEFAS. À fl. 100 constam informações prestadas pela APMED. Às fls. 101-184, 190-221 (346-365) e 339-342 constam listas dos médicos registrados no CRM, na AMPB e no SIMED, respectivamente.

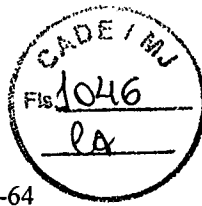
7. No volume 2, às fls. 241-277, constam informativos e termos de audiência relacionados a conduta da AMPB. Às fls. 280-288 e 386-394 constam defesas conjuntas do Sindicato, da Associação e da Academia. Às fls. 368-379 consta despacho de instauração do processo administrativo.

8. No volume 3, à fl. 647, constam respostas de ofícios³.

9. No volume 4, às fls. 671-697, consta documento intitulado Levantamento de Informações sobre Negociações no Mercado de Saúde Suplementar. Às fls. 735-748, 814-817 e 849-864 constam defesas da UNIDAS, APMED, SIMED, respectivamente. Às fls. 805-810 consta proposta de TCC.

10. No volume 5, às fls. 923-934 constam alegações finais da UNIDAS. Às fls. 935-987, 994-1006 e 1008-1023 constam os pareceres da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF, respectivamente.

³ Em 18/02/2010, a SDE encaminhou ofícios para diversas operadoras de planos de saúde com o objetivo de compreender o contexto e o processo de negociação entre estas e os prestadores quanto aos valores e reajustes dos serviços médico-hospitalares. As respostas totalizaram 11 volumes de documentos, os quais foram digitalizados.



III. DOS PARECERES JUNTADOS AOS AUTOS

11. A Superintendência-Geral (“SG”) decidiu pela convolação do Processo Administrativo e apresentou as seguintes conclusões:

Conclui-se que as provas constituídas no feito demonstram a caracterização indubitável das infrações contra a ordem econômica, conforme artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos II, X e XXIV, ambos da Lei nº 8.884/94⁴. Nesse passo, recomenda-se: nos termos do art. 74 da Lei nº 12.529/2011 e art. 156, §1º, do Regimento Interno do Cade, que sejam remetidos os presentes autos ao Tribunal Administrativo do Cade para julgamento, opinando-se pelo arquivamento do presente feito em relação à União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Por outro lado, no que diz respeito à Associação Médica da Paraíba – AMPB, à Academia Paraibana de Medicina – APM, ao Sindicato dos Médicos da Paraíba – SIMED-PB e ao Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba – CRM-PB compreende-se que as provas constituídas no feito demonstram a caracterização indubitável das infrações contra a ordem econômica. Nesse passo, recomenda-se, o encaminhamento do feito ao Tribunal para julgamento, opinando-se pela condenação da Associação Médica da Paraíba – AMPB, da Academia Paraibana de Medicina – APM, do Sindicato dos Médicos da Paraíba – SIMED-PB e do Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba – CRM-PB pela prática de infrações à ordem econômica. (fl. 986)

12. A Procuradoria do CADE acompanhou integralmente as conclusões da Superintendência-Geral. Sobre as ações da UNIDAS, entendeu que elas não teriam gerado consequências negativas ao mercado pelo fato de a organização não deter suficiente poder de compra. No que tange ao CRM, ressaltou que este teria fugido de suas atribuições legais, que seria de fiscalização e busca do respeito à ética médica, para usar seu poder institucional inadequadamente para atuar num verdadeiro espírito de corpo de Entidade de Classe. As outras entidades médicas igualmente teriam abusado dos seus respectivos poderes.

13. O MPF seguiu integralmente as conclusões da Superintendência-Geral e da ProCADE. Em seu parecer, destacou que a resolução do CFM não previa qualquer tipo de sanção aos médicos e que, a despeito disso, houve a divulgação pelos representados da possibilidade de sanções aos profissionais que não obedecessem aos valores constantes da tabela. Além disso, os boicotes não estariam amparados pelo conteúdo da liberdade

⁴ Os Artigos correspondentes na Lei nº 12.529/2011 são: Art. 36, incisos I, II e IV, Art. 36 § 3º inciso II e VIII.



associativa, constituindo em abuso do direito de associação. Igualmente, não estariam amparados pelo direito de greve, visto que este vige nas relações de natureza trabalhista.

IV. DAS DEFESAS E MANIFESTAÇÕES

a. Das Defesas das Entidades Médicas

13. O SIMED-PB, AMPB e APMED protocolaram defesa conjunta (fls. 386-394), alegando que havia ocorrido perda do objeto da representação, uma vez que o desentendimento entre as partes, relacionado à renovação contratual e reajuste de honorários, havia sido superado, pondo fim a qualquer paralisação na prestação de serviços a beneficiários de planos de saúde de autogestão.

14. Afirmam, ainda, que as entidades Representadas não estariam cartelizando e dominando o mercado. Além de não serem empresas e não terem finalidade lucrativa, os médicos apenas teriam ameaçado não renovar os contratos ou denunciá-los caso não fossem suprimidos redutores nos valores ou não fossem reajustados os valores neles previstos.

15. Informaram ainda que os contratos de credenciamento são feitos de forma individual, pelos associados, sem que as entidades Representativas tenham qualquer ingerência sobre eles. Os Representados somente estariam exercendo seu dever de defender os direitos e interesses da categoria, buscando preservar a dignidade profissional, que inclui remuneração condigna.

16. Afirmaram que punir as entidades médicas por orientarem seus profissionais seria negar-lhes o direito ao associativismo e representatividade assegurados pela Constituição do país.

17. A Academia Paraibana de Medicina argumentou ainda pela ocorrência de prescrição administrativa da pretensão punitiva (fl. 815), visto que já se teriam passados 11 anos do protocolo da denúncia. Argumentou ainda que a APMED teria sido conduzida por um gestor à época, mas que pelo seu estatuto não poderia ter ingressado em disputas remuneratórias. Por fim, ressaltou que os prestadores de serviços médicos seriam parte hipossuficiente na relação.

A handwritten signature in dark ink, located at the bottom right of the page.



b. Da Defesa da UNIDAS

18. Em sua defesa (fls. 923-934), a UNIDAS alegou que cada filiada tinha total liberdade de estabelecer as suas condições de negociação, inexistindo em seu estatuto social qualquer obrigação por parte delas de se pautarem apenas nos índices ou valores de referência estabelecidos em negociações. Além disso, os contratos entre as filiadas e os profissionais seriam celebrados individualmente, sem participação da Representada.

19. Ademais, argumentou que a própria orientação da Secretaria de Defesa Econômica, em face da Consulta nº 08700.003890/2007-19 evidenciava a inexistência de ilícito concorrencial no estabelecimento de valores referenciais quando os associados não fossem obrigados a adotá-los.

20. Por fim, requereu o julgamento pela improcedência do processo administrativo em relação à UNIDAS.

V. DA ANÁLISE

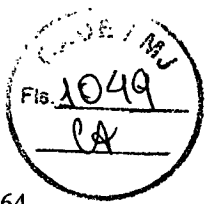
a. Das Preliminares

21. No que tange às preliminares, acolho integralmente a análise e as conclusões da SDE às fls. 654-656, não se verificando, assim, a procedência da defesa das Representadas.

22. As Representadas arguíram (i) ilegitimidade passiva por ausência de caráter empresarial e (ii) perda de objeto do processo, em função de acordo entre as partes. Apenas ressaltando a conclusão da SDE, não há qualquer isenção legal a quaisquer entidades representativas, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.884/94, bem como a prevenção e a repressão às infrações econômicas não refletem interesses particulares, mas sim público.

