



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Gabinete do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior

mnj-sc
12.12.2019
Ana Rafaela Medeiros
Assessora



Processo Administrativo 08012.002381/2004-76

Representante: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS

Representados: Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, Cláudio Wanderley Luz Saab e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS

Advogados: Fernando Mouta Moreira, Marcelo Kasawara, Wlademir Luiz de Cenço, Celson Ricardo Carvalho de Oliveira, José Luiz Toro da Silva, Daniela Geraldi Andrade, Evandro Paes Barbosa e Hildebrando Barbosa de Souza Neto e outros

Relatora: Conselheira Ana Frazão

Voto-Vogal: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior

VOTO-VOGAL

1. Do Meu Voto-Vogal.....	2
1.1. Das Preliminares.....	3
1.2. Do Mercado Relevante e do Poder de Mercado.....	3
1.3. Da Metodologia de Análise de Negociações Coletivas em Âmbito Médico	5
1.4. Entendimentos do Poder Judiciário	7
1.5. Poder de Barganha e Inexistência de Negociação Coletiva	12
1.6. Poder Compensatório	22
2. Das Conclusões	23
3. Da Individualização das Condutas	25
4. Da Dosimetria da Pena	25
4.1. Gravidade da Infração.....	26
4.2. Boa-fé do Infrator	27

2011



4.3. Vantagem Auferida ou Pretendida pelo Infrator.....	27
4.4. Consumação ou não da infração.....	27
4.5. Grau de Lesão, ou Perigo de Lesão, à Livre Concorrência, à Economia Nacional, aos Consumidores ou a Terceiros.....	27
4.6. Efeitos Econômicos Negativos Produzidos no Mercado.....	28
4.7. Situação Econômica do Infrator	28
4.8. Reincidência	28
5. Do Dispositivo	29

1. Do Meu Voto-Vogal

1. A CBHPM foi adotada pelas entidades de classe médicas em caráter nacional, conforme Resolução 1.673/03 do Conselho Federal de Medicina¹. A norma editou uma uniformização no padrão de remuneração para a classe médica e institucionalizou comissões regionais para determinar variações regionais em bandas pré-definidas, comissões estas compostas pelos CRM's, federações médicas e/ou por associações médicas estaduais.

2. As entidades de classe alegam que a uniformização de preços entre prestadores e operadoras seria uma forma legítima de negociação coletiva no meio médico. Em defesa, essas entidades afirmaram que a Tabela CBHPM não é vinculativa, mas sim sugestiva, evitando a prática de preços muito baixos, garantindo o mínimo de eficiência na prestação de serviços e protegendo profissionais liberais de condições desfavoráveis de trabalho.

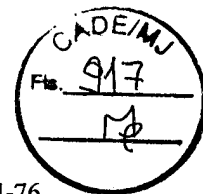
3. A análise da edição dessa tabela pelo CADE vem se estendendo há anos em virtude do possível viés anticompetitivo que a fixação de preços de honorários médicos poderia causar.

¹ Art. 1º. Adotar como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos, para o Sistema de Saúde Suplementar, a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, incluindo suas instruções gerais e valores.

Art. 2º. Os valores relativos aos portes de procedimentos deverão ser determinados pelas entidades médicas nacionais, por intermédio da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

Parágrafo único – As variações, dentro das bandas determinadas nacionalmente, serão decididas pelas Comissões Estaduais ou Regionais de Honorários Médicos, levando-se em conta as peculiaridades regionais.

2204.



4. O caso envolve a discussão de três teses principais: (i) poder de barganha por parte das entidades de classe, (ii) negociação coletiva e (iii) existência de poder compensatório que excluiria a ilicitude da conduta.

1.1. Das Preliminares

5. Por princípio de economia processual, adoto expressamente as razões expostas pela Conselheira-Relatora Ana Frazão para rejeitar as preliminares levantadas pelos Representados.

1.2. Do Mercado Relevante e do Poder de Mercado

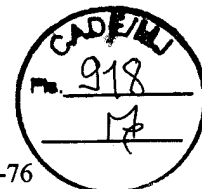
6. Do ponto de vista geográfico, o mercado relevante compreende a área em que os agentes ofertam e procuram bens ou serviços em condições de concorrência efetiva. No caso em exame, a Representada Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia (“SBOT”) é entidade associativa sediada no Estado do Mato Grosso do Sul e a negociação era relacionada aos preços que seriam cobrados pelos planos de saúde em escala estadual. Dessa forma, para a análise do presente Processo Administrativo, do ponto de vista geográfico, considera-se como mercado relevante geográfico a área de atuação dos Representados, isto é, o Mato Grosso do Sul, conforme já definido pela Superintendência-Geral na Nota Técnica final.

7. Sob a ótica do produto, o mercado relevante compreende todos os bens ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor com base em suas características, preços e utilização. Do ponto de vista do produto, a prática aqui escrutinada insere-se no mercado de prestação de serviços médicos² para planos de saúde³ – até porque a CBHPM foi criada para ser utilizada nas negociações de honorários especificamente com o

² Referência simplificada para o conjunto de serviços de assistência médica. Virtualmente cada procedimento previsto na CBHPM possibilita definição de novo mercado relevante na dimensão produto. Considerando que todos estes foram afetadas por condutas das Representadas, contudo, a referência simplificada aqui empreendida é totalmente adequada.

³ Para definir os produtos ofertados ao consumidor nos setores afetados, o CADE utiliza metodologia na qual os produtos são classificados em: (i) plano médico individual/familiar; (ii) plano médico coletivo; (iii) plano exclusivamente odontológico individual/familiar; e (iv) plano exclusivamente odontológico coletivo. Os critérios são objeto dos serviços e requisitos exigidos dos consumidores para o acesso.

leoni



segmento de saúde suplementar (excluindo a prestação de serviços médicos por meio do Sistema Público de Saúde – SUS).

8. Pelo lado da demanda, o mercado relevante pode ser entendido apenas envolvendo o mercado de prestação de serviços médicos para os planos de saúde, visto que estes adquirem os serviços médicos em condições diferenciadas dos clientes particulares.

9. Concorde com a Superintendência-Geral para considerar o mercado relevante como o afetado pela conduta, ou seja, de serviços médicos para operadoras de saúde suplementar, sem fragmentá-lo por especialidade. A prática ora em exame não se deu por especialidade médica ou apenas em um ou outro município, já que ocorreu no âmbito de entidades representativas de médicos, sem a determinação da especialidade, e no Estado do Mato Grosso do Sul.

10. No que se refere à UNIDAS, a instrução demonstrou que a entidade de classe atuava em nome de seus filiados para negociar valores de procedimentos médicos e condições contratuais com os médicos no Estado do Mato Grosso do Sul. Com isso, a UNIDAS atuava em prol da formação de um bloco econômico único de negociação de operadoras de planos de saúde, em que cada agente delegava à entidade a prerrogativa de negociar em seu nome, sem qualquer tipo de individualização. Por isso, ainda que os contratos sejam celebrados individualmente, a base de valores e condições nele pactuada foi firmada de forma conjunta e uniforme entre as operadoras de planos de saúde filiadas à UNIDAS.

11. Destaco, ainda, que o CADE já condenou a UNIDAS – enquanto atuava sob a denominação de CIEFAS – pela imposição de valor de coeficiente de honorários no Processo Administrativo 08000.020425/96-71 (Conselheiro-Relator Thompson Andrade), no Processo Administrativo 08012.001098/2001-84 (Conselheiro-Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe) e no Processo Administrativo 08012.002153/2000-72 (Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos) em mercados relevantes e períodos distintos do analisado no presente caso.

leou.



