

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 61/92

Representante: Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização Representada: Associação Médica Brasileira

Relatora: Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD

DECISÃO

Por maioria o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado no inciso 11 do art. 21 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, aplicando à Representada a multa mínima de R\$ 4.972,00 (quatro mil, novecentos e setenta e dois reais), calculada com base no inciso III do art. 23 da mesma Lei, com a redação dada pela Lei n.º 9.069, de 24 de junho de 1995, determinando, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.884, a imediata cessação da prática e mais as seguintes providências: 1. Abstenção daqui por diante, de divulgar ou recomendar tabelas de honorários médicos e serviços hospitalares ou instrumento similar que promova a uniformização de preços de todo e qualquer serviço médico ou hospitalar; 2. Comunicar, no prazo de 10 (dez) dias contados a partir da data da publicação da ata da presente sessão, a todas as entidades que lhe são vinculadas ou associadas, que a tabela existente não deverá mais ser utilizada e nem reajustada, em virtude de determinação do CADE nesse sentido, enviando ao Conselho, até o 12º (décimo segundo) dia contado a partir da publicação desta ata, cópia de todas as comunicações expedidas; 3. Determinar às suas entidades vinculadas ou associadas que, em seu território de atuação, comuniquem a decisão do CADE, de imediato, aos prestadores de serviços médicos, suas associações, ou entidades intermediárias desses serviços que adotam as tabelas da AME. Se as providências acima não forem adotadas nos prazos estabelecidos, à Representada será imposta uma multa diária de R\$ 4.143,50 (quatro mil, cento e quarenta e três reais e cinquenta centavos) solicitando-se, na forma do art. Da Lei n.º 8.884, a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, para que promova, de imediato, a competente medida judicial visando à cessação da prática, providenciando a Procuradoria-Geral do CADE a inscrição da multa para posterior cobrança.

PARECER DO PROCURADOR MARCELO CERQUEIRA

***EMENTA:** Representação. Processo Administrativo. Pareceres. Incidentes processuais, Recusa de produção de prova pela Representada. Cerceamento de defesa caracterizado. Imposição da medida preventiva. Recurso provido. Nova imposição de medida preventiva. Recurso denegado. Medida judicial, liminar concedida. Abuso de preço por empresas de seguro-saúde. Representação do Procurador-Geral. Natureza da Tabela questionada. Entidades e sindicatos que adotam procedimento semelhante. Alcance social. Parecer pelo arquivamento.*

1. Em 10 de maio de 1993, a Câmara de Indústria, Comércio e Serviços de caxias do Sul oficia ao Senhor Secretário Nacional de Direito Econômico protestando contra a nova Tabela de Honorários da Associação Médica Brasileira (AMB). Junta cópia de liminar judicial em ação civil pública que o MP ajuizou contra a referida tabela. Alega que a AMB uniformiza conduta comercial tendente a inibir a livre concorrência.

2. As fls. 12/14 o DPDE atende a Consulta nº 10/93 da CABERJ. Solicita a unificação das consultas que versem sobre a mesma matéria.

3. A fls. 17, o Despacho do senhor Secretário de Direito Econômico sobre diversas Consultas sobre a utilização da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira - AMB, como referência de preços para serviços médicos-hospitalares. Conclui:

"Acato integralmente o entendimento do Departamento de Proteção e Defesa Econômica. A Tabela de Honorários Médicos - THM à luz da Lei nº 8.158/91, de 08.01.91, é inibidora da concorrência, pois além de impor preços, também influencia conduta comercial uniforme a inibir a livre concorrência passível de enquadramento no art. 3º, inciso XV e XVII, da referida lei."

4. Às fls. 1/03, representação da Federação Nacional das Empresas de Seguro Privados e de Capitalização contra "a nova tabela de honorários da ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA - AMB, divulgada através do "Comunicado Oficial nº 1/92", publicado no Diário Oficial do dia 06 do mês corrente". A Representação é de (RI) 22 de julho de 1992. Alega conter a tabela "exorbitantes aumentos, em termos reais, nos valores concernentes a honorários médicos...". Preocupa-se a Representante porque a "exorbitância desse aumento" se dá exatamente "no momento em que as Autoridades Econômicas empenham-se em conter a reduzir as taxas inflacionárias...".

Reconhece, nada obstante, que "aquela tabela serve de referência para remuneração de profissionais que atuam na área médica" (grifei). Entende que a "medida injusta, caracteriza-se como infração atentatória a direitos do consumidor é lesiva à ordem econômica, cuja correção é urgente providencia".

5. As fls. 18/19, Memória de Reunião entre as partes e com a presença da SNDE e DNPS. As fls. 46 é cobrado, por ofício ao Presidente da AMB pronunciamento da entidade quanto à vigência da nova tabela de honorários, nos termos dos entendimentos firmados na reunião, conf. "Memória".

6. As fls. 94/105, Nota do DNPDE, que resume o teor da representação, os antecedentes do caso, a análise dos fatos e a seguinte conclusão:

"... a Tabela de Honorários Médicos é um instrumento que a princípio:

"impõe, deliberadamente, regras e condições aos usuários dos serviços médicos, "hospitalares e ambulatoriais, levando-os a um estado de meros aderentes aos valores cobrados com base na THM;

"uniformiza todo o sistema de preços dos serviços médicos do País, e inviabiliza por meio da padronização de valores" a necessária flexibilidade dos preços, não restando alternativas de escolha quanto a eficiência, a qualidade e o aperfeiçoamento dos serviços contratados;

"inibe a livre concorrência, que visa propiciar aos consumidores e demais agentes econômicos a existência de preços livremente determinados pela competição no mercado, de forma impessoal, dando-lhes opção de escolha entre os produtos e serviços oferecidos no mesmo;

"induz aos usuários do sistema, exceto ao consumidor final, a adotarem sistemática similar com vistas a se adaptarem às suas regras e condições, e conseqüentemente, repassá-las aos que dependem desses serviços;

"não permite aos profissionais que labutem nas diversas áreas médicas, a formação dos preços de seus serviços profissionais, que devem ser medidos levando em consideração sua experiência, qualificação, tipo de serviço, freqüência e dedicação, dentre outros critérios que podem ser utilizadas;

"permite que a AMB, de forma unilateral, altere os quantitativos de CH' s gerando conflitos e instabilidade no sistema, tal como acontece no momento".

Finaliza por entender que a aplicação da Tabela de Honorários Médicos pela AMB "constitui infração à ordem econômica nos termos do art. 3º da Lei nº 8.158/91, caput e incisos I, IV, XV e XVII. Sugere a instauração

de processo administrativo, além de "adotados as medidas preventivas que o caso requer".

7. As fls. 106, o Senhor Diretor do DNPDE vislumbra "indícios e provas de ocorrências lesivas ao mercado ..." e instaura o competente processo administrativo, assinando prazo para a AMB apresentar defesa prévia, querendo.

8. Às fls. 143/154, a Representada oferece sua Defesa Prévia. Preliminarmente, alega que a Lei 8.158/91, não alcança as Associações, principalmente aquelas sem fins lucrativos, isto porque a Lei 4.137/62, que se aplica ao caso, se dirige a "empresa", tal como define seu artigo 60. No mesmo sentido, o art. 10, caput, de Lei 8.158/91. Socorre-se, ainda, do parágrafo 4º do art. 173 da Constituição Federal que fala em "eliminação" de concorrência "e não em prejudicar a livre concorrência". De plano, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI do CPC, por aplicação analógica. No mérito assegura que os aumentos da tabela da AMB "não são exorbitantes, muito menos injustificáveis". Refuta as alegações da Representante quanto ao aumento médio e também quanto ao alegado aumento de 100% no custo final. Requer seja efetuada perícia contábil-financeira em duas das maiores seguradoras... "para que se apure, imparcialmente, qual a sua margem de lucro e qual a real repercussão dos honorários médicos no custo final dos seguros-saúde, bem como a repercussão dos outros fatores..." que antes menciona (o grifo é do original). História o nascimento da tabela da AMB e aponta os equívocos em que teria incorrido a Nota Técnica de fls. e fls. A Representada, alega, "em momento algum pretendeu impor os honorários mínimos que considera não aviltantes a quem quer que seja. Apenas calcula, juntamente com os demais órgãos que estudam minuciosamente o assunto (...) divulga e recomenda a conclusão da Comissão Nacional de Honorários. Age tal como a Ordem dos Advogados do Brasil e outros órgãos de classe, nada mais" (grifos no original). Adiante, afirma a Representada: "Não há pois imposição alguma" e sim exercício regular de uma prerrogativa Constitucional". Quanto a serviços hospitalares "a AMB nada tem a ver com os escorchantes custos hospitalares. Talvez os hospitais e as intermediárias de serviços de saúde deveriam sofrer uma representação", sugere. (Os grifos são do original). Contesta que a AMB uniformiza e todo o sistema de preços dos serviços médicos do País e impeça a concorrência por meio de padronização de valores e flexibilidade de preços'. "Demonstra a possibilidade de regionalizar o coeficiente de honorários (CH) (fls. 149). Argumenta que "Adotar o obtuso ponto-de-vista das entidades tomadoras e prestadoras de serviços é o mesmo que pretender que o piso salarial reivindicado por uma categoria numerosa (como por exemplo a dos metalúrgicos) seja apontado como fator de prejuízo do consumidor final".

Lembra que "inúlneras entidades intermediárias honestas e éticas apoiam e consideram absolutamente justas as alterações promovidas pela tabela da representada".