23. Adicionalmente, em relação à alegação de prescrição, vale notar que a Averiguação Preliminar foi instaurada em 28 de julho de 2003, dentro do prazo legal de 5 anos. Com a instauração, interrompeu-se a prescrição, nos termos do art. 28, § 1º, da lei nº 8.884/94.

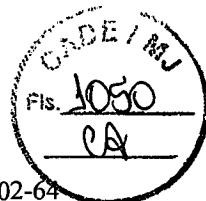
24. Igualmente não merece acolhimento o argumento da APMED de que o gestor à época teria desrespeitado o Estatuto Social ao ingressar em questões remuneratórias também não merece acolhida. Os representantes das organizações respondem por elas, sendo que necessariamente, por óbvio, as infrações cometidas por organizações são praticadas por seus representantes legais.



25. Por fim, é importante apresentar algumas considerações sobre a competência do CADE sobre os segmentos de assistência médica à saúde, já que a medicina é uma atividade que não deve se sujeitar à mercantilização. Essa vedação diz respeito a uma exigência ética à atividade do profissional e tem por objetivo claro limitar-lhe as motivações em torno da promoção de intervenções e exames no paciente que a ele lhe confia diagnóstico ou tratamento de saúde. Os motivos de condicionar o exercício da medicina a uma ética normalmente estão ligados à assimetria de informação na prestação do serviço e, mais modernamente, ao controle dos custos que lhe maximize o acesso. Frequentemente intervenções ou exames médicos importam em riscos para a saúde dos pacientes. Os pacientes dificilmente têm informação suficiente para escolherem sobre tais intervenções ou exames. Em nossa sociedade o médico é o profissional que após formação rigorosa deve estar apto para auxiliar ou realizar estas escolhas. Desta combinação de características resulta que a maximização de bem estar da sociedade depende de que o profissional escolha os procedimentos segundo o melhor interesse da saúde do paciente – melhor resultado esperado e menores riscos. Qualquer conduta que se desvie desta ética poderá impor aos pacientes e à sociedade gastos desnecessários, lesões, enfermidades e até mesmo perdas de vidas humanas.

26. No atual Código Brasileiro de Ética Médica a vedação ao exercício mercantilista da atividade está previsto sinteticamente no art. 58. O detalhamento da sentença-síntese é o objeto dos artigos seguintes do diploma normativo (art. 59 a 72), como, por exemplo, “Art. 62. Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente” e “Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.”. É claro se tratar de capítulo de proibições incidentes sobre as escolhas do profissional enquanto no desempenho da atividade fim da medicina (conservar ou melhorar saúde do paciente).

27. Sendo uma norma de conduta, de dever-ser, é evidente que no mundo dos fatos é possível ocorrer o indesejado exercício mercantil da atividade médica. Ou seja, como qualquer outra norma, não é possível excluir aprioristicamente que eventos de desvio podem ser apurados. O mandato para tais apurações no Brasil está reservado aos Conselhos de Medicina.



28. O exercício não mercantilista da medicina é, portanto, uma limitação que integra o conteúdo da forma socialmente aceita de prestação destes tipos de serviço. Isto não significa que não há direito ao médico de perceber remuneração pelos serviços prestados. Isto fica explícito no Código de Ética Médica na medida em que se estabelece que é direito do médico “estabelecer seus honorários de forma justa e digna”. A interferência indevida no modo de estabelecimento dos honorários por serviços médicos pode infringir não apenas a regulação setorial mas também a ordem econômica. É neste ponto que entra em cena a competência do CADE para garantir a higidez desta ordem, na qual pode se inserir a atividade médica em sentido estrito⁵.

29. Dito de outra forma, o exercício profissional da medicina pode se dar de forma remunerada ou não, observados padrões éticos autodeterminados de escolhas de tratamento e de diagnóstico. A atuação do médico enquanto profissional liberal renumerado, impõe que o mesmo exerça sua liberdade em escolher quais valores exigir dos pacientes para atendimento. Esta precificação pode ser direta, do próprio paciente atendido de forma particular, ou indireta, através de valores contratualizados via operadora de plano de saúde do mesmo. Esta atividade comercial, inerente ao exercício da profissão, cria oportunidades de remuneração explorando situações de mercado, e ao mesmo tempo cria incerteza, pois não há obrigação, dentro da ordem econômica, da outra parte aceitar o valor cobrado. Na sobreposição entre este funcionamento da ordem econômica e a regulamentação da profissão da medicina não há dúvida sobre a legitimidade da atuação do CADE sobre os segmentos de serviços de assistência médica à saúde.

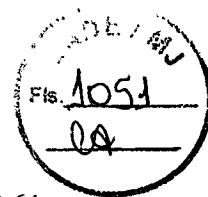
b. Do Mérito

a) Do Mercado Relevante e do Poder de Mercado

30. Tradicionalmente, a análise antitruste inicia-se pela definição do mercado relevante, a fim de se verificar o *locus* em que se dá a concorrência⁶. Acompanhando entendimento

⁵ Em outra passagem deste voto cito que Poder Judiciário afirmou que a edição de tabela de preços de serviços não está compreendida na competência para *fiscalizar o exercício ético da medicina*, competência dos Conselhos de Medicina conforme Lei nº 3.268/1957.

⁶ “O mercado relevante é o menor mercado para o qual a elasticidade da demanda e da oferta são suficientemente baixas que uma firma com 100% desse mercado possa de forma lucrativa reduzir oferta e



da SG, o mercado relevante, na dimensão produto, é formado pela prestação de serviços médicos para planos de saúde. Este é o mercado em que ocorreram as negociações objeto da presente análise, não havendo qualquer substituto próximo que pudesse implicar em um mercado relevante mais amplo⁷.

31. Já na dimensão geográfica, verifica-se que tanto os médicos quanto os consumidores não tendem a percorrer grandes distâncias para que a prestação do serviço seja realizada⁸. Segundo o Documento de Trabalho nº 46 da SEAE/MF⁹:

a maioria das respostas, dos agentes que prestam serviços de apoio à medicina diagnóstica e/ou serviços médico-hospitalares, indica que, normalmente, os raios de atuação não são muito extensos, entre 20 a 30 km ou 30 a 40 minutos.

32. Com isso, é pouco provável que um número significativo de indivíduos que necessitavam de atendimento médico estivesse disposto a sair do Estado da Paraíba para buscar médicos das várias especialidades nos Estados limítrofes. Dessa forma, define-se o mercado relevante, em sua dimensão geográfica, como o Estado da Paraíba.

33. Definido o mercado relevante, passa-se à análise da detenção de poder de mercado. Sobre este tema, a Superintendência-Geral assim resumiu seu entendimento:

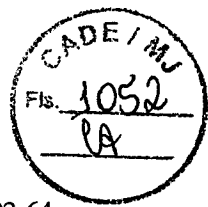
Dessa forma, considerando que (i) o profissional deve estar credenciado ao CRM do seu respectivo Estado para o regular desenvolvimento de suas atividades; (ii) para manter regular a sua inscrição no Conselho, os médicos devem respeitar e acatar as decisões da entidade profissional; (iii) pela edição da RP nº 253/2004, obrigou-se a utilização da CBHPM segundo os parâmetros definidos pela CEHM, determinando a adesão aos movimentos da categoria e bem como o respeito às decisões assembleares; instituiu-se a possibilidade de repreensão, via CRM, dos profissionais que não acatassem as decisões da Comissão Estadual, havendo inequívoca situação de poder de influência das entidades Representadas.