12. Nesse sentido, concluo que as pessoas jurídicas Representadas possuem poder de mercado suficiente para influenciar eventual conduta uniforme dos médicos no mercado relevante considerado.

1.3. Da Metodologia de Análise de Negociações Coletivas em Âmbito Médico

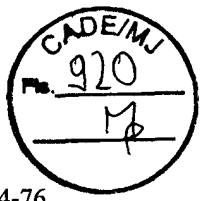
13. As tabelas médicas e/ou uniformização de negociação de condições de prestação de serviços e valores de honorários têm sido recorrentemente trazidas ao CADE como possíveis infrações à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94 e da Lei 12.529/11.

14. Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão.

15. No critério de legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, entendo que deve haver autorização individual para que as entidades se reúnam e construam uma solução harmônica e que alcance todos os elementos do conjunto, inclusive os que não estejam diretamente envolvidos na negociação, mas que sejam por ela impactados. Quando a entidade representativa for um ente integrante da Administração Indireta (conselhos, por exemplo), a atuação em nome dos filiados é submetida a reserva legal, isto é, o ente só pode negociar coletivamente se houver autorização legal para tanto, com lei em sentido formal.

16. Em relação à existência de imposição via coerção direta ou indireta, os Representados devem demonstrar que a uniformização não deve ser imposta à parte adversa e/ou compulsoriamente adotada pelos próprios elementos que possuem sua vontade substituída na negociação. Observe que a imposição possui dois destinatários: as operadoras de saúde e os médicos/hospitais que são representados pela entidade ou pelo grupo de entidades. No primeiro caso, a uniformização não é impositiva se as operadoras de plano de saúde não forem coagidas a aceitar tal uniformização e puderem negociar

leou



individualmente com cada médico/hospital que entender que a uniformização não é aplicável. No segundo caso, os médicos/hospitais devem gozar de “válvula de escape”, ou seja, devem ter a prerrogativa de entabular negociação autônoma quando entenderem que as condições fixadas não lhe são aplicáveis sem sofrer qualquer tipo de retaliação ou ameaça.

17. No critério inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral, deve-se avaliar se foi estabelecida, de fato, uma relação de negociação e se não houve supressão de barganha por quaisquer das partes. Para que haja barganha efetiva, é preciso que ambas as partes de uma negociação possam apresentar ofertas, rejeitá-las e propor novas ofertas: *“no campo da resolução alternativa de disputas, entende-se por barganhar a atitude de tentar resolver a disputa através de repetidas ofertas, demandas e concessões. Busca-se aproximar as posições ou interesses das partes com o objetivo de encontrar um ponto em que se forme o consenso”*⁴. Esse é o sentido de negociação, seja ela posicional⁵ ou baseada em interesses⁶. A palavra-chave da

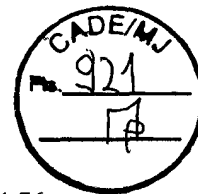
⁴ Verbete “Barganhar”. *Glossário: Método de Resolução de Disputas*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

⁵ Adoto o seguinte conceito de negociação posicional: *“Nessa modalidade de negociação, a tática das partes é se ancorar, defendendo sua posição e atacando a contrária. O processo é colocado no paradigma de “quanto mais você ganha, mais eu perco”. Dessa forma, os negociadores competem como adversários, deteriorando o relacionamento e ganhando pouco em troca. Os negociadores se esquecem de que negociam e têm um relacionamento conjunto exatamente porque seus interesses são mais complementares do que concorrentes, e centram a atenção da negociação somente nos pontos em que os interesses se chocam.*

Essa tática geralmente negligencia soluções criativas, desperdiçando a chance de otimizar o acordo nos pontos em que os interesses são complementares e desgastando o relacionamento nos pontos em que os interesses são antagônicos. Igualmente, produz acordos que as partes cumprirão com pouco ânimo, pois insatisfeitas. Assim, mesmo quem “ganha” fazendo a outra parte ceder por pressão e ameaças, pode ter o acordo (favorável somente para si) questionado, e ter de voltar a negociar”. *Glossário: Método de Resolução de Disputas*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

⁶ Adoto o seguinte conceito de negociação baseada em interesses: *“Negociação baseada em interesses: Nessa modalidade, as partes comunicam diretamente seus interesses entre si e encaram a negociação como uma oportunidade na qual podem encontrar o ponto ótimo de cooperação. Assim, as portas estão abertas para soluções criativas, em que se maximiza a satisfação tanto do seu interesse como do da outra parte. As partes, sabendo dos interesses da outra, sabem mais facilmente quando são contraditórios ou se comportam uma composição. A negociação tem foco nos interesses complementares, que são exacerbados e valorizados, todavia, sem desprezar os pontos em que os interesses são antagônicos. Pois, em vez de desgastar o relacionamento pelejando por cada centavo, nessa modalidade os negociantes buscam critérios objetivos como o valor de mercado ou uma avaliação neutra (ver Avaliação neutra), fora de seu poder de intervenção, e os utilizam como argumentos”.* *Glossário: Método de Resolução de Disputas*. In: AZEVEDO, André

lccu.



negociação, portanto, é o consenso, razão pela qual é necessário que, do debate entabulado entre as partes surja um ponto comum e satisfatório a elas.

18. A efetiva existência de barganha é pressuposto para que haja uma negociação. Ou seja, caso não haja efetivo poder de barganha por uma das partes, a deliberação então ocorrida é imposição unilateral de vontades. Tal imposição é acompanhada de meios específicos de coerção, direta ou indireta, capaz de moldar a vontade do agente e suprimir eventual impulso de negociação.

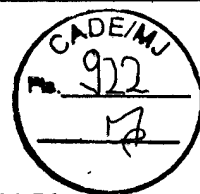
19. Caso esses três critérios estejam atendidos, entendo que seja possível adentrar a discussão de poder compensatório horizontal suficiente para reverter a assimetria de mercado. Nesse sentido, a tese de poder compensatório não deve ser aplicada a todos os casos, mas poderia ser aplicada apenas àqueles em que houve efetiva negociação para equilibrar a barganha inicialmente afetada pela disparidade de posições de mercado envolvidas. Ademais, se algum dos critérios não for atendido, não há poder compensatório que justifique a ilicitude anticompetitiva e a perda de bem-estar decorrente da atitude concertada de agentes para obtenção de vantagens uniformes e em detrimento da posição negocial da parte contrária.

1.4. Entendimentos do Poder Judiciário

20. Em alguns casos, as decisões colegiadas do CADE têm sido reformadas pelo Poder Judiciário por suposta ausência de sanção. Um dos precedentes mais citados por Representados que defendem a Tabela CBHPM é o voto vencido do Ministro Humberto Gomes de Barros no Mandado de Segurança 3461/STJ, publicado no DJ de 11/10/1994, que entendeu que as tabelas não consistiram em norma de conduta por não cominarem sanção aos médicos:

“A tabela de honorários médicos resulta de um ato com o escopo de sugerir aos profissionais de medicina, honorários mínimos, capazes de remunerar dignamente os serviços prestados.

Handwritten signature



Ela não contém qualquer norma de conduta. Tampouco, comina sanção para quem não observar os valores recomendados.

Quem já exerceu profissão liberal conhece a utilidade de semelhantes tabelas, em relação, notadamente, aos novíços.

Muitas vezes, o jovem profissional queda-se perplexo, diante de uma situação que lhe é posta. Coloca-se frente ao dilema: fixar honorários, em valor alto demais e explorar (ou perder) o cliente; ou estabelece-se em valor irrisório, em atentado à dignidade profissional?