Afirma que:

"Não será demais repetir que também, não há nexu de casualidade entre o ato' da ré, já tantas vezes explicitado, e o aumento das mensalidades dos planos de saúde, porquanto inúmeros outros fatores, como os elevados custos hospitalares, os lucros (estes abusivos), das prestadoras" de serviços, os custos administrativos e despesa de custeio YY (sempre supervalorizados) se interpõem entre os "atos" já mencionados, rompendo o nexu casual. A causa última e "sine quanom"do aumento das mensalidades é o lucro das intermediadoras (ou em alguns casos os supervalorização dos custos acima mencionados). Caso os tomadores se tornassem eficientes, com a redução dos custos administrativos e de custeio e porque não, transitoriamente~ com a redução de seus lucros, o consumidor não seria prejudicado.

O médico tem todo o direito de trabalhar ou não para esta ou aquela empresa. Não há qualquer relação jurídica ligando a Representada com os médicos, a não ser, em alguns casos, a filiação destes últimos aos quadros da AMB, o que é também Um direito constitucional (associar-se ou não)."

Formula, ainda, apreciações de natureza legal sobre a representação, e, afinal, , requer o arquivamento do feito.

9. As fls. 230/242, Parecer da Senhora Coordenadora Geral Técnica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica aprecia a defesa prévia da Representada, que conclui:

"Face ao exposto, e considerando que é incontroversa a existência da tabela de honorários da AMB, e que sua simples existência caracteriza infração à ordem econômica consubstanciada no art. 3º da Lei nº 8.158/91, proponho as providências do art. 6º, alínea "b" do mesmo diploma legal."

10. A fls. 243, o Senhor Diretor do DNPDE considera subsistentes os fatos atribuídos à Representada e submete os autos "ao Senhor Secretário de Direito Econômico", para as medidas de sua competência" (27 de novembro de 1992).

11. Por sua vez, o senhor Secretário (fls. 244) assina o prazo p~lra a defesa da Representada, cumpridas as formalidades.

12. Às fls. 248/265 oferece a sua defesa em que, no fundamental,

reproduz as alegações que antes fizera em alegações prévias. Mais adiante, vai juntar Parecer do ilustre Professor Carlos Alberto Bittar (fls. 306/310).

13. Às fls. 269/276, "Relatório Final", do DNPDE, que rejeita as preliminares suscitadas pela Representada, e, afinal entende que "deverá ser recomendadQ à AMB ... que não mais deverá editar tabela de honorários médicos ou outro documento que resulte na uniformização de conduta comercial...". Sugere, ainda, as providências do art. 7º da lei então de regência.

14. O Senhor Diretor Interino, em Despacho de 04 de fevereiro de 1993 (fls. 277) concorda com o relatório do item anterior e encaminha o processo à Secretaria de Direito Econômico para a adoção das medidas reclamadas no aludido "Relatório Final".

15. Às fls. Parecer do Gabinete do Secretário supre falha do processo ao sugerir o retorno do Processo ao DPDE para que seja solicitado ao Ministério da Fazenda o parecer técnico de que trata o regulamento da lei então em vigor, assim "possibilitando, em conseqüência, elaboração do relatório final circunstanciado, pelo Departamento, que permite conclusão adequada da Secretaria" (fls. 281, grifei).

16. Em seguida, o Senhor Diretor do DPDE dá razão a assessoria que oficiou (item anterior) sugerindo a remessa dos autos à Fazenda, mas já antecipa:

"In casu, essa manifestação do órgão técnico do Ministério da Fazep.da, pode ser absolutamente necessária para demonstrar os efeitos perversos que imputação causou ou possa causar ao mercado (art. 3º, inc. XV da Lei nº 8.158/91).

Daí, determina à Seção Processual que, em articulação com a Coordenadoria Geral Técnica Jurídica, examinando os autos a partir das fls. 119 (1º V 01.), identifique as peças e notas que devam acompanhar novo pedido de parecer, a ,ser reiterado por ofício de SDE ao secretário de Política Econômica" (fls. 284, grifei).

17. A Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda oficia às fls. 297/305, e conclui:

- "a) a Associação Médica Brasileira não tem a característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços de serviços das atividades médicas, no país, com caráter oficial;
- b) sendo o Brasil um país de grande extensão territorial, possuindo regiões

completamente distintas; e uma vez que o poder aquisitivo dos habitantes difere de acordo com a região, a imposição de um preço unificado nos honorários médicos em todo território nacional, gera uma situação injusta e insustentável;

c) além da situação injusta, a fixação dos honorários médicos influenciam no dia-a-dia do Seguro-Saúde e acabam tendo validade contratual prejudicando os usuários finais do sistema;

d) antes da unificação dos valores (com a quase centenas de tabelas existentes - conforme o Presidente da Associação Médica Brasileira) os reajustes não repercutiam tanto nos valores cobrados pelas empresas de Seguro Saúde, vez que a multiplicidade de preços oferecia mais opções ao usuário e estimulava até a concorrência entre empresas do ramo, o que não mais ocorre com a unificação dos preços, a nível nacional, como pretende a AMB." (grifei "a Associação Médica Brasileira não tem a característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços de serviços das atividades médicas, no país, com caráter oficial".)

18. Às fls. 317, Despacho do senhor Secretário de Direito Econômico que conclui:

ISTO POSTO, tenho como procedente a imputação e configurada a infração tipificada no art. 3º, inciso XV, da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, eis que constitui violação à ordem econômica obter influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, cujo objetivo é inibir a livre concorrência. Adoto a Medida Preventiva prevista no Artigo 12 da Lei nº 8.158/91, determinando que a Representada se abstenha das práticas ilícitas retro-referidas, de veicular notas informativas que influenciam a uniformização de conduta comercial no setor de serviço de saúde, assim como a divulgação de índices de reajustes de preços por Tabelas ou quaisquer outros instrumentos, tendentes a cartelização do setor, sujeitando-se ao pagamento de multa diária no valor de 10.000 (dez mil) UFIRs pelo descumprimento da Medida Preventiva, nos termos do § 1º do Artigo 12 da multicitada Lei nº 8.158/91. Determino que o DPDE - Departamento de Proteção e Defesa Econômica passe a acompanhar doravante o comportamento da Representada, no que diz respeito ao fiel cumprimento desta Medida Preventiva. Notifique-se a Representada. Remetam-se os autos ao Egrégio Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para julgamento. Extraiam-se cópias dos autos, encaminhando-as ao Ministério Público e ao Ministério da Saúde.

19. Às fls. 321/338, a representada recorre a Exmo Sr. Ministro da

Justiça para que suspenda os efeitos do Despacho referido no item anterior. Alega, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa, ausência de motivos e motivação do Despacho recorrido, nomina órgãos públicos, empresas privadas, além de fundações públicas que tomam como referência a Tabela questionada (fls. 331), entre eles, o Ministério Público Federal, o IPEA, o Ministério das Relações Exteriores, Convênio entre a AMB e o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à saúde, etc ... (Junta prova do alegado, fls. 345/59).

20. A fls. 360 o pronunciamento oficial do Egrégio Instituto dos Advogados de São Paulo pela "Legalidade da Expedição de Tabelas de Honorários por Entidades de Controle Profissional - Lei nº 8.078".

21. A fls. 368, r. despacho do Exmo. Sr. Ministro da Justiça recebendo o recurso da AMB no duplo efeito. Determina, ainda, a remessa dos autos para o Parecer de sua Douta Consultoria Jurídica e, desde logo, sua volta para julgamento.

22. Às fls. 370/379, o ilustrado Parecer CJ nº 192/93, cuja Ementa é a seguinte:

***EMENTA:** Constitucional e Administrativo. Processo por infração à ordem econômica. Decisão unipessoal que impôs medida restritiva de direito. Recurso Hierárquico. Pedido de produção de prova cuja apreciação restou olvidada na instauração processual. Cerceamento de defesa caracterizado. Anulação dos atos praticados. Recurso merecedor de parcial provimento.*

23. O referido Parecer é aprovado pelo douto Consultor Jurídico deste Ministério através do seguinte Despacho (CJ nº 191/93, fls. 379), verbis:

"Ainda que a produção de determinado tipo de prova, tanto no processo judicial como no administrativo, sej a eventualmente desnecessária, só se pode dispensá-la através de ato motivado, não sendo possível falar-se em indeferimento implícito de provas.

No caso dos autos, como bem notou a Dra. Thaís de Laet, a autoridade administrativa não apreciou, em nenhuma das fases procedimentais, o requerimento de produção de prova pericial, reiteradamente formulado pela empresa ora recorrente.

Nestas circunstâncias, aprovo e subscrevo as conclusões do Parecer CJ nº 192/93, opinando, em conseqüência, pelo parcial provimento de recurso

hierárquico, apenas e tão-só para que, anulada a decisão recorrida, outra sej a proferida após o deferimento, ou não, do requerimento de produção de prova pericial, mediante ato motivado.

À elevada apreciação do Senhor Ministro do Estado da Justiça.

24. Em Despacho de 20 de setembro de 1993, o eminente Ministro da Justiça acolhe o Parecer da CJ que, "anulada a decisão recorrida, seja apreciado o requerimento de produção de prova pericial, mediante ato devidamente motivado" (fls 380).

25. Despacho do Senhor Secretário de Direito Econômico encaminha os autos ao Senhor Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica "para apreciar o requerimento de produção de prova pericial, consoante veneranda decisão de Sua Excelência, o Senhor Ministro de Estado da Justiça..." (fls. 419).

26. O AMB indica Assistente-Técnico e protesta pela formulação de quesitos (fls. 430).

27. Às fls. 431/436, a Senhora Coordenadora do DPDE, opina, afinal, no sentido de:

"Isto posto e considerando que o DPDE/SDE assegurou irrestrita defesa, art. 5º, § 1º e art. 6º, alínea b da multicitada Lei, à Recorrente, e considerando finalmente que a autoridade recorrida deu provimento parcial ao recurso apenas para, "anulada a decisão recorrida, outra sej a proferida após o deferimento, ou não, do requerimento de prova pericial, mediante ato motivado, pelas razões expedidas", sugiro o indeferimento da produção de prova pericial, submetendo-se o processo à SDE para cumprimento da decisão do Chefe desta Pasta."