*aumentar substancialmente os preços acima do custo marginal [...] é simplesmente outra forma de dizer que (1) não é possível para os consumidores encontrarem substitutos adequados em resposta ao aumento de preços; e (2) outras firmas não conseguirão entrar no mercado em questão ou não poderão alterar suas próprias linhas de produção para competir com a empresa que aumentou os preços." HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. St. Paul : West Group, 1999, p. 83.*

⁷ Poder-se-ia considerar um mercado relevante mais restrito, dividido por especialidade médica. Contudo, isso tornaria a análise muito mais complexa, sem qualquer alteração no resultado final.

⁸ ALMEIDA, Sílvia; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Cooperativas Médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem-estar?** Textos para Discussão 263, julho de 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6894>>.

⁹ SANTOS, Thompson. **Determinação de Mercados Relevantes no Setor de Saúde Suplementar**. SEAE/MF Documento de Trabalho nº 46. Março/2008.



34. Acompanhando entendimento do órgão parecerista, entendo que não seria preciso avaliar o número de médicos associados a cada instituição para mensurar a participação de mercado de cada um a fim de se avaliar a existência de poder de mercado, até porque o CRM congrega todos os profissionais do Estado. Com isso, agindo em conjunto, inclusive por meio da Comissão Estadual de Honorários Médicos, o poder de influência no mercado é somado, de forma que a atuação concertada deles é suficiente para criar um monopólio, reforçado pela pressão de diferentes entidades, no mercado médico do Estado da Paraíba.
35. Exemplo deste reforço é visto na Resolução CRM-PB Nº 115/2002¹⁰, que por ser proveniente do CRM, é de observância obrigatória para todos os médicos:

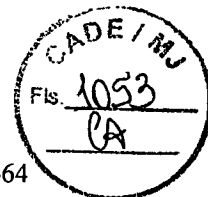
Art. 3º - Os médicos que mantiverem de alguma forma relação com as entidades médicas acima citadas [AMPB, SMPB, APMED e CIEFAS] devem ser solidários ao que foi decidido em Assembleia Geral Extraordinária da sua categoria.

36. Dessa forma, conclui-se que as entidades Representadas tinham efetiva capacidade para influenciar e induzir a adoção de comportamento uniforme dos médicos no Estado da Paraíba. Em relação à UNIDAS, a análise do poder de mercado será apresentada no item subsequente, tendo em vista sua peculiaridade.

b) Da Conduta do CIEFAS/ UNIDAS

37. Quanto à UNIDAS, a denúncia refere-se à negociação coletiva de serviços médicos em nome das suas filiadas. Importante ressaltar que a aquisição conjunta ora analisada não é uma prática secreta, de difícil detecção, como um cartel clássico, o que demandaria maiores preocupações concorrenciais. Contudo, ainda assim a prática pode ter efeitos anticompetitivos passíveis de punição, visto que elevam o poder de mercado do comprador.
38. Em teoria, a depender das características dos mercados envolvidos na cadeia, pode-se verificar a ocorrência de monopsônio/ oligopsônio com efeitos nocivos à concorrência. Em uma análise mais simples, essas situações seriam benéficas para o consumidor final, visto que o preço mais barato do insumo poderia refletir em preços finais mais baixos.

¹⁰ Estabelece normas para observância dos artigos 77,78 e 80 do Código de Ética Médica.



Contudo, diferentemente do modelo de concorrência perfeita, o monopsonista tende a adquirir menos insumos e a ofertar menos produtos, gerando peso-morto na economia, além de apoderar-se de renda dos consumidores finais¹¹. Ainda nesta linha:

*"§3.8 Monopsony. Monopsony is often thought of as the flip side of monopoly. A monopolist is a seller with no rivals; a monopsonist is a buyer with no rivals. A monopolist has the power over price exercised by limiting output. A monopsonist also has power over price, but this power is exercised by limiting aggregate purchases. Monopsony injures efficient allocation by reducing the quantity of the product or service below the efficient level. (...) Antitrust law has been slow to develop a coherent set of principles for assessing monopsony power. One reason for this is that many firms possessing monopsony power in the purchase of goods or services also possess monopoly power when the goods or services are resold."*¹²

13. Em termos mais concretos, se a negociação coletiva gerar preços de insumos inferiores ao que seriam fixados em um mercado competitivo, haveria efeitos negativos, tais como falta de investimentos e deterioração da qualidade dos serviços prestados¹³. No mercado de saúde suplementar, isso poderia ser traduzido em médicos optando pelo descredenciamento dos planos de saúde, diminuição das horas dedicadas a pacientes dos planos ou redução da qualidade ou do tempo dispensado às consultas.

39. Por outro lado, é possível que a aquisição conjunta gere eficiências, que venham a beneficiar, em última instância, os consumidores finais. No caso da UNIDAS, a negociação conjunta reduz custos de transação, além do que suas Representações Estaduais auxiliam as entidades filiadas com estudos técnicos, o que pode representar uma maior capacidade de avaliação dos serviços médicos a serem credenciados. Ademais, ressalte-se que nesta aquisição conjunta não se discute a quantidade comprada por cada membro, o que aumentaria os riscos concorrenciais, visto que facilitaria a colusão das empresas na produção e comercialização de bens finais. Dessa forma, a conduta perpetrada pela

¹¹ Gregory Werden, *Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light*, 74 ANTITRUST L.J. (forthcoming 2008) (manuscript at 2, n.5)

¹² SULLIVAN, L; GIRMES, W. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*, p.137/138. Thomson/West (2006). *"§3.8 Monopsônio. Monopsônio é usualmente entendido como o lado oposto do monopólio. Um monopolista é um vendedor sem rivais; um monopsonista é um comprador sem rivais. Um monopolista tem poder sobre o preço exercido limitando a saída. Um monopsonista igualmente tem sobre o preço, mas esse poder é exercido limitando compras agregadas. Monopsônio prejudica a alocação eficiente [de recursos] reduzindo a quantidade de produto ou serviço abaixo do nível eficiente. (...) A lei antitruste tem sido lenta para desvendar um grupo coerente de princípios para acessar [ou, aplicáveis ao] o poder de monopsônio. Uma razão para isso é que muitas firmas que possuem poder de monopsônio na compra de bens ou serviços também possuem poder de monopólio quando os bens ou serviços são revendidos"*.

¹³ Havighurst, Clark C., "Antitrust Issues in the Joint Purchasing of Health Care" (1995). *Duke Law Faculty Scholarship*. Paper 664. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/664>.

UNIDAS não pode ser considerada como a de um cartel de compras clássico, vez que é possível observar eficiências resultantes da integração nas funções de aquisição e negociação de valores de serviços médicos para seus filiados¹⁴.

14. Em relação à jurisprudência do CADE, já houve diversas condenações da UNIDAS, enquanto ainda constituída como CIEFAS. Essas condenações ocorreram em função da “*prática de induzir suas entidades filiadas à prática de conduta cartelizada entre concorrente*”, como na imposição de valor de coeficiente de honorários médicos (CH) no Distrito Federal¹⁵. Contudo, o CADE não analisou os potenciais efeitos anticompetitivos da negociação coletiva das autogestões, coordenadas pela UNIDAS.

15. Feitas essas considerações, se a conduta ora em análise apresenta tanto eficiências quanto riscos concorrenciais, é necessário analisar o efeito líquido, baseado na regra da razão, para se concluir sobre a ocorrência ou não de infração. Para tanto, inicia-se pela análise da estrutura do mercado, sobre o qual é importante apresentar sua amplitude. Conforme bem esclarecido pela SEAE no Documento de Trabalho nº 46 supracitado, para a presente análise o que importa não é a comercialização de planos de saúde, mas sim o mercado de serviços médicos a beneficiários de planos de saúde. Com isso, não há qualquer diferenciação entre os planos abertos e fechados, pois os médicos podem prestar seus serviços igualmente para um ou para outro.