A tabela obvia o embaraço.

Ela não induz conduta comercial uniforme entre concorrentes. Suas recomendações, simplesmente divulgam valores razoáveis:

se a realidade econômica revela que tais valores são demasiadamente elevados, a clientela desaparece;

se, pelo contrário, a conjuntura os coloca em patamares demasiadamente elevados, os prestadores de serviços desprezam as sugestões e elevam os honorários.

Sob outro aspecto, o profissional que se torna famoso contrata honorários, sem levar em conta qualquer tabela.

Nos termos da própria Lei 8.158/91, a atividade da Secretaria Nacional de Direito Econômico tem como encargo

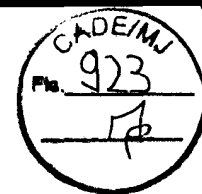
“apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.

Como se vê, o escopo da Secretaria é obviar a formação de cartéis e monopólios.

Ora cartel é o agrupamento de empresas, para o efeito de, através do controle de produção, estabelecerem preços lesivos à comunidade.

As tabelas de honorários não agrupam entidades, para exploração do mercado, nem propiciam o controle de preços; elas, simplesmente, fornecem parâmetros não obrigatórios de honorários, evitando que uma categoria econômica, pulverizada em inúmeros indivíduos sem contato entre si, tornem-se presas fáceis de organizações econômicas voltadas à exploração de seu trabalho.

MOU.



(...) A existência de tabelas uniformes para todo o Brasil não constitui ilícito: as fábricas de automóveis estabelecem preços que são observados pelos revendedores, em todo o Brasil.

Não vejo como a tabela de honorários mínimos possa conduzir a "conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes".

Enxergo nelas um instrumento de defesa das profissões liberais, contra organizações, que na atual sociedade de massas, exploram o trabalho de seus integrantes".

21. Há diversos elementos do precedente com os quais discordo, especialmente quanto à natureza supostamente não impositiva da Tabela CBHPM. Tais pontos serão discutidos no próximo tópico.

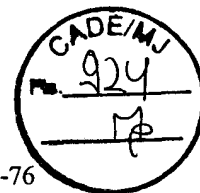
22. Uma das premissas que se deve adotar na análise deste caso é a de que as Representadas, de fato, atuaram em nome de seus filiados, independente de haver autorização legal para tanto.

23. Em primeiro lugar, o SBOT baseia-se em na Tabela CBHPM, a qual tem sido imposta pelos CRM's estaduais (no caso concreto, o CRM/MS) com fundamento em coerções de "infrações éticas" do Código de Ética Médica. O art. 142 desse Código relembra que as resoluções dos Conselhos Federal e Estadual devem ser acatadas, o que abrange a observância à Tabela CBHPM estatuída pela Resolução CFM 1.673/03. Nesse sentido, o SBOT se aproveita de uma estrutura de duvidosa legitimidade para exercer influência relevante sobre seus filiados.

24. Nesse sentido, apesar de todo o esforço de se demonstrar que a negociação por parte de entidades de classe médicas não contrariaria o ordenamento jurídico, entendo que entidades de classe médicas não possuem legitimidade para tratar de preços dos serviços prestados pelos profissionais, uma vez que tal atribuição necessita de reserva legal. Esse é o recentíssimo entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, abaixo transcritos, os quais incorporo como motivação e com os quais concordo integralmente:

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

leou.



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.

(AgRg no REsp 1153444/ES, STJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHOS FEDERAL E REGIONAL DE MEDICINA. RESOLUÇÕES N°S 1.673/03-CFM e 264/04-CREMEB. TABELA DE HONORÁRIOS E PROCEDIMENTOS MÉDICOS. ILEGALIDADE.

1. A lei não atribuiu aos Conselhos de Medicina a competência para disciplinar o preço de consultas e procedimentos médicos, o que torna as Resoluções n°s 1.673/03-CFM e 264/04-CREMEB manifestamente ilegais.

2. "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)." (AGRESP n° 1153444, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE de 24/02/2014).

3. "Os Conselhos de medicina não podem impor tabela de honorários (CBHPM), sob pena de violação da liberdade contratual." (AG n° 200401000586719, JUÍZA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA (CONV.), DJ de 09/06/2006, pág. 78).

4. "a fixação de patamares mínimos de honorários profissionais médicos, mediante resoluções expedidas pelos Conselhos Federal

leou.



e Regional de Medicina, extrapola os limites de atribuições traçados pela citada Lei de regência." (AC nº 421251, rel. Desembargador Federal REIS FRIEDE, DJU de 24/10/2008, pág. 209).

5. Apelações e remessa oficial não providas. Sentença confirmada.

(AC 0013829-38.2004.4.01.3300/BA, TRF 1ª Região, Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p.893 de 15/08/2014)

25. A ilegitimidade da imposição da Tabela CBHPM por CRM's estaduais está demonstrada. Além disso, somente a participação do CRM já afasta a possibilidade do uso do poder compensatório, uma vez que o Conselho é a instituição que tem o poder de impor a tabela aos médicos e às operadoras de plano de saúde. Sem que os médicos possam ser coagidos a aceitar os valores estabelecidos na tabela, não há como impor os valores às operadoras, sendo que a imposição é outro fator a afastar o uso do poder compensatório. Assim sendo, mesmo que as associações médicas, os sindicatos e outras entidades de classe tivessem legitimidade para negociar em nome dos médicos, com base em um suposto poder compensatório, essa negociação estaria maculada pela presença de um órgão – CRM – que não tem legitimidade para participar da negociação e que é responsável pela coação aos médicos e imposição às OPS.

26. De acordo com os recentes precedentes, não seria necessário sequer adentrar na discussão sobre o tipo de coerção – direta ou indireta – envidada pelas entidades de classe, uma vez que sua atuação para **fixar tabelas de honorários é ilegal**. Mesmo assim, faço questão de desenvolver nos tópicos seguintes o raciocínio quanto à efetividade da imposição da tabela para afastar eventuais teses que defendam que esses preços seriam “sugestão” ou “recomendação”.

27. Nesse sentido, apesar de entender que as Representadas não detinham autorização legal para entabular essa negociação, ainda que tivessem autorização de seus filiados, prossigo na análise quanto aos demais critérios para verificar se a ilicitude da prática persistiria mesmo se houvesse lei formal que previsse essa prerrogativa de negociação a Conselhos e outras entidades de classe.

leoni



1.5. Poder de Barganha e Inexistência de Negociação Coletiva

28. As Representadas alegaram que contribuíram para elevar o poder de barganha dos médicos, sem o qual os profissionais médicos ficariam em desvantagem em relação aos operadores de planos de saúde. Caso não houvesse a edição dessas tabelas, dificilmente o médico teria poder de barganha individual para negociar com os operadores de planos de saúde de maneira que sua remuneração não fosse vil e/ou subvalorizada.

29. Ressalto que a hierarquização de serviços médicos não representa, de pronto, um ilícito anticompetitivo, eis que não apresenta valores monetários e/ou condições específicas de oferta de serviços. Essa hierarquização consiste em uma comparação entre diferentes procedimentos, indicando uma posição relativa de cada um, segundo seu grau de complexidade.