28. A AMB estranha declarações que o Senhor Secretário de Direito Econômico teria concedido ao Jornal do Brasil (02.10.93) segundo as quais o requerimento de produção de provas "é firula jurídica sem nenhuma pertinência". Transcreve parte da entrevista do teor seguinte:

"Este pedido é uma firula jurídica sem nenhuma pertinência. Não queremos apurar se os preços da tabela são abusivos, mas provar que a AMB patrocina a cartelização dos serviços médicos com a sua tabela, afirmou Gomes. Entrarei com nova medida preventiva e vou aumentar a multa para quem voltar a usar esta tabela porque estou convencido de que está havendo limitação à livre concorrência" (JB, Negócios e Finanças, 02/10/93, p.5).

A Representada manifesta sua dúvida quanto a serenidade da decisão administrativa a ser proferida (fls. 438). Reitera seu pedido de perícia contábil e oferece quesitos, que são os seguintes:

- "a) Qual o critério de remuneração pela prestação de serviços médicos e reembolso aos usuários de seus serviços, adotados pelas empresas de medicina de grupo e pelas seguradoras que exploram o seguro saúde?
- b) Quais as diferenças existentes entre a Tabela de Honorário Médico da Associação Médica Brasileira e as tabelas adotadas pelas empresas de seguro saúde e as empresas de medicina de grupo?
- c) Quem elabora as tabelas de honorários e serviços médicos das empresas de medicina de grupo?
- d) Quais os critérios de reajustamento para as sobre ditas tabelas adotadas pelas empresas de seguro saúde e pelas empresas de medicina de grupo?
- e) Quais os critérios de reajustamento das prestações dos planos de seguro saúde?
- f) Os índices de reajustamento desses planos são idênticos aos índices de correção da tabela de pagamento ou reembolso de serviços médicos?
- g) Quando o reajustamento da tabela de pagamento ou reembolso de serviços médicos for inferior aos índices da inflação, a quem aproveita essa diferença? É o médico que se beneficia, a seguradora ou as em-presas de medicina de grupo? Por quê?
- h) Na hipótese de ser proibida a Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira e mantidas as empresas de seguro saúde e pelas empresas de medicina de grupo, a quem aproveita essa proibição? Ao médico? Ao paciente ou usuário do seguro saúde? As empresas de seguro saúde ou de medicina de grupo?
- i) Nos autos constam editais de licitação visando à contratação de serviços médicos. É utilizada a Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira ou são utilizadas as tabelas elaboradas por cada uma das empresas de seguro saúde, ou, ainda, aquelas das empresas de medicina de grupo? Por quê?
- j) Os órgãos públicos foram obrigados a incluir a Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira, nesses editais? Quem obrigou?
- k) Esses editais incluíram as tabelas elaboradas pelas seguradoras e pelas de medicina em grupo? Por quê?
- l) A Associação Médica Brasileira proibiu os órgãos públicos de incluírem nos seus editais as tabelas de honorários médicos elaborados pelas empresas de seguro saúde e empresas de medicina de grupo?

- m) Contratualmente, as empresas de seguro saúde e empresas de medicina de grupo impõem as suas próprias tabelas?
- n) A Associação Médica Brasileira tem algum contrato ou determinação obrigando a alguém a utilizar a sua a Tabela de Honorários Médicos?
- o) Proibir a Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira que, apenas, indica uma "referência" de honorários não irá, conforme o cotejo entre as apontadas tabelas, favorecer as seguradoras e as empresas de medicina de grupo? Por quê?

29. O Senhor Diretor do DPDE determina a remessa dos autos ao ilustre Secretário de Direito Econômico, com sugestão de indeferimento do pedido de prova pericial e o mais que fora requerido. Entende tratar-se de matéria exclusivamente de direito, e julga impertinente, além de ineficaz, a realização de prova pericial, etc. Nada impede, segundo afirma, que nova medida sej a aplicada pela SEDE, "antes mesmo da remessa dos autos ao Exmo. Sr. Ministro desta Pasta, posto que a anulação da medida preventiva anterior, se deu em face, digo, virtude da não apreciação do pedido de prova"(fls. 443, em 08.10.93).

30. O ilustre secretário, fls. 445/446, reitera termos do Despacho anterior, impõe multa, e remete os autos a este CADE.

31. Mais uma vez a Representada recorre ao Sr. Ministro da Justiça (fls. 454/482).

32. Sua Excelência, em Despacho de 9 de novembro de 1993 recebe o apelo no duplo efeito e envia aos autos à sua Douta Consultoria Jurídica, que então se manifesta pelo indeferimento do recurso hierárquico (fls. 514/522).

33. O novo e eminente Titular da Pasta, em venerando despacho de fls. 531, nega provimento ao recurso e remete os autos ao CADE, em 19 de abril de 1994, onde são distribuídos à eminente Conselheira Neide Teresinha Malard, em 5 de abril de 1994.

34. Estou informando que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça deferiu liminar requerida pela Representada para sustar a multa que lhe fora imposta.

35. Vêm-se os autos.

36. A instituição do cartel foi considerada como instituição tipicamente européia e será na Europa que será batizada por Eugen Richter em reunião do Parlamento germânico, em 1879. O termo é então utilizado para caracterizar as organizações de empresários destinadas ao controle privado do mercado. Já então eram assinalados os caracteres básicos da organização

cartelizada: a) a pluralidade de empresas privadas sem mútua dependência; b) o acordo voluntário tendente à exploração orgânica de mercados de certos produtos ou serviços; c) a dissolubilidade prática ou teórica do vínculo jurídico entrelaçante; e d) a fixação prévia dos objetivos gerais e a função de cada um dos seus membros na gestão dos negócios comuns. Ainda na Alemanha, com a ascensão do nazismo, o Estado dominou os cartéis, iniciando-se a cartelização obrigatória de todos os setores da indústria e do comércio.

37. Nos Estados Unidos da América, o "Sherman act" é de 1890 e a chamada "Rule of Reason" foi fixada pela Suprema Corte, em 1911, no julgamento do processo Standar Oil Co New Jersey x United States. E vem funcionando a contento, como se sabe. Recentemente, o Departamento de Justiça dos EUA deu uma demonstração de como funciona e lei antitruste no país. A ministra da Justiça anunciou a descoberta de "uma conspiração" de três fabricantes de utensílios para fixar preços de 90% das facas, garfos e copos plásticos vendidos na América do Norte, um mercado de cem milhões de dólares anuais. Sete executivos foram presos. Declaram-se culpados e reconheceram ter discutido o estabelecimento de preços mínimos para alguns produtos. Podem ser condenados até três anos de prisão e a pagar multas no total de US\$ 8,4 milhões (V. JB, 12/06/94, pág. 22).

38. Entre nós, apenas em 1935 (Lei nº 38) procura-se coibir a alta ou baixa dos preços dos gêneros de primeira necessidade, com o fito de lucro ou proveito, por meio de artifícios fraudulentos. (O crime era de tentativa erigido pela lei em crime autônomo). Entretanto, a Carta de 1937 iria equiparar os crimes contra a economia popular aqueles cometidos contra a segurança nacional, combinando penas agravadas para ambos e fazendo-os julgar pelo Tribunal de Segurança Nacional, órgão da justiça militar. Era um mau começo.

39. O bem jurídico da economia popular seria tutelado penalmente pelo Decreto-Lei nº 869/38 (já falava em "monopólio", "açambarcamento e as coalizões". Posteriormente os crimes contra a economia popular foram regulados pela Lei nº 1.521/51, que criminalizou novos tipos e estabeleceu a competência do Júri para alguns dos crimes (mais graves) que previa o processo sumário para os demais. Somente com a promulgação da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, é que se cria um diploma legal para tratar especificamente do direito antitruste. O CADE será criado no interregno parlamentarista pela Lei nº 4.137/62, e só será regulamentada em 22 de janeiro de ... 1986. Era Ministro da Justiça o notável Deputado Fernando Lyra. Este Procurador exercia as funções de Consultor Jurídico deste Ministério. Posteriormente, vem a Lei nº 8.158/91 ("Institui normas para a defesa da concorrência ..."). E recentemente é editada a Lei nº 8.884, de 11 de

junho de 1994. É esse o penoso caminho da Lei antitruste entre nós.

40. O Egrégio Conselho bem sabe das dificuldades e percalços enfrentados até a promulgação da lei ora em vigor e o quanto ela se distanciou do projeto. original, talvez melhor elaborado, inclusive tecnicamente. Assim como não ignora as resistências que a lei vem causando em um setor das elites, com o que recupera a velha tradição das classes dominantes de não admitir qualquer lei que impeça a desenvoltura do capitalismo selvagem que praticam.

41. É nessa perspectiva que vejo esse processo. Explico por quê. As empresas de plano de saúde organizam-se em cartel, como todos sabem. E aumentam abusivamente os preços das mensalidades que cobram.

42. Alguns registros: "A Unimed São Paulo e a Golden Cross terão de entregar ao Governo ... suas planilhas de custo para justificar os aumentos reais (acima da inflação) em suas mensalidades, de 29,6% e 8,5% em junho, respectivamente (O GLOBO, 7.7.94); "O consumidor deve entrar na Justiça contra os planos de saúde que embutirem reajustes na convenção de mensalidades em URV ... os aumentos são ilegais por ferirem as normas dos contratos e por violarem o Código de Defesa do Consumidor ... " (ESTADO DE SÃO PAULO, 12.07.94, a matéria apontada a Blue Life e a Interclínicas como empresas que teriam aumentado ilegalmente suas mensalidades); "Governo ameaça planos de saúde com MP ... Os planos de saúde são, juntamente com os alugueis e as mensalidades escolares, as áreas mais problemáticas para o Governo ... No Ministério da Justiça, os Órgãos de defesa econômica se preparam para investigar o setor ... (O GLOBO, 16.07.94); "CADE receberá denúncia contra reajustes dos planos de saúde ... contra as empresas Amil e Blue Life, que aplicaram este mês aumentos reais de 43,77% e 30%, respectivamente... Já o Idec também vai pedir a Justiça, em nome de seus associados, a suspensão, por liminar, dos aumentos de cinco empresas: Transmontano, Interclínicas, Amil, Blue Life e Golden Shild ..." (O GLOBO, as reportagens vão em anexo).