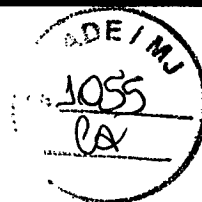
16. Dito isso, segundo dados da ANS¹⁶, em setembro de 2011, havia 364.038 (trezentos e sessenta e quatro mil e trinta e oito) beneficiários de assistência suplementar no Estado, enquanto que as filiadas à UNIDAS congregavam pelo menos 92.298¹⁷ (noventa e dois mil duzentos e noventa e oito) beneficiários.

¹⁴ Segundo as autoridades antitruste americanas, a distinção entre cartel de compras e acordo de compra conjunto legítimo seria a existência de integração nas funções de compra, com geração de eficiências. Na ausência destas, haveria uma violação antitruste *per se*. FTC e DOJ. *Statement of Antitrust Enforcement Policy in HealthCare - Statement 7: Enforcement Policy on Joint Purchasing Arrangements Among Health Care Providers*. Disponível em: <http://www.ftc.gov/bc/healthcare/industryguide/policy/statement7.pdf>.

¹⁵ Processo Administrativo 08000.020425/96-71, de relatoria do Conselheiro Thompson Andrade. Ver também PA nº 08012.001098/2001-84 e 08012.002153/2000-72.

¹⁶ Fonte: <http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>.

¹⁷ Para encontrar tal número, a SDE levantou os dados de beneficiários por operadoras do Estado da Paraíba, discriminando quais operadoras eram filiadas à UNIDAS, segundo informações constantes nos autos e no site dessa Representada http://www.unidas.org.br/institucional/inst_filiadas.php. Acesso em 05 de agosto de 2011.



17. Com isso, verifica-se que a participação dessas filiadas alcançava 25,35% do total do mercado, de forma que os médicos ainda poderiam atender cerca de 75% do mercado em caso de tentativa de abuso pela UNIDAS. Ainda que o percentual esteja um pouco acima de 20%, quando há uma presunção legal de existência de poder de mercado, acompanho entendimento da Superintendência-Geral no sentido de que a ação da Representada não tinha condições de gerar prejuízos ao mercado. Isso porque o poder de compra não era suficiente para disciplinar, unilateralmente, as variáveis mercadológicas. Além disso, embora de forma não essencial para a decisão, havia independência das filiadas no que tange às suas atuações no mercado, bem como havia eficiências compensatórias decorrentes da negociação coletiva. Assim, não havendo prejuízos líquidos ao ambiente concorrencial, consequentemente também não se verificou ocorrência de infração à ordem econômica.

c) Da Conduta das Entidades Médicas

18. A presente análise não tem como foco a elaboração de tabelas médicas¹⁸, mas sim a negociação coletiva acompanhada de boicotes e paralisações, bem como ameaças a profissionais, por parte das entidades médicas. Passa-se, então, à apresentação das provas:

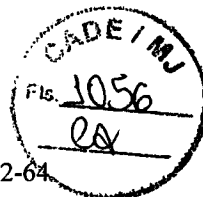
a) Ofício 21/02/AMPB, de 09 de maio de 2002, com os seguintes dizeres:

A Associação Médica da Paraíba em conjunto com o (...) Sindicato dos Médicos do estado da Paraíba, Academia Paraibana e participação do Conselho Regional de Medicina (...) deliberou encaminhar ao grupo CIEFAS as seguintes propostas:

- 1. Consulta Médica no valor de R\$ 30,00 (trinta reais);*
 - 2. Coeficiente de honorários 0,30 (trinta centavos) com base no rol de procedimentos da AMB/92 (...)*
 - 3. Credenciamento das Cooperativas de Especialidade (...)*
- Deliberou ainda que caso nossas propostas não sejam aceitas, após prazo legal, paralisar o atendimento com recebimento via convênio, a todos os planos de saúde do grupo CIEFAS, com exceção temporária ao plano GEAP. Portanto o usuário não deixará de ser atendido, apenas o recebimento dos honorários será na forma de contra recibo, direto com o usuário, que deverá ser reembolsado pelo convênio¹⁹. (fls. 63-64, grifos nossos)*

¹⁸ A existência de tabelas médicas é objeto de análise do Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71.

¹⁹ Nesse modelo, o paciente é reembolsado pelo valor do plano, devendo arcar com a diferença paga a mais ao médico.



- b) Carta assinada pela AMPB, SIMED e APMED e endereçada à diretora do CIEFAS/PB, comunicando a decisão de suspensão de atendimentos às entidades conveniadas a este Comitê:

Finalmente, em fins de maio do corrente, as entidades subscritoras do presente comunicado, vencidas pela indefinição reinante, decidiram fazer valer o decidido na AGE mencionada no sentido de suspender, por tempo indeterminado, a partir de 1º de agosto próximo, todas as entidades conveniadas ao CIEFAS/PB. (fl. 66-67)

- c) Nesse mesmo sentido, o informativo “Esclarecimentos aos Nossos Pacientes”, datada de 30 de julho de 2002, assinado pela AMPB, APMED e SIMED:

Esgotadas todas as possibilidades de diálogo, nós decidimos, dentro da lei, suspender a cobrança do atendimento aos planos de saúde. A partir do dia 1º de agosto as consultas, exames, raio-x, cirurgias, internações serão cobrados diretamente dos paciente que, de posse do recibo que será emitido, deverá receber do seu plano, que por contrato, tem obrigação de garantir a assistência médica aos seus usuários. (fl. 70)

- d) “Esclarecimento”, assinado pela AMPB, SIMED e APMED, publicado no jornal Correio da Paraíba, em 24/07/2002:

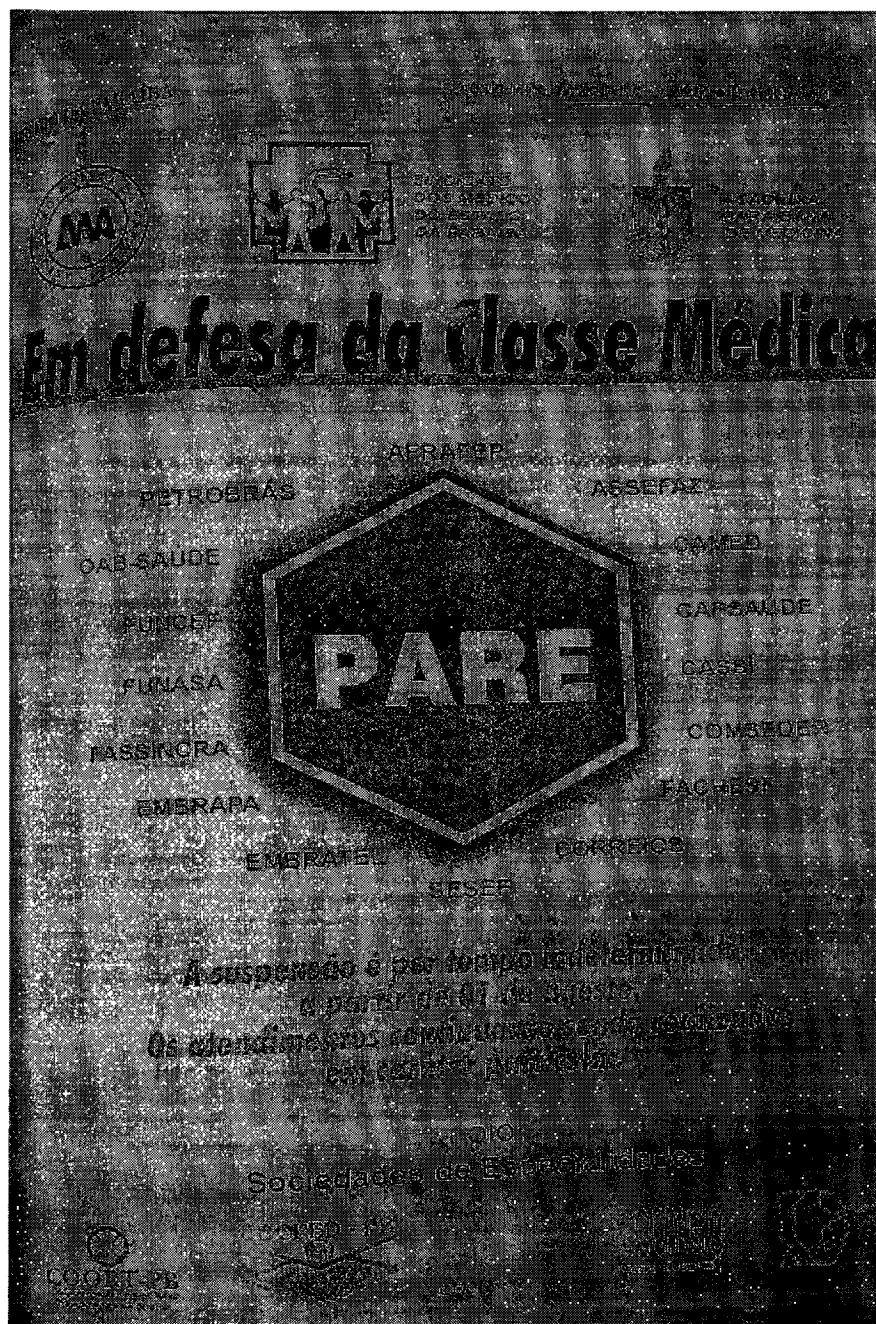
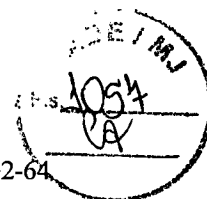
Entidade Médicas (sic): Esclarecimento