30. Em primeiro lugar, é preciso analisar a conduta da UNIDAS como representante de operadoras de planos de saúde na negociação coletiva com médicos e hospitais. Conforme evidenciado pela Relatora, há nos autos evidências de que essa Representada atuou diretamente em nome de seus filiados para negociar Tabela CBHPM com médicos. Tal como a SBOT, a UNIDAS atuou em nome de seus filiados para a fixação de condições uniformes de preço e de prestação de serviços médicos consignadas na Tabela CBHPM. Nesse sentido, suprimiu a negociação individual das operadoras de planos de saúde e, por conseguinte, influenciou a conduta uniforme de suas filiadas, conduta punível pela Lei 8.884/94.

31. O fato de negociar coletivamente em nome das operadoras de planos de saúde não traz efeito líquido positivo decorrente da substituição das operadoras de planos de saúde pela entidade. Quando atuam em bloco, de forma articulada, as operadoras de planos de saúde são capazes de exercer pressão sobre médicos, seja por um excessivo poder de barganha, seja por constantes ameaças de interrupção da prestação de serviços a segurados de determinada operadora. Com isso, o médico se sente acuado e é capaz de aceitar qualquer preço e/ou condição de fornecimento de serviços para que usuário não saia prejudicado. No entanto, essa abusividade é imediatamente repassada ao consumidor, que se vê obrigado a arcar com as consequências da incessante briga entre esses agentes.

MOU



32. Com isso, a UNIDAS eliminou a possibilidade de contratações que levassem em conta as características individuais das operadoras de planos de saúde, tais como porte, disponibilidade de infraestrutura, diversidade de especialidades médicas em um mesmo ambiente hospitalar, otimização de custos e amenidades ao usuário. Logo, diferentes operadoras eram tratadas da mesma forma pela tabela imposta pela Representada, impondo preços iguais a agentes que possuem diferentes margens de lucro e formas de condução de negócio.

33. Em segundo lugar, a existência da Tabela CBHPM foi instituída pelo CFM, mas os valores associados aos procedimentos são atribuídos a comissões regionais⁷. O problema não é classificar os procedimentos em uma escala e sim atribuir-lhes valores específicos, condições de fornecimento e os impor aos filiados das entidades de classe.

34. O segundo passo para se examinar a prática investigada é a existência ou não de negociação coletiva, o que é diretamente derivado do poder de barganha anteriormente explanado.

⁷ Resolução CFM 1.673/03

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e,
CONSIDERANDO que lhe cabe, juntamente com os Conselhos Regionais de Medicina, zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente (artigo 15, letra h da Lei nº 3.268/57);
CONSIDERANDO que para que possa exercer a Medicina com honra e dignidade o médico deve ser remunerado de forma justa (artigo 3º do Código de Ética Médica);
CONSIDERANDO a aprovação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, por ocasião do X Encontro Nacional das Entidades Médicas, realizado em Brasília-DF, em maio de 2003;
CONSIDERANDO o decidido na Sessão Plenária de 7 de agosto de 2003,
RESOLVE:

Art. 1º - Adotar como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos, para o Sistema de Saúde Suplementar, a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, incluindo suas instruções gerais e valores.

Art. 2º - Os valores relativos aos portes de procedimentos deverão ser determinados pelas entidades médicas nacionais, por intermédio da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

Parágrafo único - As variações, dentro das bandas determinadas nacionalmente, serão decididas pelas Comissões Estaduais ou Regionais de Honorários Médicos, levando-se em conta as peculiaridades regionais.

Art. 3º - Revogue-se as disposições em contrário.

Art. 4º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 7 de agosto de 2003

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

RUBENS DOS SANTOS SILVA
Secretário-Geral

2004



35. Um dos principais argumentos aduzidos pelas Representadas é o de que a Tabela CBHPM não seria imposta, porquanto seria uma sugestão de preços de honorários compatíveis com o trabalho desenvolvido pelos profissionais médicos.

36. Infelizmente, esse argumento não prospera. A Tabela CBHPM possuía (e possui) meios específicos de coerção, direta ou indireta, que vão desde o descredenciamento de médicos por “infração ética” instaurada por CRMs, coordenação de boicotes a planos de saúde (movimentos de paralisação e descredenciamento e organização de suspensão em massa de credenciamentos a planos de saúde) à ameaça de abertura de sindicância contra os médicos que não adotam a tabela.

37. A configuração do descumprimento dos preços da tabela como infração ética é nítida sanção, o que fica claro quando os CRMs e demais entidades “recomendam” a tabela “sob pena” de submissão ao Código de Ética Médica. A tipificação de inobservância desses preços é clara sanção, já que o médico pode ter seu registro cancelado em virtude desse descumprimento. O cancelamento do registro, por sua vez, impossibilita o médico de exercer seu ofício, o que significa uma punição imputada ao profissional. Nesse sentido, há coerções suficientes para configurar a obrigatoriedade da Tabela CBHPM.

38. Outra assertiva comumente levantada ao se discutir sobre a ilicitude da Tabela CBHPM é a de que ela não seria uma norma de conduta. Normas de conduta não são moldadas apenas por sanções diretas, consistentes em penalidades e punições que atinjam diretamente a esfera jurídica do sancionado. Uma norma de conduta também pode ser construída com base em coerções indiretas, que podem ser aplicadas por ameaças e coações psicológicas ao indivíduo. No Código Penal, por exemplo, há diversos comportamentos que são puníveis porque são tipificados com base em ameaça⁸, o que

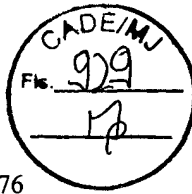
⁸ Cito alguns exemplos:

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Ameaça



significa que o direito brasileiro entende que normas de conduta são pautadas tanto por sanções quanto por ameaças.

39. A cultura da ameaça e do medo é suficiente para que o profissional siga a tabela para, assim, preservar a habilitação para exercício da medicina. Essa cultura contraria a liberdade de trabalho do profissional, que se sente acuado e passa a aceitar a tabela para não deixar de exercer seu ofício. Nesse caso, a “decisão” é aceitar a tabela ou deixar de atender seus pacientes. Com isso, fica claro que a Tabela CBHPM é impositiva, e não a base para uma negociação. Logo, a Tabela é sim uma norma de conduta, imposta unilateral e compulsoriamente pelos Representados a seus filiados.

40. O voto da Conselheira-Relatora Ana Frazão salientou diversas ocasiões em que as Representadas suscitaram paralisações e descredenciamentos em massa de operadoras de saúde que não aceitassem a Tabela CBHPM.

41. O primeiro elemento consubstancia-se nos Ofícios ao CIEFAS (antiga UNIDAS), de 20/03/2003, 10/04/2003 e 16/05/2003, com notificação de paralisação de atendimento em caso de não atendimento da reivindicação do SBOT:

Art. 147 - **Ameaçar alguém**, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante **grave ameaça** ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Extorsão

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou **grave ameaça**, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Atentado contra a liberdade de trabalho

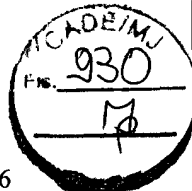
Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou **grave ameaça**:

I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência;

II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.



*“Prezado Senhor,
(...) Desde logo, fica o CIEFAS notificado de que se não for aceita nossa proposta, o que iremos lamentar, a categoria deixará de prestar serviço aos usuários desta entidade, tudo porque o valor que recebemos está defasado e é injusto e inadequado (...) Superado o prazo de 15 dias sem que a SBOT-MS seja comunicada da aceitação da nossa proposta, comunicaremos o fato ao Conselho de Medicina e deixaremos de prestar atendimento ao CIEFAS” (fl. 82).*

“Conforme deliberado em reunião realizada em 09/04/03, nas dependências dessa Instituição, vimos pela presente registrar que, (sic) o índice de correção para a nova Tabela de Honorários Médicos solicitado pela classe, (sic) é o da Tabela 96 + (mais) o IGPM acumulado do período de julho/96 a março/03, correspondendo ao total de 83,46%.