43. O que objetivam com esse processo? Derrubar a Tabela da AMB para quê? Certamente para impor outra que consulte seus interesses privados não os interesses da coletividade que é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94 (Parágrafo Único do Artigo 10 da Lei).

44. As empresas de seguro-saúde têm, na sua maioria, as próprias tabelas e querem impô-las aos médicos. Creio, mesmo, que a única forma de impedir a cartelização das tabelas de honorários médicos é manter a Tabela de Honorários da AMB.

45. A propósito, a Tabela da AMB não é impositiva. É referencial de honorários mínimos não aviltantes para a categoria médica. A defesa da

Representada refuta excelentemente os argumentos da FENASEG. Agora mesmo, recebo (e junto) Parecer do Ilustre professor Walter Ceneviva que conclui pela legalidade da tabela. Os autos registram posição, no mesmo sentido, do Egrégio Instituto dos Advogados de São Paulo.

46. Registro Nota Oficial (doc. junto) de entidades lideradas pelo Egrégio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que considera prerrogativa legítima o estabelecimento de tabelas mínimas para a remuneração do trabalho dos seus representados:

"NOTA OFICIAL - As entidades abaixo-relacionadas, reunidas no fórum nacional de debates dos Honorários Profissionais Liberais, consideram que é prerrogativa legítima das classes liberais brasileiras, através de suas representações legais, o estabelecimento de tabelas mínimas referenciais para a remuneração do trabalho de seus representados. Igualmente, manifestam sua solidariedade para com a Associação Médica Brasileira, CNHM e a classe médica nacional, que estão sendo questionadas na sua legitimidade de estabelecer a tabela nacional de honorários. As signatárias deste manifesto entendem que a preservação do interesse público e da dignidade profissional, em qualquer área, é dever creditado as suas entidades representativas, que nesse sentido possuem legítimo de estabelecer limites mínimos aceitáveis para a valorização do trabalho de seus componentes. São Paulo, 26 de Agosto de 1992. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Veterinária, Conselho Federal de Farmácia, Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, Federação Nacional dos Médicos, Federação Nacional dos Arquitetos, Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura, Associação Brasileira de Fisioterapia, Conselho Regional de Medicina de São Paulo, Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo, Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, Instituto dos Advogados de São Paulo, Sindicato dos Contabilistas de São Paulo, Sindicato dos Médicos Veterinários de São Paulo."

47. Registrei, no item 16 acima o parecer da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda grifei sua letra (a), que dizia:

"A Associação Médica Brasileira não tem a característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços de serviços das atividades médicas, no país, com caráter oficial" .

Fosse oficial a entidade, então sua tabela seria aceita pelo órgão da

Fazenda, já se vê. Pois bem, o Eg. Conselho Federal de Medicina é parte integrante de Comissão Nacional de Honorários Médicos que é a responsável pela elaboração da Tabela de Honorários Médicos divulgada pela Associação Médica Brasileira" (grifei divulgada).

"Certificamos, ainda já ser público o entendimento deste Conselho de que a Tabela de Honorários Médicos representa importante mecanismo de orientação referencial de parâmetros mínimos no estabelecimento de valores de retribuição do trabalho médico, indispensável a qualidade e segurança de assistência médica dispensada à população que se utiliza dos sistemas de seguros e assemelhados. Brasília - DF, 2 de maio de 1994. IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ - Presidente".

48. Independentemente do caráter oficial da tabela, será difícil a alguém convencer ao advogado que subscreve este Parecer, e que durante muitos e muitos anos viveu de atividade liberal em seu escritório, que a tabela de honorários da Ordem dos Advogados representa algum desvio ou abuso de poder, ou uniformiza o sistema de preços e serviços, ou inibe a concorrência.

49. O regime militar desorganizou os serviços públicos, em particular os referentes à saúde e à educação. E a redemocratização ainda não soube reorganizá-los especialmente no período do desvario do governo afastado. A derrubada da Tabela atinge cerca de 160.0 médicos e aproximadamente 30 milhões de pacientes. E certamente colaborará para a desorganização ainda maior de um setor agônico.

50. E não é só. Abre caminho para que procedimento semelhante seja tomado contra outras categorias que igualmente estabelecem tabelas em defesa de remuneração que dê ao trabalhador um mínimo de dignidade. Vão em anexo tabelas das seguintes entidades: Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica; Sindicato dos Trabalhadores em Empresas da Radiodifusão do Estado do Rio de Janeiro; Sindicato dos Músicos Profissionais do Estado do Rio de Janeiro; Sociedade Brasileira de Autores Teatrais; Associação dos Repórteres Fotográficos e Cinematográficos do Rio de Janeiro; Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Rio de Janeiro (tabela de preços mínimos para revisão, para redação, diagramação por pág., de saída, de j ornada, de diária em viagem, de saída mista e de jornada mista); Empregados em Empresas de Radiodifusão e Emissoras de Televisão; Sindicato Nacional dos Tradutores; Sindicato dos Profissionais de Dança do Estado do Rio de Janeiro; Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões do Estado do Rio de Janeiro; Sindicato dos Trabalhadores no Comércio Hoteleiro e Similares do Município do Rio de Janeiro; Sindicato

dos Arquitetos no Estado do Rio de Janeiro; Sindicato dos Oficiais Barbeiros, Aprendizes, Ajudantes, Manicures, e Empregados nos Salões de Cabeleireiros para Homens do Município do Rio de Janeiro; Sindicato dos Cabineiros de Elevador do Município do Rio de Janeiro, entre outros.

51. Se a prática da Tabela é em si mesmo condenável, então é questão de tempo alcançar a maioria dos Sindicatos liberais ou autônomos e não apenas as entidades antes referidas e que assinam a Nota Oficial anteriormente registrada. Decisão nesse sentido levará a insegurança de muitas centenas de milhares de trabalhadores em todo Brasil, e não apenas a categoria médica e seus pacientes. Será que não imaginam o impacto social da medida nesse sentido?

52. Será que todos esses sindicatos, todas essas entidades são cartelizadas? Definição de cartel é isso? A quem interessa a desorganização e a insegurança de tantas categorias de trabalhadores e de suas famílias?

53. Estranhei que a Secretaria de Direito Econômico se obstinasse na negativa da prova requeri da pela Representada. Pois bem, nos termos do Art. 30, da Lei nº 8.884/94, represento e requeiro que o SDE prOluova averiguações preliminares contra as empresas de seguro-saúde que saberá identificar e que os Quesitos de fls. 438 e sgs. destes autos sirvam de roteiro para a apuração que deverá fazer, para o que, desde logo, requeiro a extração das peças referidas.

54. A Representada divulga tabela referencial de preços mínimos para que não seja tão aviltado o trabalho dos profissionais de medicina. A entidade não tem qualquer poder para obrigar a sua adoção. O preço mínimo também estabelece um padrão de segurança mínima para o paciente, pois permite que a cobrança (mínima) assegure o exame que precisa. A tabela organiza os serviços médicos que de outra maneira ficarão expostos aos interesses das empresas de saúde que acabarão formando seu cartel de preços, independentemente do respeito à atividade profissional do médico. A tabela da AMB, repito, me parece a única forma de evitar-se o tabelamento pelas empresas em forma de cartel.

55. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94. No uso da atribuição a mim conferida pelo inciso VI, do Art. 1, da Lei nº 8.884, de "zelar pelo cumprimento desta lei", opino pelo arquivamento deste processo.

É o Parecer.

Brasília, 22 de junho de 1994. Marcello Cerqueira - Procurador-Geral

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC

***EMENTA** - Processo Administrativo. Acusação de infringência do art. 3º o, caput, e inciso XV da Lei nº 8.158/91. Tabela de honorários médicos. Sua elaboração e divulgação elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado. Conduta comercial uniforme e concertada entre concorrentes sob a tutela da associação de classe para impor a THM prejudica a livre concorrência e confere a seus participantes poder de regular o mercado em que atuam. Infração per se. Prática configurada.*

Cuida-se do Processo Administrativo nº 61/92 contra a Associação Médica Brasileira - AMB, instaurado pela Secretaria de Direito Econômico/MJ, através do seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica, com base na Representação nº 198/92.

Os fatos que deram origem à Representação nº 198/92 e, posteriormente, ao Processo Administrativo nº 61/92, estão vinculados à denúncia da Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e de Capitalização - FENASEG, inconformada com a edição e divulgação de nova tabela de honorários médicos pela ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA - AMB, através do seu Comunicado nº 01/92. D.O.V. de 06.07.92, que considerou atentatória aos direitos do consumidor e lesiva à ordem econômica.

Temos, portanto, que o processo em epígrafe trata de conduta materialmente expressa no Comunicado nº 01/92, divulgando tabela de honorários médicos elaborada pela AMB que, dessa forma, não só fixa preços dos serviços médicos em que atuam.

Tais fatos se deram em 1992, e foram enquadrados, ao final das investigações, como conduta infringente ao art. 3º, caput e inciso XV, da Lei nº 8.158/91, vigente àquela época.