As entidades subscritas vêm esclarecer aos médicos paraibanos que NÃO É NECESSÁRIA A COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL de cada credenciado ao seu respectivo plano, para suspensão temporária, a partir de 1º de agosto próximo, do atendimento via planos de saúde que compõem o grupo CIEFAS (...) uma vez que essa comunicação já foi feita pelas entidades representativas da classe médica. (fl. 71)

- e) Comunicado da AMPB, SIMED e APMED, datado de 25/07/2002, publicado no Correio da Paraíba, sobre a suspensão do atendimento aos planos AFRAFEP, ASSEFAZ, CAMED, CAPSAÚDE, CASSI, CONSEDER, FACHESF, CORREIOS, SESEF, EMBRATEL, EMBRAPA, FASSINCRA, FUNASA, FUNCEF, OAB-SAÚDE E PETROBRÁS:

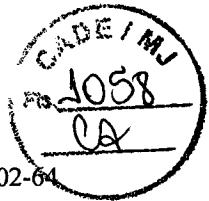
Em defesa da Classe Médica (...) A suspensão é por tempo indeterminado a partir de 01 de agosto. Os atendimentos continuarão sendo realizados em caráter particular” (fl. 72).

A handwritten signature, possibly of the Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, located at the bottom right of the page.



- f) “Nota de Esclarecimento” da AMPB, SIMED, APMED e Sociedades e Cooperativas de Especialidades, com “apoio ético do Conselho Regional de Medicina” informando sobre a suspensão de atendimento de beneficiários de planos de saúde em guia de atendimento. Para serem atendidos, os beneficiários deveriam pagar diretamente aos médicos uma quantia fixa de R\$ 30,00.

*Considerando finalmente que é vedado aos médicos assumirem emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria (Art. 77 do Código de Ética Médica).
Resolvem tornar público:*



1. A partir do dia 01/08/2002 será suspenso o atendimento aos convênios supra citados através de guias de prestação de serviços. Nossos honorários serão cobrados baseados na lista de procedimentos médicos da AMB/96 (CH = 0,30) e consulta no valor de R\$ 30,00, direto ao paciente, pelo sistema de contra recibo (...)

3. As ameaças contidas em nota jornalística do dia 14/07/2002 tais como: ambulatorios próprios, novos credenciamentos com atendimento por preços desleais, cooptação da rede hospitalar e acordos individuais espúrios são facilmente combatidas com a nossa união. Basta o colega ser ético, não ferir os princípios morais e a sua dignidade, evitando, assim o constrangimento de responder um processo ético junto ao CRM, órgão respaldado por lei.

Da mesma forma a ameaça feita pelo grupo CIEFAS em nota jornalística de 21/07/2002, não se faz necessário o comunicado individual a cada convênio, já que a assembleia legitimou as entidades médicas como seus representantes. (fl. 73)

g) Diversas notícias de Jornal relativas à matéria em questão (fls. 75 a 86)

19. Em relação à ameaça de punição aos médicos que não aderissem aos valores impostos e/ ou aos boicotes, constam as seguintes provas:

h) “Carta aos Colegas”, de 17/07/2002, encaminhada pela AMPB, SIMED, APMED, Sociedades de Especialidades e Cooperativa de Especialidades informando sobre a suspensão dos atendimentos:

A Associação Médica da Paraíba (AMPB) em conjunto com todas as Sociedades de especialidades, as Cooperativas de Especialidades e a participação do Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, (...) deliberou em sua pauta o seguinte:

deixar de atender o usuário, recebendo via Convênio, todos os planos de saúde pertencentes ao CIEFAS, exceto a GEAP, que deverá ser incluída a posteriori, caso nossas reivindicações não sejam atendidas.

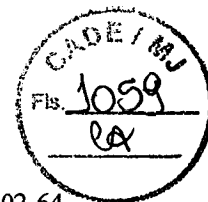
(...)

Assim sendo, as entidades médicas decidiram fazer valer o decidido na Assembleia Geral Extraordinária (...):

SUSPENDER, POR TEMPO INDETERMINADO, A PARTIR DE 01º DE AGOSTO PRÓXIMO, TODOS OS ATENDIMENTOS ÀS ENTIDADES CONVENIADAS AO CIEFAS/PB (...) FICANDO TAIS ATENDIMENTOS RESTRITOS AO CARÁTER DE ATENDIMENTO PARTICULAR, ENQUANTO PERDURAR O ATUAL ESTADO DE INDEFINIÇÃO QUANTO ÀS REIVINDICAÇÕES NÃO ATENDIDAS.

(...)

Importante: de acordo com o Código de Ética Médica, o colega que descumprir a deliberação da assembleia estará sujeito a denúncia junto ao Conselho Regional de Medicina, pelas entidades de classe. Com consequente penalidade por infração ética aos Arts. 77, 78 e 80 do CEM. (fl. 65)



- i) “Informe AMPB”, publicado em 21/07/2002 no jornal “Correio da Paraíba”, informando sobre a suspensão do atendimento às filiadas do grupo CIEFAS, ressaltando:

As entidades médicas não estão nesta luta para brincadeira. Os colegas que desrespeitarem a decisão da Assembléia serão denunciados ao Conselho Regional de Medicina, órgão com força de lei para punição dos colegas aéticos (...) (fl. 82)

20. De fato, o CRM possuía poder coercitivo sobre os médicos, conforme Resolução nº 115/2002²⁰, de 30/07/2002, a qual estabelecia normas para observância dos artigos 77, 78 e 80²¹ do Código de Ética Médica:

(...) CONSIDERANDO que o médico deve observar o Código de Ética Médica, obedecendo, particularmente, o estabelecido nos artigos 77, 78 e 80, RESOLVE: (...)