*Dr. Cláudio Wanderlery Luz Saab.
Presidente da SBOT-MS” (fl. 83).*

“A Unidas – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde”

Prezados Senhores,

Como não houve acordo entre as partes, (sic) quanto ao acerto dos honorários médicos, onde (sic) nós utilizamos a Tabela AMB/96 e Unidas a Tabela CIEFAS, comunicamos que as Clínicas de Ortopedia tomarão as medidas necessárias para o descredenciamento dos convênios.

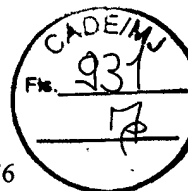
Atenciosamente,

*Dr. Cláudio Wanderley Luz Saab.
Presidente da SBOT-MS” (fl. 85).*

42. Em 06/06/2003, a ameaça de descredenciamento foi reiterada em ofício remetido à UNIDAS (fl. 86). Nos termos do referido documento, as clínicas de ortopedia iriam deixar de prestar serviços às operadoras de planos de saúde filiadas à UNIDAS no prazo de 60 dias, por não ter sido atendida sua reivindicação relativa ao reajuste no valor dos honorários médicos. Diante da referida ameaça, a UNIDAS enviou um comunicado ao Ministério Público de Mato Grosso do Sul em 12/06/2003, denunciando o movimento concertado dos médicos, orientado pela SBOT, e requerendo a interveniência do órgão na negociação com as OPSs.

43. Constam dos autos as atas de duas reuniões realizadas na Promotoria de Justiça do Estado em 21/07/2003 (fls. 90/91) e em 05/08/2003 (fls. 92/93). Na primeira, após ouvir as manifestações dos interessados, o Ministério Público sugeriu que fosse implementado um reajuste de 30% sobre o valor dos procedimentos médicos e de 20% sobre o preço das

2204



consultas. Na segunda, foram apresentadas as contrapropostas da UNIDAS e da SBOT e, não tendo sido aceitas, a Promotoria declarou que a “conciliação restou infrutífera” e encerrou as negociações. Após, novo ofício foi enviado pela SBOT à UNIDAS com a finalidade de comunicar nova paralisação:

“Campo Grande, 6 de agosto de 2003.

SBOT-MS 085/03

“Senhor Superintendente,

Como não foi possível chegar ao acordo pretendido, levamos a vosso conhecimento que, a partir desta data as Clínicas de Ortopedia e Traumatologia (bem como os médicos exercentes desta especialidade médica) deixarão de prestar serviços médicos à UNIDAS, observando-se o que está contido na Resolução CFM n. 1616/2001⁹ (...).

Atenciosamente,

Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia

Regional do Mato Grosso do Sul

Presidente: Dr. Claudio Wanderley Luz Saab” (fl. 94).

44. Comunicado de mesmo teor foi enviado individualmente a operadoras de planos de saúde em 10/10/2003 e em fevereiro de 2004:

“Conforme contato, venho por meio desta comunicar que já estamos nos baseando na Lista Hierarquizada 2003, e que o atendimento pessoa jurídica será até o dia 2 de dezembro de 2003 (...)

Dr. Claudio Wanderley Luz Saab.

Presidente da SBOT-MS” (fl. 96).

“Prezado Doutor,

Conforme é sabido por V. S^a, a SBOT (entidade representante dos ortopedistas de MS) está promovendo um movimento em defesa da dignidade da profissão, em busca da remuneração justa, adequada

⁹ Resolução CFM n. 1616/2001:“(…) Art. 1º É vedado o desligamento de médico vinculado por referenciamento, credenciamento ou associação à Operadora de Plano de Saúde, exceto por decisão motivada e justa, garantindo-se ao médico o direito de defesa e do contraditório no âmbito da operadora.

Parágrafo único. Aplica-se também esta vedação em relação a pessoas jurídicas compostas por no máximo dois sócios, sendo obrigatoriamente um deles médico, constituída com o objetivo de execução de atos médicos, e que não mantenham contratação de serviços médicos a serem prestados por terceiros. (Redação dada pela Resolução CFM nº 1852, de 15.09.2008). Art. 2º - O desligamento voluntário do médico referenciado, credenciado ou associado obriga-o a comunicar sua decisão, com antecedência mínima de 60 dias, à Operadora de Plano de Saúde a qual está vinculado; e a disponibilizar aos seus pacientes os dados clínicos em seu poder, a fim de garantir-lhes a continuidade do tratamento médico. Art. 3º - A decisão de desligamento deverá ser homologada pelo Conselho Regional de Medicina, num prazo de 30 dias (...).”

2004.



e compatível com o código de ética Médica para todos os Ortopedistas deste Estado. (...)

Feitas essas considerações, vimos através da presente NOTIFICÁ-LO para que não preste mais serviço médico aos usuários dos convênios UNIDAS/CIEFAS e CASSEMS, IMPGC, ASSEFAZ, GEAP, FUND, ENERSUL, PAMS CEF, EMBRATEL, ECT-CORREIOS, CASSI, EMBRAPA, CAPESAÚDE, FASSINCRA, FUNSERV, ou em qualquer outro estabelecimento (exceto nas hipóteses de emergência ou urgência), sob pena de cometimento das infrações de natureza ética constantes do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1246/98), conforme dispositivos abaixo (...)

Caso se continue a atender por meio destes convênios, solicitamos que seja encaminhada (sic) a Diretoria da SBOT qualquer denúncia de colegas da capital ou do interior.

Atenciosamente,

Dr. Cláudio Wanderley L. Saab

Presidente da SBOT-MS" (fl. 112).

45. Na "Carta Aberta aos Ortopedistas do Brasil, de 07/01/2004, a SBOT estabeleceu que as negociações dos médicos deveriam adotar explicitamente a Tabela CBHPM:

"Os diretores de defesa profissional das Regionais deverão colher as assinaturas de todos os Ortopedistas, atendendo as decisões da Comissão Estadual de Honorários Médicos na adoção da CBHPM.

As Regionais deverão iniciar as negociações com as empresas de medicina de grupo, seguradoras, empresas de auto-gestão, cooperativas e outras fontes pagadoras de serviço médico. (...)

O Conselho Nacional de defesa Profissional da SBOT alerta os Ortopedistas que os médicos que adotarem contratos com remuneração abaixo da CBHPM são passíveis de denúncia aos CRM, de acordo com os arts. 77 e 78 do Código de Ética Médica. (...)

Termo de Autorização e Compromisso

Nós, os ortopedistas brasileiros, nos comprometemos a adotar a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) e autorizamos a Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT a atuar junto aos planos de saúde com o objetivo de utilizar ações legais para a sua implantação". (fls. 104/105).

46. Não bastasse isso, em sua defesa, a própria representada reconhece a prática:

"Os parâmetros referenciais, livremente negociados, servem apenas como um farol, um critério, uma referência que as autogestões poderão se pautar nas suas negociações, porém sem qualquer força vinculativa, pois os contratos são celebrados de forma individualizada, como já mencionado, tendo as autogestões

leou



total liberdade para estabelecer as suas negociações dentro de seus interesses e condições” (fl. 459).