Constam dos autos, a apresentação de defesa Prévia e Alegações Finais, garantindo-se à AMB amplo direito de defesa. Suas razões não negam a existência da THM e afirma, em síntese, o seguinte:

- A Lei nº 8.158/91 não se aplica às associações sem fins lucrativos;
- A competência da SDE limita-se à empresa ou grupo de empresas com fins lucrativos;
- A Constituição Federal garante a liberdade de associação, assim como, a não interferência estatal nas atividades das Associações;
- É obrigação estatutária da AMB impedir a cobrança de honorários aviltados;

- A AMB não impõe a THM, apenas calcula seus valores, divulga e recolhendo sua utilização, a exemplo de outras entidades de classe;
- Não há uniformidade de preços, pois, as diferenças regionais são permitidas;
- A intenção da AMB é orientar e fornecer subsídios aos médicos e empresas tomadoras de serviços médicos para a manutenção de um nível mínimo de remuneração;
- Não há nexo causal entre a THM e o eventual e final prejuízo dos consumidores;
- A conduta da Representada não se enquadra em nenhuma das hipóteses da Lei nº 8.158/91;
- A tabela foi criada a partir de 1984, e apenas a de 1990 está sendo objeto deste processo, ferindo o princípio da anterioridade penal.

Destaca, ainda a Representada, a existência de Jurisprudência do CADE em seu auxílio, trazendo à colação julgados com base na Lei nº 4.137/62, bem como requer perícia contábil-financeira em duas empresas associadas da Representante para "apuração da real repercussão da THM no custo final dos seguros-saúde".

O Ministério da Fazenda solicitado a emitir parecer técnico, através da Secretaria de Política Econômica, conclui que "a Associação Médica Brasileira não tem característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços dos serviços das atividades médicas, no país, em caráter oficial".

Por sua vez, o Sr. Secretário de Direito Econômico, acolhendo as razões expostas na Nota Técnica de fls. 269/276, no parecer jurídico de fls. 312/315 e do Despacho do

Sr. Diretor do DPDE, às fls. 316, decidiu pela procedência da imputação e pela configuração da infração tipificada no art. 3º, caput e inciso XV, da Lei nº 8.158/91. Adotou a Medida Preventiva prevista no art. 12 e arbitrou multa para seu descumprimento. Ao final, determinou a notificação da Representada e a remessa dos autos ao CADE, para julgamento.

Inconformada com a decisão da SDE, a Associação, com fulcro no art. 21 da supra citada lei, interpõe recurso hierárquico ao Sr. Ministro da Justiça, que dá provimento parcial ao apelo para que sej a apreciado pela Secretaria o requerimento de produção de prova pericial.

Apreciado o pedido de prova pericial, que foi negado por ser considerado procrastinatório, impertinente e irrelevante, a SDE manteve a decisão.

Novamente, a AMB interpôs recurso ao Sr. Ministro da Justiça,

argüindo falta de competência legal do Sr. Secretário de Direito Econômico para aplicar Medida Preventiva e impor obrigação de fazer à Associação, ausência de motivação e relatório circunstanciado, bem como, cerceamento de defesa.

Apreciado o novo recurso, e com base na manifestação da Consultoria Jurídica da Pasta da Justiça, o Sr. Ministro negou-lhe provimento e manteve a decisão recorrida.

É o que dos autos consta de forma relevante a ensejar nosso parecer.

1. A Associação Médica Brasileira - AMB é acusada de influenciar e obter a adoção de conduta comercial uniforme e concertada entre concorrentes, impondo a utilização da Tabela de Honorários Médicos - THM, que elabora e divulga, aos seus associados e aos tomadores e usuários de serviços médicos. Em conseqüência, foi incurso no art. 3º, caput e inciso XV, da Lei nº 8.158/91., "in verbis":

"Art. 3º . Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sej am alcançados, tais como:

.....

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

....."

2. Preliminarmente, a questão que se levanta é a que diz respeito à natureza da própria Lei nº 8.158/91, que trata da defesa da concorrência.

Historicamente, podemos dizer que os primeiros diplomas legais sobre a matéria ti veram por escopo uma classi ficção de ilicitudes penais, culminando com a edição da Lei nº 4.137/62, que, a despeito de ter sido tecnicamente muito bem elaborada, teve sua aplicação comprometida pelas circunstâncias políticas da época (quando o próprio Estado incentivou a agregação de empresas, a cartelização de preços e o cartorialismo do mercado com uma política protecionista), além de, e principalmente, pela extrema dificuldade de operar com processos de lenta apuração e decisões não satisfatórias, conseqüência das características próprias de sua natureza processual penal.

Com o advento da Constituição de 1988, podemos distinguir um

claro sinalizador de uma nova tendência, quando seu texto cuida da defesa da concorrência não apenas em termos de repressão ao abuso do poder econômico, mas também em termos preventivos, quando elege o Estado agente normativo e regulador da atividade econômica. É também dever do Estado atuar preventivamente de forma a obviar a ocorrência de situações prejudiciais a um ambiente competitivo eficiente e evitar condições para a prática do abuso pelo agente.

Essa tendência cristalizou-se em 1990, com as leis nº 8.137/90 e 8.158/91, estabelecendo um regime diferenciado para a defesa da concorrência. Enquanto a Lei nº 8.137/90 define "crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo", prevendo penas privativas de liberdade em processo de apuração de natureza penal, instaurado na esfera do Poder Judiciário, a Lei nº 8.158/91 institui "normas para a defesa da concorrência", em processo de apuração administrativo.

O estabelecimento de dois tipos distintos de procedimento, o administrativo e o penal, significou uma evolução do conceito penalista inicial, alargando a perspectiva de atuação, que se tornou mais abrangente e capaz de acionar mecanismos mais célebres não só de repressão, como também de prevenção aos abusos e distorções de mercado.

A lei nº 8.158/91, que fundamenta o presente parecer, dá competência à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça para "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."

Da mesma forma, determina que a SDE atue de forma a evitar que distorções possam ocorrer no mercado, nomeando dentre outras, o controle regionalizado do mercado.

Alega a AMB que o fato é atípico e a lei não alcança entidades sem fins lucrativos, como é o seu caso.

No entanto, na exegese do texto legal, estão alcançadas todas as pessoas físicas, instituições civis, sindicatos e associações que, de maneira direta ou indireta, pratiquem atos que produzam ou possam produzir reflexos nas relações de mercado.

Do artigo publicado na Revista de Direito Econômico do CADE, nº 21, intitulado "Da abusividade do poder econômico", da lavra do eminente professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., extraímos o parágrafo que transcrevemos, por sua lucidez e clareza:

"Mesmo no exercício de prerrogativas legítimas, conferidas por lei ou não proibidas pela legislação, a ação econômica pode ferir interesses, lesar terceiros, produzir desequilíbrios no mercado. Trata-se então de uma lesão de direitos que, inobstante a legitimidade da prática, pode gerar responsabilidade. Ou seja, o ato que obedece os limites da lei mas que, no exercício do direito viola princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, constitui um abuso do poder econômico enquanto poder juridicamente garantido pela Constituição."

E, mais adiante, continua o ilustre professor:

"Não é a malícia do agente mas os resultados de sua estratégia que configuram o abuso".

3. No mérito, a questão que se coloca de plano é a elaboração e divulgação da tabela de preços como ato prejudicial à concorrência, uma vez que elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado.

"As condutas que afetam a formação dos preços constituem um dos dados de maior importância contemplados pelas normas reguladoras da concorrência. O funcionamento adequado do sistema de preços é um dos fins fundamentais da legislação aqui analisada (...) Dado que a determinação dos preços por ofertantes e demandantes constitui um dos elementos fundamentais das estruturas competitivas, a tutela dos mecanismos correspondentes a essa determinação é um dos elementos centrais da legislação antitruste. "(Guillermo Cabanellas - "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia").

Outra questão, igualmente relevante, é a imposição dos valores fixados na TEM aos tomadores de serviços e/ou seus usuários, em ação concertada entre concorrentes sob a tutela de entidades representativa de classe, o que, por sua vez, elimina a possibilidade de concorrência entre eles.

Podemos afinar, com base na Doutrina de países que adotam a defesa da concorrência em sua legislação, que toda conduta que afete a concorrência em relação à determinação de preços constitui um ato anticompetitivo.

As tabelas de preços geram efeitos anticompetitivos indubitáveis e

que estão centrados no fato de que seus preços, se tidos como referenciais mínimos, podem desencorajar a entrada de novos participantes no mercado; e se tidos como máximos, podem acabar se tornando mínimos.

Esta a lição do ilustre Conselheiro-relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, relator do processo administrativo nº 53/92, que trata de matéria assemelhada e já julgada por este Egrégio Conselho.

Ainda socorrendo-nos das razões expostas no voto do Conselheiro-relator naquele caso, e a seu exemplo, escudamo-nos na experiência refletida em decisão da Suprema Corte americana, no caso U.S. x Trenton Potteries Co., que é conclusiva:

"O poder de fixar preços, exercido de forma razoável ou não, implica o poder de controlar o mercado e de fixar preços arbitrários e não razoáveis.

O preço razoável fixado hoje pode através de mudanças econômicas e empresariais, tornar-se o preço não razoável de amanhã."

Este o ponto nodal, sem dúvida inquestionável em qualquer mercado, aqui ou lures. A tabela de preços confere poder a quem elabora e a quem dela se serve, de controlar preços no mercado ao arripio das forças reguladoras da lei da oferta e da demanda, contrapondo-se, portanto, a um dos principais objetivos da legislação de defesa concorrência.

Da mesma forma, a ação coordenada e uniforme entre concorrentes confere, a seus participantes, poder de mercado em grau suficiente para torná-los aptos a modificar, a seu talante, as relações normais em dado mercado. E, se por um lado, cria posição dominante, por outro, desestimula, pela ausência de competição efetiva, a busca pela eficiência técnica e econômica, contrapondo-se, igualmente aos objetivos da legislação concorrencial.