Art. 2º - Considerar legítimo o movimento da categoria médica coordenado pelas entidades de classe Associação Médica da Paraíba (AMPB), Sindicato dos Médicos da Paraíba (SMPB) e Academia Paraibana de Medicina, junto ao Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência a Saúde (CIEFAS), realizado com o objetivo de garantir condições dignas remuneração aos médicos credenciados, junto às entidades vinculadas ao referido Comitê.

Art. 3º - Os médicos que mantiverem de alguma forma relação com as entidades médicas acima citadas devem ser solidários ao que foi decidido em Assembléia Geral Extraordinária da sua categoria.

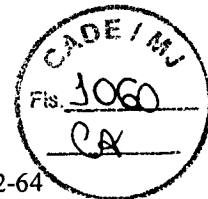
Art. 4º - Os médicos que porventura não mantiverem vínculos, de qualquer natureza, com as Operadoras de Planos de Saúde representadas pelo CIEFAS não devem aceitar substituir outro médico que, eventualmente, seja descredenciado em represália ao movimento de deslinde ou, ainda, que solicite o seu descredenciamento de forma isolada ou coletiva, como forma de assegurar a conquista das reivindicações ora reclamadas. (...)

Art. 6º - Os infratores desta norma sujeitar-se-ão às penalidades previstas em Lei.

21. Ante essas provas, conclui-se que as entidades médicas negociaram de forma conjunta e centralizada valores a serem pagos pelas operadoras, com tentativa de

²⁰ Fonte: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CRMPB/resolucoes/2002/115_2002.htm

²¹ “É vedado ao médico: Art. 77: Assumir o emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código; Art. 78: Posicionar-se contrariamente a movimentos legítimos da categoria médica, com a finalidade de obter vantagens. Art. 80: Praticar concorrência desleal com outro médico.



imposição a todos os médicos, associados ou não, por meio de ameaças, e aos planos de saúde, por meio de boicotes. Assim, o que passa a ser analisada é a legalidade dessas ações.

22. No que tange à negociação conjunta, esta poderia configurar infração à ordem econômica, tal como exposto na análise acima sobre a UNIDAS. Sobre a conduta desta, verificou-se alguma eficiência que compensou os riscos concorrenciais, o que ocorreu em função da baixa participação conjunta de mercado das operadoras filiadas. Em caso de participação de mercado mais significativa, poderia ter sido o caso de as eficiências não compensarem os riscos, de forma que ter-se-ia configurada a infração.

23. No caso das entidades médicas, novamente verifica-se alguma eficiência na negociação coletiva, que poderia compensar os riscos concorrenciais. Na negociação, um determinado plano de saúde pode vir a optar pela utilização dos preços demandados pelas entidades médicas, evitando custosas negociações sobre inúmeros procedimentos.

24. No documento “Levantamento de Informações sobre Negociações no Mercado de Saúde Suplementar”, diversos *players*, mas não todos, reconheceram potenciais eficiências nas negociações coletivas, como resumido pela SDE (fls. 1266-1292):

As outras cinco operadoras (três classificadas como medicina de grupo, uma como autogestão e uma como seguradora) levantam possíveis eficiências das negociações coletivas, associadas à economia de recursos de administração e negociações mais céleres. Outras destacam como aspecto positivo o fato de que as negociações coletivas poderiam trazer maior equilíbrio entre as partes. (fl. 1279)

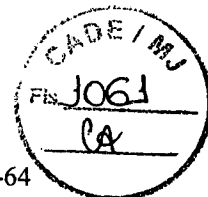
Dessa forma, afirmam que, por ter um número menor de hospitais e laboratórios em sua rede credenciada, é viável realizar negociações individuais com esse grupo. Contudo, negociar individualmente com médicos seria pouco viável. Assim, em geral, adota-se algum tipo de tabela, seja a AMB, seja a CBHPM ou ainda, tabelas próprias das operadoras. (fl. 1282)

25. Contudo, também se verificam preocupações decorrentes de imposição de negociações coletivas no setor de saúde:

Dessas 29 operadoras, duas informam que, apesar de ser viável para a operadora negociar individualmente, tal prática em algumas situações não é realizada, pois as entidades representativas dos prestadores impõem que as negociações sejam coletivas, in verbis:

“Conforme relatado anteriormente, a Allianz Saúde sempre está disposta a negociar individualmente com os prestadores e entende que há viabilidade neste formato. No entanto, em algumas situações, a entidade representativa se impõe para efetuar negociações coletivas”. (fl. 2621)

“é viável a negociação individual de honorários. (...) o empecilho para a negociação individual está no fato de que a maioria dos prestadores não aceitam (sic) a negociação individual, sempre há interferência, sobretudo da Associação dos hospitais.



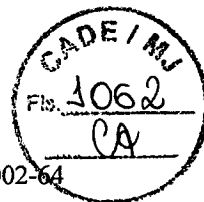
A (CONFIDENCIAL), inclusive, gostaria que fosse realizada uma negociação individual com os estabelecimentos credenciados, uma vez que existem hospitais que prestam serviços diferenciados, (...), mas não há 'permissão' da Associação dos Hospitais para tanto". (fl. 1734).

26. Sobre estas questões, é necessário ressaltar dois pontos. O primeiro, vinculado a potenciais prejuízos à concorrência, é que os planos não são consumidores finais, sendo que eles possuem uma estrutura profissional para a compreensão do mercado e para a negociação. É importante deixar isso registrado para não se arguir, em processos futuros, que entidades de classes podem negociar livremente de forma coletiva, especialmente quando se trata de negociações com consumidores finais. A legalidade depende de uma análise de custo benefício social, sob a ótica da lei concorrencial, e dos impactos ao funcionamento dos mercados e à livre iniciativa.

27. O segundo ponto, vinculado à geração de eficiência, é que é possível que as operadoras de planos de saúde só aceitem a proposta das entidades médicas que efetivamente fossem eficientes, visto que do contrário optariam por não aceitar o acordo coletivo e assim fazer a negociação de forma mais individualizada. Nesse sentido, se os preços das entidades médicas estão dentro da zona possível de acordo do ponto de vista da operadora, o que implica em consideração do seu posicionamento estratégico e das variáveis do mercado, é possível que a redução dos custos de transação e melhoria do corpo médico gere um resultado positivo para os consumidores. Por outro lado, não havendo acordo, isso significaria que a operadora do plano de saúde prefere arcar com maiores custos de transação e buscar os profissionais que se enquadrem no perfil dos consumidores do plano.

28. Ocorre que para se conseguir esse resultado eficiente, quer seja pela negociação coletiva, quer seja pela individual, é necessário que haja a opção das duas formas de contratação, o que só é possível na ausência de boicotes a operadoras e/ ou de ameaças aos médicos que optem pela negociação individual. Na presença destas ações, o custo para a operadora buscar soluções mais individualizadas é majorado substancialmente de forma artificial, gerando ineficiências que invariavelmente prejudicam os consumidores finais, por meio de repasses de preços²².

²² Sobre o aumento do risco concorrencial em função da recusa em bloco à contratação, ver HAVIGHURST, Clark C. Antitrust Issues in the Joint Purchasing of Health Care. *Utah Law Review*, 409, nº 02, 1995.