47. Os precedentes judiciais já citados afastaram qualquer possibilidade de participação do médico nas negociações da CBHPM ao estatuírem que os novos são favorecidos por iniciarem seu ofício com uma tabela pronta e a preços supostamente não tão elevados e não tão irrisórios. Houve, assim, a dispensa da decisão do médico na formação de seu próprio preço, a qual é pré-estabelecida por CRMs e entidades de classe que defendem a Tabela CBHPM. Nesse passo, a supressão de negociação e a existência de poder compensatório são contraditórios e de coexistência impossível em uma mesma relação jurídico-econômica.

48. Nesse sentido, é inegável que as pessoas jurídicas Representadas têm meios para a imposição da CBHPM, mesmo tentando argumentar que esses preços seriam “sugestões” ou “recomendações”. Seria “sugestão” ou “recomendação” se os médicos, mesmo que em grupo, tivessem liberdade para negociar diretamente com as operadoras de planos de saúde caso entendessem que a remuneração tabelada não fosse adequada. No entanto, não é isso o que acontece: não há escape aos médicos que não concordam com a tabela; há apenas a obrigação de adoção desses preços, sob pena de boicotes e retaliações contra o indivíduo prestador de serviços.

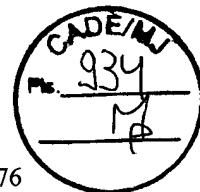
49. É sabido que a profissão de médico é regulamentada e só pode ser exercida mediante regular inscrição perante o Conselho Regional da área de atividade do médico, conforme redação da Lei 3.268/57:

*Art. 17, Lei 3.268/57. **Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.***

50. Mais ainda. A missão legal dada aos Conselhos de Medicina é a supervisão da ética profissional da classe médica, tal como delimitado pela mesma lei:

*Art 2º, Lei 3.268/57 **O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e***

A large, stylized handwritten signature in dark ink, possibly reading 'M. de O.' or similar, is written over the bottom right portion of the page.



***disciplinadores da classe médica**, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.*

51. Nesse passo, não entendo que a formação de preços da atividade seja pertinente à ética médica porque isso faz parte da remuneração que o profissional entende que seja justa ao seu trabalho. A formação desses preços depende de um grande número de fatores que não têm relação direta com a ética e a conduta do médico, tais como demanda, qualificação técnica, carteira de clientes, disponibilidade de horários para atendimento e disponibilidade de local para atendimento. Assim, os médicos não possuem condições homogêneas de oferta de serviços, razão pela qual não deveriam demandar condições homogêneas de remuneração desses serviços.

52. Diante dessa disparidade das condições de oferta de serviços médicos, inerentes a qualquer profissão, a busca de um preço comum de forma **bilateral** é a saída para se alcançar um valor satisfatório a ambas as partes envolvidas em uma negociação.

53. O consenso bilateral não existiu porque ele só existe quando há um ajuste mútuo entre as partes e sem coerção. Só existe consenso quando há opção de seguir ou não seguir um determinado comando. A Tabela CBHPM foi alvo de boicotes, paralisações, descredenciamentos coletivos e retaliações por CRMs e entidades de classe previamente à negociação com as operadoras de planos de saúde, razão pela qual considero que ela foi imposta às operadoras, e não base para negociação entre as partes. Além disso, os médicos eram ameaçados de descredenciamento caso não seguissem a tabela ou eram alvo de “Alertas aos Médicos”, que estipulavam a adoção compulsória dessa mesma tabela¹⁰. Como já explanado, o credenciamento é o requisito legal indispensável ao exercício da

¹⁰ No caso do Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO), por exemplo, o texto deixava claro que havia sanções para o descumprimento da tabela: “Assim sendo, baseado na Resolução nº 1.673/03 do Conselho Federal de Medicina (CFM), este CREMERO recomenda aos médicos prestadores de serviço às empresas acima citadas [AMERON, GEAP, ASTIR, SAÚDE BRADESCO e SUL AMÉRICA], que não acordaram com a Comissão Estadual, que suspendam o atendimento aos usuários de tais convênios, sob pena de estarem cometendo desobediência ao Código de Ética Médica (artigo 45). Cabe a este CREMERO alertar que a infringência ao CEM, torna o profissional sujeito às sanções previstas em Lei, extensíveis aos Diretores Técnicos dos hospitais” (fls. 14, 773, 775 e 777 do Processo Administrativo 08012.007833/2006-78, sem destaques no original).



Medicina, isto é, caso o profissional seja descredenciado, não pode trabalhar. É com essa ameaça de desempregar médicos que os CRMs e demais entidades de classe impunham a Tabela aos seus filiados. Havia, portanto, uma dupla imposição: aos filiados e às operadoras de planos de saúde. No último caso, caracteriza-se a ausência de barganha.

54. Uma alegação contrária aos boicotes, paralisações, descredenciamentos coletivos e retaliações é a de que a tabela era sugerida/recomendada e que os médicos poderiam aplicá-la se quisessem. No entanto, as sindicâncias abertas contra médicos deixam claro que isso não procede. Primeiramente, não existe recomendação quando há punição. Em segundo lugar, os médicos ficavam coagidos a responder por processo administrativo junto a seu conselho por uma suposta infração ética. A sindicância, portanto, é um meio claro de coerção indireta ao médico que não desejasse seguir os preços impostos pelas associações médicas às operadoras de plano de saúde via tabela CBHPM.

55. O foco da coerção indireta¹¹ é a manipulação da vontade do executado, em que se insere a cultura do medo e se vence a resistência da relação em que incide. A medida coercitiva supostamente sugestiva passa a ser sancionatória quando não cumprida, configurando uma técnica de pressão negativa. No direito processual civil, por exemplo, esse tipo de coerção é bastante utilizado como forma de estímulo psicológico ao cumprimento da obrigação¹².

¹¹ “Noutros setores, embora a coerção seja apenas indireta, não é menos eficaz. Não estou obrigado a falar o mesmo idioma que meus compatriotas, nem a empregar as moedas legais; mas é impossível agir de outra maneira. Minha tentativa fracassaria lamentavelmente, se procurasse escapar desta necessidade. Se sou industrial, nada me proíbe de trabalhar utilizando processos e técnicas do século passado; mas, se o fizer, terei a ruína como resultado inevitável. Mesmo quando posso realmente me libertar destas regras e violá-las com sucesso, vejo-me sempre obrigado a lutar contra elas. E quando são finalmente vencidas, fazem sentir seu poderio de maneira suficientemente coercitiva pela resistência que me opuseram. Nenhum inovador, por mais feliz, deixou de ver seus empreendimentos se chocarem contra oposições deste gênero”. DURKHEIM, Émile. *O que é fato social?* In: Durkheim – Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 2005, p. 47-48.

¹² “Na sentença mandamental, o juiz atua sobre a vontade do demandado, ordenando sob pena de multa ou sob pena de prisão. Ou seja, a peculiaridade da sentença (técnica) mandamental está na coerção indireta, vale dizer, na força que visa convencer o demandado a observar o conteúdo da sentença. Embora a ordem mediante coerção indireta seja absolutamente necessária à efetividade da decisão ou da sentença que depende do cumprimento de um não-fazer ou de um fazer infungível - uma vez que nesses casos não há outra alternativa a não ser “tentar dobrar a vontade do réu” -, admite-se o seu uso também em relação às situações em que o direito, para ser efetivado, não exige o convencimento do demandado (obrigações

Jeon



56. Distratos são livre manifestação da vontade das partes envolvidas em um contrato, que exterioriza seu desejo em cessar as obrigações bilateralmente acordadas. Não há desfazimento das obrigações anteriores, mas eliminam eventuais futuros vínculos que tais obrigações podem gerar (*contrarius consensus*¹³). No entanto, quando essa livre manifestação é coibida ou direcionada de forma mandatória, a vontade inicial foi contida e distorcida para atender às decisões da parte coatora. Isso não é barganha, isso não é negociação: é imposição sujeita a penalidades desenhadas e impostas por CRMs e entidades de classe.