Essas práticas, se combinadas, como o caso dos autos, prejudicam a concorrência e usam distorções nas relações de mercado. O dano consubstancia-se na perda da concorrência relativa a preços e no domínio de mercado, artificialmente adquirido, através de acordo entre concorrentes, que lhes propicia o controle regionalizado do mercado.

No caso em tela, a Associação Médica Brasileira elaborou, divulgou e recomendou aos seus associados a aplicação da THM, influenciando a adoção de conduta comercial uniforme e concertada entre concorrentes (seus associados), impondo aos tomadores de serviços e/ou usuários preços artificialmente estabelecidos.

Tais atos são prejudiciais ao mercado, na medida em que não permitem a concorrência relativa a preços dos serviços, desestimulam a busca da

qualidade e diversificação, e criam condições potenciais de controle regionalizado desse mercado avés da regulação da oferta de serviços.

Devemos reconhecer, entretanto, que essa tem sido uma prática comum em alguns ores da economia, ainda não afeitos aos novos tempos de mercado livres da intervenção governamental. A adaptação, em alguns casos, torna-se mais lenta pela força costume arraigado em toda a sociedade.

Apesar disso, não conseguimos vislumbrar nenh\lma vantagem que pudesse tificar a manutenção da THM. Senão, vejamos:

- Os preços artificialmente fixados não se mostram compatíveis com os custos efetivos de cada agente econômico. Há diferenças acentuadas nos custos da prestação dos mesmos serviços por agentes diversos, indubitáveis, como a qualificação profissional, a diversidade de equipamentos utilizados, estruturas administrativas diferenciadas, tamanho das instalações e capacidade gerencial.

Nos mercados competitivos, serviços idênticos podem ser produzidos a custos diversos, gerando, como conseqüência, maior diversificação na oferta e preços diferentes, dando ao usuário um leque maior de opções. Isso não acontece nos mercados não-competitivos, onde os preços são artificialmente idênticos e uniformemente estabelecidos. Nesse caso, o benefício é deslocado para os ofertantes, em detrimento dos usuários.

No mesmo sentido, a fixação de preços através da THM não beneficia os usuários e nem entidades contratantes, que embora possuam maior poder de barganha, não o exercem se o acesso direto aos prestadores dos serviços contratados está condicionado ao cumprimento de uma tabela previaluente acordada.

- Os preços artificialmente fixados não levam em conta a qualidade dos serviços e a qualificação profissional de quem os presta, uma vez que o valor pré-estabelecido desestimula a diversificação da oferta, a busca da melhoria e avanço tecnológico. De certa maneira, parte-se do princípio de que todos serviços são prestados de maneira igual, sem considerar a competição em termos de qualidade técnica e profissional.

- Não havendo benefícios para os usuários, observamos, no entanto, que a THM traz benefícios aos ofertantes dos serviços, que, dessa forma, se encontram ao abrigo da competição por preços e, via de conseqüência, pela qualidade.

Por todo o exposto, nosso entendimento é no sentido de entender a

THM como instrumento indutor de condutas anticompetitivas. E, como tal, sua adoção e imposição a terceiros legitima atos prejudiciais à concorrência, eis que interfere indevidamente nos mecanismos de formação de preços, induz à condutas uniformes e concertadas entre concorrentes, tornando-os aptos a controlar a oferta de prestação de serviços no segmento em que atuam.

Os efeitos de domínio de mercado e prejuízo à concorrência, necessários à configuração do tipo previsto na Lei nº 8.158/91, estão consubstanciados na própria neutralização das forças reguladoras da lei da oferta e da demanda, e na eliminação da competição efetiva entre prestadores de serviços médicos, criando aptidão para o controle da oferta nesse segmento.

A comprovação material da conduta, aliás não negada pela Representada, está registrada no Comunicado nº 01/92.

Assim, temos como caracterizada a infração à ordem econômica, nos termos do art. 3º, caput e inciso XV, da Lei nº 8.158/91, opinando, portanto, pela procedência do presente processo.

Brasília, 02 de fevereiro de 1996

Magali Klajmic

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA NEIDE TERESINHA MALARD

A Secretaria de Direito Econômico - SDE instaurou processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91, contra a Associação Médica Brasileira - AMB, em virtude de representação oferecida pela Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e de Capitalização. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE entendeu que a elaboração de tabelas de honorários uniformes e mínimos, a serem obedecidas, a nível nacional, por médicos, hospitais e serviços ambulatoriais, e a imposição de regras e condições, cujo descumprimento acarretaria o descredenciamento, constituíam prática enquadrável no art. 3º, incisos I, IV, XV e XVII do referido diploma, fazendo-se, pois, presentes os indícios de lesão ao mercado (fls. 106).

A AMB foi notificada da instauração do processo (fls. 109), tendo oferecido defesa prévia às fls. 144/154, acompanhada dos documentos de fls. 155/167. Invoca, em preliminar, a inaplicabilidade da Lei nº 8.158/91 às associações sem fins lucrativos, escudando-se no art. 6º da Lei nº 4.137/62. Alega que a SDE tem seu âmbito de atuação limitado a empresas e grupos de

empresas. Ademais, não se pode pretender que uma associação de pessoas físicas possa dominar mercados de bens ou serviços, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Argumenta, ainda, que os limites constitucionais da Lei nº 8.158/91 estão delineados no § 4º do art. 173 da Lei Maior, onde se fala em eliminação da concorrência, e não em prejuízo.

Por outro lado, continua a AMB, qualquer restrição das liberdades individuais asseguradas na Constituição, que importa intervenção do Estado no domínio econômico, há de ser concretizada mediante lei complementar, conforme magistério de Fábio Konder Comparato. Nessa esteira, a legislação ordinária que trata da defesa da concorrência seria inconstitucional.

No mérito, argüi que os aumentos dos valores de suas tabelas não são exorbitantes, tendo sido calculados abaixo dos índices oficiais da inflação.

Diz a AMB que, antes de elaborar a sua própria tabela, havia quase uma centena de outras, ficando os médicos à mercê dos exploradores de seus serviços, recebendo o quanto lhes pagavam, aviltados cada vez mais os seus honorários. Tal situação provocava um natural prejuízo ao consumidor. Assim, sensível a essa injusta situação, resolveu, a partir de 1984, implantar as tabelas de honorários, no exercício regular de um direito, e na forma de suas obrigações estatutárias, não havendo no vigente ordenamento constitucional qualquer possibilidade de interferência do Estado no funcionamento de entidades associativas.

Afirma que nunca pretendeu impor os honorários mínimos a quem quer que seja, apenas calculando-os, divulgando-os e recomendando-os, através de sua Comissão Nacional de Honorários. Assim, comporta-se como a Ordem dos Advogados do Brasil e outras associações.

Exime-se da acusação dos altos custos hospitalares e nega que esteja padronizando ou uniformizando o sistema de preços dos serviços médicos do País, afirmando que o coeficiente de honorários (CH) pode ser regionalizado, na medida em que as associações ou entidades representativas dos Estados entenderem que o valor base estabelecido nacionalmente pela AMB deva ser diminuído ou aumentado.

Diz, ainda, que a tabela não é inibidora da concorrência para os usuários do sistema, pois estes não pretendem adotá-la já que não querem abrir mão de seus lucros abusivos. Ademais, os consumidores têm várias opções de planos de saúde, de acordo com o seu poder aquisitivo, sendo absurdo admitir que a remuneração do trabalho humano seja fator de prejuízo ao consumidor.

Afirma que pretende apenas fornecer subsídios aos médicos e empresas tomadoras de seus serviços, para que mantenham o nível mínimo de

remuneração, preocupando-se, assim, com a preservação da qualidade do atendimento ao consumidor final.

Conclui, dizendo que não infringiu a lei da concorrência, não se enquadrando a sua conduta em qualquer das práticas elencadas nos incisos do art. 3º da Lei nº 8.158/91, conforme consta da acusação. Faltou-lhe, ainda, o elemento subjetivo, dolo específico, conforme disposto no § 4º do art. 173 da Constituição.

Às fls. 230/242, a Coordenadoria Geral Técnica do DPDE manifestou-se sobre a defesa prévia da AMB, concluindo que a existência da tabela por si só caracteriza infração à ordem econômica, razão por que deveriam ser tomadas as providências previstas no art. 6º, alínea b, da Lei nº 8.158/91, o que efetivamente ocorreu com a notificação da representada para oferecer defesa (fls. 246/247).

Defende-se a AMB às fls. 248/265. Além de repetir os mesmos argumentos da defesa prévia, ao rebater o parecer técnico do DPDE, aduz que as infrações contra a ordem econômica têm natureza penal, exigindo-se, para a sua configuração, tipicidade mais rígida.

Insiste em que as associações de classe, sem fins lucrativos, não estão abrangidas pela legislação de defesa da concorrência, quer pela aplicação do princípio da reserva legal, quer pelo disposto no art. 5º da Constituição Federal. Cita precedentes do CADE a respaldar a tese de que entidades sem fins lucrativos não são passíveis de processo perante o Conselho.

Invoca, por derradeiro, o princípio da anterioridade da lei que afastaria a ilegalidade da tabela, que foi elaborada em 1984, antes, portanto, da Lei nº 8.158/91.

Requer, por fim, o arquivamento do processo, protestando pela produção de provas, especialmente a pericial.

O DPDE, no relatório final de fls. 269/276, conclui pela existência de infração à ordem econômica, enquadrando a conduta da AMB no inciso XV do art. 30 da Lei nº 8.158/91, e sugerindo o encaminhamento do processo ao CADE.

A fls. 305, a representada fez juntar parecer do jurista Carlos Alberto Bittar, que se manifesta pela inaplicabilidade da Lei nº 8.158/91 às associações civis, por não serem estas agentes econômicos, falecendo, pois à Secretaria de Direito Econômico competência para instaurar processo contra a AMB. No mérito, afirma que a simples elaboração e divulgação da tabela não caracteriza prática inibidora da concorrência, por não se tratar de atividade comercial. Entende ser a tabela uma manifestação legítima da entidade associativa.