29. Cumpre salientar que a lei concorrencial à época vigente era explícita no sentido da ilicitude da influência a condutas concertadas:

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;

30. Por analogia à regra para atos de concentração prevista na mesma lei, conclui-se que a ilicitude só é afastada quando for eficiente e, concomitantemente, beneficiar os consumidores ou usuários finais:

Art. 54. (...)§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente²³ entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

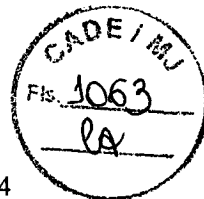
III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

31. Não há, portanto, proteção legal para que entidades médicas possam fixar a remuneração de médicos, associados ou não, de forma unilateral, em um ambiente contratual com operadoras de planos de saúde. Deve-se respeitar a livre iniciativa de cada profissional, bem como as negociações usuais destes com seus respectivos fornecedores e compradores de insumos. No mesmo sentido, para serem considerados lícitos, o rompimento de contratos e a cessação da prestação de serviços acordada entre as partes devem expressar a vontade individual do contratado – no caso, cada médico credenciado pelos planos de saúde. Quando tal decisão decorre de uma atitude concertada ou conduzida pelas entidades representativas de classes como estratégia de negociação, verifica-se a violação da dinâmica concorrencial, com efeitos lesivos claros para os consumidores no caso em tela, em conflito com a Lei 8.884/1994.

32. A tutela, resguardada constitucionalmente, que as entidades médicas exercem sobre o interesse de seus associados não lhes confere prerrogativas para orquestrar a suspensão em massa do credenciamento dos planos de saúde ou ameaçar profissionais autônomos. Os

²³ Na prática, o termo equitativamente é inviável de se realizar, mas não prejudica o entendimento de que o consumidor deve ser beneficiado.



boicotes, como são denominados na doutrina antitruste os atos de recusa de contratação a fim de elevar artificialmente os ganhos, são condenados na esfera do Direito da Concorrência pelo prejuízo incontornável causado aos consumidores e porque não deixam alternativas aos tomadores dos serviços, forçando-os a acatar preços ou determinações²⁴.

33. Ademais, exercício ético da medicina não se confunde com majoração artificial dos ganhos. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o ato de edição de tabela de preços mínimos por serviços não está contido na competência da fiscalização do exercício ético da profissão, que compreende o desempenho da profissão no melhor interesse do paciente, que sobre o procedimento médico tem menos informações e por isso deve ter os riscos à sua integridade física e moral afastados ou minorados pelo profissional tecnicamente preparado. Por isso e por violar reserva de lei em sentido formal, já foi confirmada a declaração de nulidade da Resolução nº 1.673/2003 pelo Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO CFM N. 1.673/03 E RESOLUÇÃO CRM/ES N. 154/2004. TABELA DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. ATOS NORMATIVOS QUE EXTRAPOLAM OS LIMITES TRAÇADOS PELA LEI N. 3.268/57.

1. O art. 22, XVI, da Constituição Federal e claro ao dispor que "[c]ompete privativamente à União legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões. Nesse sentido, a Lei n. 3.268/57 outorgou ao Conselho Federal de Medicina (CFM) competência administrativa para regular os Conselhos Regionais de Medicina. Mas essa competência não abrange a organização quanto ao exercício da medicina em si, justamente em razão do dispositivo constitucional em testilha. Logo, a Resolução CFM n. 1.673/03 e a Resolução CRM/ES n. 154/2004, que fixam valores mínimos para remuneração dos procedimentos médicos, violam o princípio da reserva legal, já que essa regulação não foi instituída por meio de lei em sentido formal. Precedentes: REsp 1.080.770/SC, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2/2/2011; e REsp 828.798/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 19/10/2006). 2. Agravos regimentais não providos. (STJ, 1ª Turma, unânime, Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe 24.02.2014)

34. Ressalte-se ainda que os boicotes liderados pelas associações médicas não se confundem com o exercício do direito de greve. Quando os médicos se credenciam junto às operadoras de planos de saúde, eles ofertam serviços como autônomos. Não está presente aqui o requisito imprescindível para caracterização do emprego – a subordinação (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 3º). Ausente qualquer traço de subordinação, não

²⁴ PA 08012. 004276/2004-71. Nota Técnica SDE s/n, página 69 (fl. 4015 dos autos).

se pode argumentar que aos médicos são inerentes os direitos próprios às relações de emprego.

35. Contudo, como dito acima, eles podem aumentar seu poder de barganha com a criação concomitante de eficiências, de modo que o consumidor final não seja prejudicado por meio do aumento dos preços dos planos de saúde. Para isso é fundamental que medidas de boicote e sanções sejam reprimidas, ressaltando, mais uma vez, que a negociação coletiva, sem coerção, só é permitida em função das particularidades do mercado em análise (presumida geração de eficiência se o acordo é aceito pela operadora, poder de barganha da operadora, além da pulverização do mercado de médicos, o que eleva muito os custos de transação).

36. Por fim, destaca-se que a jurisprudência do CADE tem sido incisiva na condenação de entidades representativas de prestadores de serviços médicos pela imposição de tabelas de honorários e pela influência na adoção de conduta uniforme²⁵. No caso em tela, a prática anticoncorrencial valeu-se do absoluto poder de influência das entidades representativas, as quais também possuem histórico de condenação pelo CADE²⁶. Além disso, e principalmente, a existência de sanções por descumprimento a tabelas de preços vem sendo entendida pelo Conselho como suficiente para que a tabela deixe de ser considerada concorrencialmente neutra²⁷.

37. Ante o exposto, há clareza na caracterização da infração prevista no artigo 20, incisos I, c/c artigo 21, inciso II e V, ambos da Lei nº. 8.884/94, decorrentes da convocação de boicotes contra operadoras de planos de saúde e ameaça a profissionais que não adotassem os valores ditados pela comissão de negociação e assembleias. A responsabilidade pela negociação dos valores dos contratos cabia à AMPB, SIMED-PB e APMED, enquanto que o CRM sancionou a prática, criando a estrutura coercitiva absoluta

²⁵ Ver precedentes; Processo Administrativo nº 61/93, Processo Administrativo nº 53/92, Processo Administrativo nº 08000.015515/97-02, Processo Administrativo nº 08000.011520/1994-40, Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78. Cf. Nota Técnica SG nº 179/2013, nota de rodapé a fls. 1611. Sobre distorções à concorrência, ver Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03 (caso da Rede da Economia); o Processo Administrativo nº 0812.005994/2004-65 (caso da tabela dos fotógrafos); o Processo Administrativo nº 0812.002169/2009-13 (caso da tabela dos tradutores). Id. *ibid*.

²⁶ Processo Administrativo nº 0812.004372/2000-70 (j. 2002); Processo Administrativo nº 08012.004373/2000-32 (j. 2002); Processo Administrativo nº 08000.021976/1997-51 (j. 2003), entre outros. Nota Técnica SG 279/2013, fls. 1612.

²⁷ Cf. votos vencedores dos ex-conselheiros Carlos Ragazzo, no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-31 e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no âmbito do Processo Administrativo nº 0812.004054/2003-78. Id. *ibid*.



a todos os médicos, gerando prejuízo para as operadoras de planos de saúde e para seus respectivos consumidores.

d) Da Dosimetria da Pena

38. A maioria das agências concorrenciais no mundo, conforme ICN (2007)²⁸, tem por objetivo com as condenações a dissuasão, o que demanda uma análise tanto da probabilidade de punição, quanto do ganho do infrator.

39. Nos casos de cartéis, as multas devem ser significativas, visto que se trata de uma atividade secreta, de difícil detecção²⁹, e bastante lucrativa³⁰. Isso justifica a aplicação de multas próximas ao teto legal.

40. No presente caso, dado que as condutas são de mais fácil detecção, visto que as vítimas diretas observam a existência da conduta e, portanto, podem apresentar denúncia para as autoridades competentes, é possível a aplicação de penas menores. De qualquer forma, é importante dosar bem a punição, visto que na sua ausência, ou com a aplicação sistemática de penas abaixo do nível ótimo, é de se esperar um excesso de cometimento de infrações, diminuindo o bem-estar social.