57. As Representadas, portanto, eliminaram a possibilidade de contratações sob condições variadas em que as negociações entre médicos e operadoras de planos de saúde fossem feitas dentro de condições entendidas pelas partes como adequadas, forçando os médicos a romper contratos e deixando as operadoras de planos de saúde sem alternativas para garantir a continuidade dos serviços médicos.

58. Concorde com a Conselheira Ana Frazão no sentido do reconhecimento da existência de infração à ordem econômica praticada pelas Representadas.

1.6. Poder Compensatório

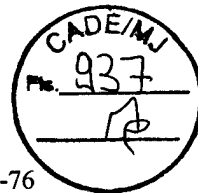
59. As Representadas direcionaram algumas de suas alegações à existência de um possível poder compensatório para mitigar e/ou anular a relevância da posição de negociação atrelada ao porte das operadoras de planos de saúde.

60. Esclareço, inicialmente, que entendo que o poder compensatório pode ser legítimo em situações em que a entidade de classe negociadora esteja autorizada a exercer a barganha em nome de seus associados. Nesse passo, o poder compensatório pode ser pró-competitivo, desde que a formação desse poder siga as leis vigentes no país. Em outras palavras, a premissa para que haja poder compensatório é que a composição associativa

fungíveis) (com destaques no original)". MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 290.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações*. Tomo XXV. São Paulo: RT, 2012, p. 283-284

2004



com essa finalidade seja lícita e que obtenha a autorização dos representados para a negociação.

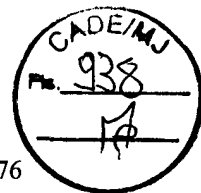
61. A imposição de uma tabela desvirtua a tese de poder compensatório. Segundo essa tese, há possibilidade de que os médicos se organizem para uma negociação coletiva com as operadoras de planos de saúde, haja vista que o poder de mercado delas seria muito superior ao dos médicos individualmente. Além disso, as próprias operadoras poderiam se unir para uma negociação coletiva, desequilibrando ainda mais o poder de barganha em seu favor.

62. Mas, havendo a associação para a negociação coletiva e o consequente equilíbrio do poder de barganha entre médicos e operadoras de plano de saúde, a adoção da tabela perde o sentido. A tese de que a tabela seria referencial somente seria aceitável se ela servisse de parâmetro para negociações individuais entre médicos e operadoras de planos de saúde. Ressalte-se, ainda, que, seguindo esse raciocínio, tabelas elaboradas pelas operadoras também não seriam aceitas.

63. Portanto, ainda que se considere que a imposição da tabela CBHPM por Conselhos seja legítima, a tese do poder compensatório só seria aplicável se não houvesse uniformização e imposição de preços, isto é, (i) se houvesse rodadas de negociação em que os médicos se associassem e chegassem a um consenso sobre o preço a ser praticado em relação a esse ou aquele agente e (ii) se o médico filiado tivesse a opção de não adotá-la sem coações contra si ou contra sua atividade. A Tabela CBHPM, no entanto, é aplicada de forma indistinta a qualquer operadora de plano de saúde, ou seja, não depende do porte econômico, da capacidade e da assiduidade de pagamento, do fornecimento de benefícios adicionais, da oferta de melhores condições de trabalho ao médico ou de ganhos de escala, por exemplo. Não existem preços diferenciados por operadora de plano de saúde ou por região, mesmo considerando a diminuta variação de 20% de banda estabelecida a título de “peculiaridades regionais”.

2. Das Conclusões

64. Considerando o consolidado entendimento do CADE de que tabelas devem ser submetidas à “regra da razão”, entendo que a edição da Tabela CBHPM, associada ao



modo como foi utilizada, possui efeitos negativos para a concorrência e não enseja efeito positivo capaz de justificar benefícios ao consumidor final. Isso significa que:

- Houve prejuízos efetivos com a conduta: (i) a uniformização de preços imposta pelas entidades de classe falseia a concorrência, seja por parte das entidades médicas, seja por parte da UNIDAS; (ii) a coerção, direta ou indireta, aos médicos reforça a impossibilidade de oferecer outros preços que não os enumerados pela tabela; (iii) a punição (ou ameaça de punição) coíbe os profissionais de procurarem uma forma alternativa de precificação e/ou tomada de decisão sobre as condições de fornecimento de seus serviços, (iv) não há autorização legal para que entidades de classe atuem como agentes fiscalizadores, controladores e/ou fixadores de preços de serviços e procedimentos de profissionais do setor, (v) os boicotes e retaliações, em massa, a operadoras de planos de saúde organizados pelas entidades de classe constituem abuso da liberdade de associação;
- Não houve eficiências geradas pela conduta: (i) não houve formação de consenso entre operadores de planos de saúde e médicos que viabilizassem um ponto comum de precificação dos serviços, mas sim a imposição de uma tabela – não sugestiva, já que havia coerção aos profissionais que não a adotavam; (ii) não houve consideração das características individuais dos profissionais, as quais influenciariam a formação do preço dos procedimentos, o que, inclusive, desestimula o médico a buscar o fornecimento de um serviço diferenciado;
- Da soma geral dos fatores (prejuízos efetivos + benefícios/eficiências) decorrem efeitos líquidos negativos da conduta, que não eximem os Representados de punição pela legislação de defesa da concorrência.

65. Entendo que a potencialidade do dano da Tabela CBHPM é eminente e elevada, uma vez que (i) o tipo da tabela estabelece preços homogêneos, o que não é atenuado pela existência de bandas que variem de acordo com as peculiaridades regionais, (ii) a tabela é imposta aos filiados das entidades de classe, o que consiste na totalidade de médicos de cada estado, já que (ii.a) a profissão de médico só pode ser exercida após registro no respectivo CRM (art. 17 da Lei 3.268/57) e (ii.b) o descumprimento da tabela constituiria,

leou.



aos olhos dos Conselhos, infrações éticas passíveis de fiscalização e punição pelos CRMs, (iii) não houve “sugestão” ou “recomendação” dos preços de honorários, mas sim imposição às operadoras de planos de saúde, o que é comprovado pelos boicotes, retaliações e demais meios de coerção direta e indireta estabelecidos pelas entidades de classe.

66. Nesse contexto, as pessoas jurídicas Representadas agiram contrariamente à ordem econômica por meio de (i) coordenação de um movimento nacional para impor valores mínimos padronizados de consultas e honorários às operadoras de planos de saúde, (ii) promoção de boicotes às operadoras de planos de saúde que não adotassem a tabela CBHPM, nos termos e nas condições enumeradas pelas entidades de classe e (iii) promoção de ameaças de punições éticas a médicos não alinhados ao movimento.

3. Da Individualização das Condutas

67. No que se refere à individualização das condutas das Representadas, adoto integralmente as razões expostas pela Conselheira Ana Frazão. Entendo, portanto, que as pessoas jurídicas Representadas foram capazes de influenciar a conduta uniforme de médicos no Estado do Mato Grosso do Sul, causando sérios prejuízos à livre concorrência, razão pela qual devem ser condenadas, nos termos do art. 20, inciso I, e do art. 21, inciso II, ambos da Lei 8.884/94.