Às fls. 312/315, manifesta-se mais uma vez o DPDE, pelo encaminhamento do processo ao CADE.

O Secretário de Direito Econômico adotou, então, medida preventiva contra a AMB, determinando-lhe a cessação da prática anticoncorrencial, sob pena de pagar a multa diária de 10.000 UFIR, em caso de descumprimento. Determinou, também, a remessa dos autos ao CADE, por entender configurado o ilícito contra a ordem econômica (fls. 317).

Dessa decisão recorreu a AMB ao Ministro da Justiça, com as razões de fls. 322/329, onde alega cerceamento de defesa, além de refutar o mérito da decisão.

O recurso foi acolhido apenas no que se refere à não manifestação do Secretário sobre o requerimento de produção de prova pericial, formulado pela representada.

No DPDE sugeriu-se fosse denegada a prova requerida por se tratar a questão posta nos autos apenas de matéria de direito (fls. 431/436 e 443).

No despacho de fls. 445, o Secretário de Direito Econômico indeferiu a prova pericial, impondo à AMB nova medida preventiva, objetivando a cessação da prática anticoncorrencial, ao tempo em que determinou a remessa dos autos ao CADE.

Dessa decisão recorreu a AMB ao Ministro da Justiça (fls. 454/482), que improveu o recurso, determinando a remessa do processo ao CADE (fls. 531).

Por distribuição veio-me o processo (fls. 540), que, em seguida, foi concluso ao ilustre Procurador-Geral do CADE, que acostou o parecer de fls. 542/569.

Segundo o então Procurador-Geral do CADE, Dr. Marcelo Cerqueira, as empresas de plano de saúde organizam-se em cartel e aumentam abusivamente o preço de suas mensalidades. Representaram contra a AMB com o intuito de derrubar a tabela da Associação e impor outra de seu interesse. Assim, a tabela dos honorários médicos da AMB seria até uma maneira de defesa contra a cartelização. Ademais, a tabela não é impositiva.

Registra o ilustre Procurador-Geral uma Nota Oficial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que considera uma legítima prerrogativa das associações estabelecer a remuneração de seus associados.

Observa, ainda, Dr. Marcelo Cerqueira que a derrubada da tabela atingiria 160.000 médicos e cerca de 30 milhões de pacientes, sendo certo que abriria caminho para que se fizesse o mesmo com as tabelas de outras categorias, que existem em defesa de uma remuneração que garanta um mínimo de dignidade ao trabalhador.

Junta o Procurador inúmeras tabelas utilizadas por sindicatos e associações.

Afirma que a tabela da AMB é apenas referencial de preços mínimos, e que a Associação não tem poderes para obrigar sua adoção. Por outro lado, o preço mínimo estabelece um padrão de segurança para o paciente, sendo que a tabela organiza os serviços médicos, que, de outra maneira, ficariam expostos aos interesses das empresas prestadoras de serviços de saúde.

Opina, finalmente, pelo arquivamento do processo.

Retornaram-me os autos, tendo sido, no entanto, suspenso o julgamento do processo no CADE, por determinação do ilustre relator do Mandato de Segurança impetrado pela a AMB junto ao Superior Tribunal de Justiça, contra a decisão do Ministro da Justiça que denegou provimento ao recurso interposto pela representada, mantendo a decisão do Secretário de Direito Econômico que aplicou à impetrante a medida preventiva prevista no art. 12 da Lei nº 8.158/91, ao tempo em que determinava a remessa do processo ao CADE para julgamento.

No mesmo mandado de segurança, a AMB pedia t'osse julgada atípica a conduta.

A segurança foi parcialmente concedida para tornar sem efeito a aplicação multa, à falta de competência da SDE.

Quanto à atipicidade da conduta, entendeu o Tribunal que se tratava de matéria mérito, em exame no CADE, não cabendo ao Poder Judiciário, naquela fase, inibir a atuação do Colegiado, criado por lei para reprimir o abuso do poder econômico, sob pe de invasão de outro poder (fls. 616/625).

Face à decisão do STJ, dei prosseguimento ao processo, convocando representada para celebrar com o CADE compromisso de cessação. A pauta c negociações encontra-se às fls. 533/635.

À primeira reunião compareceu a AMB, sendo-lhe solicitado que apresentasse s proposta de compromisso de cessação, no prazo de dez dias (fls. 636). Por duas ve2 pediu a representada a prorrogação do prazo, à alegação de que necessitava de tem hábil para reunir seus dirigentes (fls. 647/638 e 642/642).

Deferi a primeira prorrogação, tendo sido concedido o prazo total de 30 dias (f 640). Indeferi o segundo pedido de prorrogação, assegurando, no entanto, à representa o direito de propor ao CADE, até 15 dias antes do julgamento, sua proposta para cessar a prática (fls. 669).

Não houve qualquer lnanifestação nesse sentido por parte da representada.

Foi designada Procuradora "ad hoc" a Dra. Magali Klajmic (fls. 669), cujo parecer conclui pela caracterização da conduta infrativa, pedindo a procedência da representação (fls.677/684).

É o relatório.

Neide Teresinha Malard

Conselheira-Relatora

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA NEIDE TERESINHA MALARD

1. A SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE entendeu que a tabela de honorários da Associação Médica Brasileira - AMB, fixando valores mínimos, divulgada a nível nacional, constitui prática restritiva da concorrência, enquadrável no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91.

Dispõe o mencionado dispositivo:

Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

.....

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

2. A representada invoca o princípio da anterioridade da lei para afastar a hipótese de ilegalidade de sua tabela, que foi elaborada em 1984, antes, portanto, da Lei nº 8.158/91.

A questão é de direito intertemporal. Na verdade, tem-se uma sucessão de três leis: a Lei nº 4.137, de 1962; a Lei nº 8.158, de 1991, e a Lei nº 8.884, de 1994, cabendo, pois, decidir qual delas será aplicada à espécie.

O princípio norteador da sucessão das leis é o "tempus regit actus", segundo o qual os fatos são regulados pela lei vigente à época em que ocorreram.

2.1 Não há qualquer dúvida quanto às normas de natureza processual ou procedimental, cuja aplicação se dá de forma imediata. Aplica-se, portanto, à espécie a Lei nº 8.884, de 1994, obedecido, por certo, o princípio do juiz natural, consagrado no inciso LIV do art. 5º da Constituição

Federal.

Com esse entendimento, convoquei a representada para celebrar com o CADE o compromisso de cessação previsto no art. 53 da Lei nº 8.884/94, frustrada, no entanto, a minha iniciativa.

Em seguida" submeti o processo a exame e parecer da Procuradora "ad hoc", Dra. Magali Klajmic, que se manifestou às fls. 677/689, publicandose a ementa de seu parecer no Diário Oficial da União. A pauta de julgamento foi publicada com a antecedência legal, sendo dela ainda notificada a representada, por seus ilustres patronos. Assegurou-se, também, à representada o direito de propor ao CADE a celebração do compromisso de cessação até 15 dias antes da realização do julgamento, evitando-se, assim, expedientes protelatórios.

Cumpriram-se, pois, todas as formalidades procedimentais da nova lei, assegurando-se à representada o amplo direito de defesa.

2.2 Na esfera do direito punitivo, o princípio básico é o de que a lei não retroage, senão para beneficiar o indivíduo, assegurando-lhe, assim, a estabilidade da ordem jurídica.

A representada argüi que a tabela foi criada em 1984, antes da vigência da Lei nº 8.158/91. Ocorre, porém, que não é a criação da tabela que se discute, mas a sua utilização, cuja legitimidade é defendida pela AMB.

A criação da tabela em 1984 é apenas um dado histórico, sem qualquer relevância para o caso, pois o que se imputa à AMB é a prática anticoncorrencial de uniformização de conduta, consubstanciada na utilização da tabela de honorários, para alcançar o domínio de mercado, em prejuízo da concorrência.

Por isso, instaurou-se o processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91, vigente à época dos fatos e da representação, diploma que considerava abusivo qualquer ato ou conduta que tivesse como objeto "obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes".

Durante todo o trâmite do processo administrativo, a AMB admitiu a utilização da tabela, defendendo-a como um instrumento de defesa da categoria médica e do próprio consumidor.

A tabela ainda existe e continua a ser utilizada e reajustada. Não há nos autos qualquer dúvida quanto a este aspecto. Não se nega a existência da tabela, mas apenas o seu objeto ou efeito anticoncorrencial, afirmando-se sua necessidade para a categoria médica e a legitimidade da Associação de adotá-la.

A conduta abusiva imputada à AMB teria, então, ocorrido na

vigência da Lei nº 8.158/91, devendo ser agora julgada sob a égide da Lei nº 8.884/94. Todavia, a famigerada tabela, mecanismo de uniformização da conduta anticoncorrencial imputada à representada, ainda continua a vigorar, não tendo, portanto, cessado a prática tida como anticoncorrencial. É de se lhe aplicar, então, a lei vigente.

A questão, portanto, que se coloca é saber se a lei em vigor considera ilícita a conduta imputada à AMB.

O art. 21, inciso 11, da Lei nº 8.884/94, dispõe:

"II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;"

Nota-se a exata repetição do texto anterior, tratando-se, pois, de fato assimilável pelo novo diploma legal. A única diferença está na estrutura da lei, pois o legislador de 94, diferentemente do de 1991 (art. 3º), que inseriu no mesmo dispositivo as condições de antijuridicidade, preferiu colocar aquelas condições em dispositivo diverso, qual seja, o art. 20.

Cabe, portanto, no exame do mérito da questão, verificar se a utilização da tabela configura a hipótese prevista no inciso II, acima transcrito, e se a conduta da AMB tem por objeto ou produz o efeito de prejudicar a concorrência, dominar mercado ou aumentar os lucros.