41. Além disso, também se devem considerar os elementos do artigo 45 da nova lei concorrential, conforme se segue:

I – a gravidade da infração – a conduta foi grave, tendo em vista principalmente a importância desse setor para os consumidores finais. Ao promover o descredenciamento em massa de profissionais contratados pelas operadoras de planos de saúde que se recusassem a adotar os preços fixados, independentemente de porte, condição financeira ou atuação, os Representados prejudicaram os consumidores no acesso a um serviço essencial;

²⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Setting of fines for cartel in ICN Jurisdictions**. As jurisdições que citaram dissuasão como um dos principais objetivos (não necessariamente o único): União Europeia, Estados Unidos, Canadá, Japão, Alemanha, Holanda, Hungria, Itália, República Tcheca, Áustria, Noruega, Suíça, Sérvia, Rússia, Nova Zelândia, Jordânia, Brasil e França.

²⁹ Sobre União Europeia, ver COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renaud. **Cartels: the probability of getting caught in the European Union. Beer paper nº 12**. College of Europe, 2008. No mesmo sentido, quanto aos EUA, BRAYANT, P.G; ECKARD, E. **Price Fixing: The Probability of Getting Caught. The Review of Economics and Statistics**, n. 73(3), p. 531-536, 1991.

³⁰ LANDE, Robert H.; CONNOR, John M. **How High do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines**. *Tulane L. Ver.*, 80, p. 513-539. 2005.



II – **a boa-fé do infrator** – o setor médico vem reiteradamente sendo condenado pelo CADE por intervenções com o objetivo de promover aumentos artificiais nos ganhos³¹;

III – **a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator** – os Representados buscaram impor um monopólio frente a todas as operadoras. Devido à resistência das operadoras de planos de saúde, o movimento não foi totalmente bem-sucedido, mas algumas operadoras fizeram acordo em função da pressão coletiva, ainda que à custa de ineficiências;

IV – **a consumação ou não da infração** – a infração foi consumada, uma vez que as medidas coercitivas foram aplicadas nas negociações com os planos de saúde;

V – **o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros** – o grau de lesão deve ser considerado alto, visto que buscou inviabilizar a livre negociação dos honorários médicos. Os consumidores foram prejudicados com elevação artificial dos custos dos planos e paralisação dos serviços;

VI – **os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado** – a conduta adotada pelos Representados produziu efeitos negativos no mercado de assistência à saúde suplementar, o que tende a impactar também o sistema público;

VII – **a situação econômica do infrator** – trata-se de entidades representativas dos profissionais com maior renda média no país³².

³¹ Vejam-se os precedentes: Processo Administrativo nº 61/93; Processo Administrativo nº 53/92; Processo Administrativo nº 08000.015515/97-02; Processo Administrativo nº 08000.011520/1994-40; Processo Administrativo nº 08012.004054/2003-78; Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03; Processo Administrativo nº 0812.005994/2004-65; Processo Administrativo nº 0812.002169/2009-13; Processo Administrativo nº 0812.004372/2000-70 (j. 2002); Processo Administrativo nº 08012.004373/2000-32 (j. 2002); Processo Administrativo nº 08000.021976/1997-51 (j. 2003). E votos vencedores dos ex-conselheiros Carlos Ragazzo, no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-31 e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no âmbito do Processo Administrativo nº 0812.004054/2003-78.

VIII – a reincidência – não há reincidência por parte dos Representados.

42. Sendo assim, e acompanhando a jurisprudência do CADE, estabeleço as seguintes multas em virtude dos prejuízos causados ao mercado e aos consumidores a partir da organização de boicotes contra empresas de planos de saúde e ameaças a profissionais:

- a) Para a AMPB, considerando as provas constantes na Seção 5, “c”, itens “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “h” e “i”, multa no valor de 45.000 UFIR, equivalente a R\$ 47.884,50 (quarenta e sete mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e cinquenta centavos), conforme o art. 23, III, também da Lei nº 8.884/94.
- b) Para a SIMED, considerando as provas constantes na Seção 5, “c”, itens “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “h”, multa no valor de 15.000 Ufir, equivalente a R\$ 15.961,60 (quinze mil, novecentos e sessenta e um reais e sessenta centavos), conforme o art. 23, III, também da Lei nº 8.884/94.
- c) Para a APMED, considerando as provas constantes na Seção 5, “c”, itens “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “h”, multa no valor de 6.000 Ufir, equivalente a R\$ 6.384,60 (seis mil, trezentos e oitenta e quatro reais e sessenta centavos), conforme o art. 23, III, também da Lei nº 8.884/94.
- d) Para o CRM³³, considerando as provas constantes na Seção 5, “c”, itens “a”, “f” e “h”, multa no valor de 400.000 Ufir, equivalente a R\$ 425.640,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil reais e seiscentos e quarenta reais), conforme o art. 23, III, também da Lei nº 8.884/94. Ressalte-se que embora o CRM tivesse participação menos ativa nas negociações, boicotes e ameaças, ele era o detentor do poder de sanção aos profissionais médicos que não seguissem o estipulado pelas entidades médicas, o que o descredencia para uma punição em nível reduzido.

EP

³² NERI, M. **O Retorno da Educação no Mercado de Trabalho**. Centro de Políticas Sociais do IBRE/FGV e da EPGE/FGV.

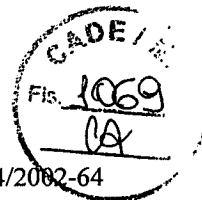
³³ Faturamento do CRM-PB em 2003 foi de R\$ 3.516.576,71 (três milhões, quinhentos e dezesseis mil, quinhentos e setenta e seis reais e setenta e um centavos).

VI. CONCLUSÃO

43. Esses os elementos de decidir, em conformidade com entendimento da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF, voto pela condenação das seguintes entidades, em razão do cometimento das infrações previstas no art. 20, inciso I, c/c art. 21, incisos II e V, ambos da Lei nº. 8.884/94: Associação Médica da Paraíba a multa no valor de 45.000 UFIR, equivalente a R\$ 47.884,50 (quarenta e sete mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e cinquenta centavos); Sindicato dos Médicos do Estado da Paraíba a multa no valor de 15.000 UFIR, equivalente a R\$ 15.961,60 (quinze mil, novecentos e sessenta e um reais e sessenta centavos); Conselho Regional de Medicina no Estado da Paraíba a multa no valor de 400.000 UFIR, equivalente a R\$ 425.640,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil reais e seiscentos e quarenta reais); e Academia Paraibana de Medicina a multa no valor de 6.000 UFIR, equivalente a R\$ 6.384,60 (seis mil, trezentos e oitenta e quatro reais e sessenta centavos). Fixo em 30 dias o prazo para cumprimento da decisão, a contar da data da intimação da decisão.

44. Por fim, acompanhando a Superintendência-Geral, recomendo às condenadas que, para evitar novas condenações:

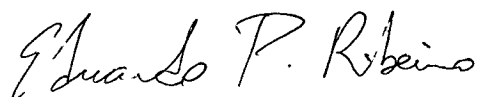
- a) abstenham-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, retaliar ou ameaçar os médicos que deixem de adotar os preços desejados pelas entidades médicas. O médico profissional liberal ou responsável pela direção de instituição hospitalar deve ser sempre e em qualquer circunstância livre para atender pelo valor e condições que entender convenientes e adequadas segundo seus critérios individuais, seja em valores máximos, seja em valores mínimos;
- b) abstenham-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;
- c) abstenham-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 restrito às decisões das entidades médicas;
- d) abstenham-se de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais.

É o voto.

Brasília, 06 de agosto de 2014.


EDUARDO PONTUAL RIBEIRO
Conselheiro Relator