4. Da Dosimetria da Pena

68. Como demonstrado no voto da Conselheira Ana Frazão, as pessoas jurídicas Representadas influenciaram a adoção de comportamento uniforme não só por médicos, como também por clínicas, hospitais e outros prestadores de serviços de apoio, influenciando a ação privada desses agentes com as operadoras de planos de saúde. Ademais, as Representadas participaram de movimento caracterizado pela coação aos médicos para adotar a CBHPM, ameaçando-os com a imposição de sanções ético-disciplinares, tendo, inclusive, sido editada Resolução que erigia a CBHPM a “referencial ético”.

2004



69. Quanto à dosimetria da pena, no julgamento do Processo Administrativo 08012.009834/2006-57, o Tribunal do CADE decidiu que a Lei 12.529/11 deve ser aplicada quando mais favorável aos Representados nos processos que ainda estiverem pendentes de julgamento sobre o cometimento de infrações previstas na Lei 8.884/94.

70. No referido julgamento, a voto da Conselheira Ana Frazão demonstrou que “os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884/94 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação”.

71. A partir dessas premissas, analiso os critérios de dosimetria previstos na legislação de defesa da concorrência.

4.1. Gravidade da Infração

72. O Conselho Regional de Medicina do Estado do Mato Grosso do Sul – CRM/MS tinha o condão de instaurar procedimentos ético-administrativos – ou sobrestar os que estavam em curso – contra médicos que decidissem não participar do movimento de implantação da CBHPM, seja na negociação de honorários, seja na participação nos boicotes organizados contra as operadoras de planos de saúde.

73. A UNIDAS negociava coletivamente o valor dos honorários médicos em nome de suas filiadas: os documentos no voto relator atestam que o processo negociado foi integralmente realizado com a intermediação da UNIDAS.

74. Além disso, as pessoas jurídicas Representadas divulgavam paralisações e negativas de atendimento em massa, bem coordenavam a realização de boicotes e ameaças de punição aos profissionais médicos que se recusassem a seguir a tabela CBHPM. Com isso, o segurado arcava com os prejuízos da falta de atendimento e da uniformidade de preços infundida pela CBHPM.



4.2. Boa-fé do Infrator

75. Não há que se falar em boa-fé dos Representados, especialmente diante da existência de inúmeras decisões no CADE que deixam clara a ilicitude da ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares por associações como forma de pressão para a adoção de conduta uniforme.

4.3. Vantagem Auferida ou Pretendida pelo Infrator

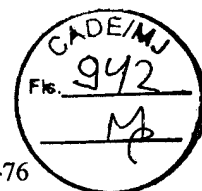
76. A vantagem auferida foi a imposição de conduta uniforme de médicos junto a planos de saúde na negociação de honorários médicos, sem espaço para contrapropostas ou negociação efetiva que equilibrasse as forças deliberativas envolvidas no caso. Com isso, as Representadas impunham suas condições de prestação de serviços médicos, inclusive honorários, e impediam que médicos desenvolvessem negociações individuais de forma autônoma e desvinculada da CBHPM.

4.4. Consumação ou não da infração

77. A infração investigada foi consumada pela influência das Representadas na adoção da tabela CBHPM, cujo conteúdo é ilegítimo e impositivo, estipulando preços uniformes para procedimentos médicos realizados por clínicas, hospitais e laboratórios.

4.5. Grau de Lesão, ou Perigo de Lesão, à Livre Concorrência, à Economia Nacional, aos Consumidores ou a Terceiros

78. O grau do perigo de lesão deve ser considerado elevado, seja em razão da tentativa de negociar coletivamente vários aspectos que não dizem respeito aos honorários médicos, tendo havido, inclusive a promoção de boicotes a laboratórios, clínicas e hospitais, seja em razão da existência de sanções ético-disciplinares, que impediam que os médicos e os demais agentes econômicos mencionados acima pudessem fixar livremente os preços com as operadoras de planos de saúde, caso assim desejassem. Ademais, os atos foram praticados no mercado de saúde suplementar, que diz respeito a direito fundamental, expressamente assegurado na Constituição, em que a vulnerabilidade dos consumidores é evidente, fator que agrava a conduta.



4.6. Efeitos Econômicos Negativos Produzidos no Mercado

79. Houve prejuízos efetivos com a conduta: (i) a uniformização de preços imposta pelas entidades de classe falseia a concorrência; (ii) a coerção, direta ou indireta, aos médicos reforça a impossibilidade de oferecer outros preços que não os enumerados pela tabela; (iii) a punição (ou ameaça de punição) coíbe os profissionais de procurarem uma forma alternativa de precificação e/ou tomada de decisão sobre as condições de fornecimento de seus serviços, (iv) não há autorização legal para que entidades de classe médicas atuem como agentes fiscalizadores, controladores e/ou fixadores de preços de serviços e procedimentos de profissionais do setor, (v) os boicotes e retaliações, em massa, a operadoras de planos de saúde organizados pelas entidades de classe constituem abuso da liberdade de associação.

80. Não houve eficiências geradas pela conduta: (i) não houve formação de consenso entre operadores de planos de saúde e médicos que viabilizassem um ponto comum de precificação dos serviços, mas sim a imposição de uma tabela – não sugestiva, já que havia coerção aos profissionais que não a adotavam; (ii) não houve consideração das características individuais dos profissionais, as quais influenciariam na formação do preço dos procedimentos, o que, inclusive, desestimula o médico a buscar o fornecimento de um serviço diferenciado.

4.7. Situação Econômica do Infrator

81. O elevado número de operadoras de planos de saúde ou de médicos associados/filiados/credenciados às Representadas, que detinham representatividade estadual, deverá ser utilizado como critério para cominar a pena.

4.8. Reincidência

82. Conforme destacado no voto-vista, houve reincidência da UNIDAS, razão pela qual majorarei a pena-base para tal Representada. Quanto à SBOT, não houve reincidência.

2004



5. Do Dispositivo

83. Ante o exposto, no mérito, concordo com a Relatora e voto com pela condenação das Representadas Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, inciso I e no art. 21, inciso II, ambos da Lei 8.884/94.

84. No que se refere ao Sr. Cláudio Wanderley Luz Saab, voto pelo arquivamento das acusações em virtude da insuficiência de indícios de infração à ordem econômica.

85. Entretanto, divirjo quanto à aplicação das multas, considerando a capacidade econômico-financeira das Representadas e fixo a multa no valor de 80.000 (oitenta mil) UFIR à Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, perfazendo o valor de R\$ 85.128,00 (oitenta e cinco mil e cento e vinte e oito reais). Outrossim, fixo a multa em desfavor de 400.000 (quatrocentos mil) UFIR à União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS, perfazendo o valor de R\$ 425.640,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil reais e seiscentos e quarenta centavos), a qual foi calculada sobre a pena-base de 200.000 UFIR e considerou a reincidência da UNIDAS.

86. Além da multa pecuniária, determino que as Representadas condenadas:

- Abstenham-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, ameaçar, coagir ou retaliar os médicos que deixarem de adotar a CBHPM como padrão de remuneração. 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;
- Abstenham-se de instaurar regulamentos, sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, ameaçar, coagir ou retaliar os médicos para obrigá-los a participar de movimentos de boicote, paralisação, descredenciamento, negociação coletiva ou a acatar irrestritamente as decisões das entidades médicas;

2004.



- 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;
- Abstenham-se de impedir a negociação direta e individual de honorários entre médicos e operadoras de planos de saúde ou hospitais;
- Disponibilizem síntese desta decisão em seu sítio eletrônico;
- Divulguem aos médicos credenciados seu teor, por qualquer meio a sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão.

É o voto.


MÁRCIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Conselheiro

Brasília, 29 de outubro de 2014