3. Uma outra questão preliminar que se coloca neste processo é a aplicabilidade das leis de defesa da concorrência às associações civis de profissionais liberais, sem fins lucrativos.

Louvando-se no parecer do ilustre jurista Carlos Alberto Bittar, a representada invoca a inaplicabilidade da Lei nº 8.158/91 às associações civis, por não serem estas agentes econômicos, falecendo, pois, à Secretaria de Direito Econômico competência para instaurar processo contra a AMB. Ademais, somente as práticas comerciais seriam inibidoras da concorrência.

O fundamento dessa assertiva estaria no art. 6º da Lei nº 4.137/62, verbis:

Art. 6º. Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fim lucrativo.

3.1 Improcede, a meu ver, o argumento da representada. A legislação de defesa da concorrência busca prevenir e reprimir condutas que afetam a normalidade dos mercados de produtos e serviços que não sejam

regulados por leis especiais. Assim, ressalvadas as isenções legais, qualquer atividade produtiva, com fim lucrativo, seja para a produção de bens ou prestação de serviços, submete-se à legislação de defesa da concorrência, pois é exercida em determinado mercado, na disputa pela preferência do consumidor, a quem deve ser assegurado o direito de, soberanamente, escolher os bens ou serviços de que necessita para satisfazer suas necessidades, ao preço que lhe convém.

Admitir a imunidade das associações e entidades que congregam produtores e vendedores de bens ou prestadores de serviços seria o mesmo que autorizar a institucionalização do cartel, que, na grande maioria das vezes, se utiliza daquelas instituições para facilitar suas ações, dando-lhes aparência legal.

A aplicabilidade da legislação de defesa da concorrência às associações, seja em elas de profissionais liberais, produtores, vendedores ou prestadores de serviços é hoje, no direito antitruste brasileiro, questão superada, tendo o legislador dedicado às práticas por elas levadas a efeito inciso específico no art. 3º da Lei nº 8.158/91, verbis:

XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cujas finalidades ou efeitos configurem quaisquer das práticas indicadas nesta Lei.

3.2 Justifica-se, plenamente, a incidência da legislação de defesa da concorrência sobre tais associações.

As comerciais ou industriais, por exemplo, incluem dentre os seus objetivos o levantamento de dados e informações de interesse específico dos associados. Esses dados referem-se a estatísticas relativas à oferta e à demanda dos produtos do setor, volume de produção, capacidade instalada das empresas, fonte e custo de matéria-prima e mão-de-obra, inovação tecnológica, segurança do trabalho, proteção ambiental e ao consumidor, para citar apenas alguns.

Não se pode negar a utilidade dessas associações e o relevante papel que desempenham para a melhor performance do mercado, ao disseminarem as necessárias informações do setor produtivo, incrementando as possibilidades de novos negócios, tornando o mercado mais conhecido dos agentes econômicos e, portanto, mais competitivo.

Essas associações não têm fins lucrativos. e seus afiliados, em geral, são concorrentes entre si, encontram-se com certa regularidade, desfrutando,

naturalmente, da oportunidade de conversarem sobre seus negócios, discutirem sobre seus custos e preços, facilitando, enfim, o acerto de condutas.

Não raro, porém, essas associações se afastam dos objetivos de sua criação, para se dedicarem a práticas anticoncorrenciais, como fixação de preços, divisão de mercados e uniformização de condutas, de sorte a restringir a concorrência entre os associados, em prejuízo dos consumidores.

33. Também as associações de profissionais liberais podem influir a conduta de seus associados, em prejuízo da concorrência.

É certo que os profissionais liberais são prestadores de serviços especializados, e não fabricantes de mercadorias vendidas em balcão. Seus serviços, na maioria das vezes, são procurados em função da reputação ou do talento individual, sendo a qualidade o elemento concorrencial mais importante neste mercado. Por outro lado, seus códigos de ética profissional ou as leis reguladoras de suas atividades buscam assegurar padrões elevados de serviços, de sorte que o profissional não se oriente apenas pela lucratividade da profissão.

Reconhece-se, pois, dentro da própria categoria, não apenas a especialidade, como também a notoriedade. Contam os anos de experiência, a atividade acadêmica, a dedicação à pesquisa, a participação em congressos e seminários, a afiliação a associações científicas, enfim, uma série de atributos e qualidades que, com toda certeza, distinguem o profissional, fazendo sobre ele recair a preferência do paciente.

O mesmo se pode dizer quanto às instituições hospitalares e clínicas de saúde. Distinguem-se pelas instalações, recursos humanos, equipamentos, especialidades laboratoriais e radiológicas, localização e hotelaria. Pequenas distinções podem, às vezes, instigar a preferência do consumidor, o que fará com que se desenvolva uma concorrência saudável entre aqueles agentes econômicos da área da saúde.

O que não dizer, então, dos planos de saúde que, diante do colapso da saúde pública, vêm ganhando cada vez mais espaço entre aqueles que podem pagar?

O fato é que os serviços de saúde são hoje, sem qualquer dúvida, uma atividade produtiva complexa, destinada ao mercado, para ser vendida não como uma "commodity", mas como um produto de marca, calcado num "marketing" sofisticado.

As associações dos profissionais liberais que integram esse mercado não podem extrapolar seus objetivos sociais, de cunho técnico, científico e até moral, realizando uma atividade reguladora do mercado, sob o pálio de uma pretensa política de valorização da categoria. Terminam por igualar desiguais

e colocar no mesmo nível bons e maus profissionais, passando ao consumidor uma falsa imagem de dignidade e competência técnica.

4. Alega a AMB que qualquer restrição das liberdades individuais asseguradas na Constituição, que importa intervenção do Estado no domínio econômico, há de ser concretizada mediante lei complementar. Assim, a legislação ordinária que trata da defesa da concorrência seria inconstitucional.

A questão da espécie normativa a regular determinada matéria é de expressa remissão constitucional, inexistindo na Lei Maior qualquer dispositivo que reserve a regulação da defesa da concorrência ou da repressão ao abuso do poder econômico à lei complementar. Todas as vezes que a Constituição remete ao processo legislativo determinada matéria, que deva ser regulada por lei complementar, a remissão àquela espécie normativa é expressa. Inexistindo tal remissão, a matéria há de ser regulada por lei ordinária.

Ademais, ainda que CADE desfrutasse da mesma opinião da representada quanto à inconstitucionalidade do diploma em questão, não poderia deixar de aplicá-lo, pois limita em favor das leis a presunção de validade constitucional até que seja declarada a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Por isso mesmo, a Constituição conferiu ao Advogado Geral da União a obrigação de defender a lei impugnada (art. 103, § 3º).

5. A AMB argumenta que, antes de elaborar a sua, existia uma centena de outras tabelas, ficando os médicos à mercê dos exploradores de seus serviços, que lhes pagavam honorários cada vez mais aviltados. Tal situação, afirma, provocava um natural prejuízo ao consumidor. Assim, sensível a essa injusta situação, resolveu, a partir de 1984, implantar as tabelas de honorários, com as quais pretende apenas fornecer subsídios aos médicos e empresas tomadoras de seus serviços, para que mantenham o nível mínimo de remuneração, preservando-se, assim, a qualidade da prestação médica para o consumidor final. Assim agindo, está no exercício regular de um direito, cumprindo suas obrigações estatutárias, não havendo no vigente ordenamento constitucional qualquer possibilidade de interferência do Estado no funcionamento de entidades associativas.

Observe-se, porém, que os direitos constitucionais não de ser interpretados em consonância com os princípios gerais consagrados na Lei Maior.

O direito de livre associação pressupõe a finalidade lícita, e lícito é aquilo que a lei não proíbe. Não se admite, no Estado de Direito, a associação corporativa, protegida pelo Estado e, muitas vezes, por ele organizada para conceder privilégios e monopólios a determinadas categorias ou classes de cidadãos. Essa é uma das principais razões por que a Constituição não só veda

a obrigatoriedade do cidadão de associar-se ou manter-se associado, como também toda e qualquer interferência estatal no funcionamento das associações. Deverão ser elas, portanto, entidades comuns, como quaisquer outras, sujeitas a direitos e obrigações, na forma de seus estatutos e do direito vigente, sem privilégios legais concedidos pelo Estado. A Constituição rompe, pois, definitivamente, com os tratamentos especiais que eventualmente pudessem ser concedidos às associações.

Estão elas, portanto, sujeitas à lei de defesa da concorrência, e não podem, sob o pretexto de proteger seus associados da exploração de quem quer que os contrate, ou de tornar mais digno os aviltados honorários da classe que congregam, extinguir a concorrência entre eles, arbitrando honorários.

A uniformização de honorários e preços de serviços, que pode até ser benéfica para os médicos, afronta o soberano direito de escolha do consumidor, que pagará os mesmos preços pelos serviços de que necessitar, sejam eles prestados por um experiente ou inexperiente profissional, sejam os exames laboratoriais ou radiológicos feitos por técnicas mais modernas ou ultrapassadas, disponha o hospital de boas ou más instalações.

A concorrência, direito que a lei confere não só a quem produz, mas igualmente a quem consome, pressupõe a pluralidade de agentes e de produtos e serviços, disputando as preferências do mercado, verdadeiro árbitro, que proporciona o equilíbrio das forças do que nele atuam - vendedores e compradores. Qualquer uma dessas forças que venha, unilateralmente, estabelecer regras de conduta, romperá o equilíbrio, com prejuízo para a outra, justificando, assim, a presença do Estado para restaurar a normalidade da competição.

6. Outro argumento da AMB é o de que os limites constitucionais da Lei n. o 8.158/91 estariam delineados no § 40 do art. 173 da Lei Maior, onde se fala em eliminação de concorrência e não em prejuízo. Ademais, teria faltado à representada o elemento subjetivo, o dolo específico, conforme exigido no texto constitucional.

O suporte constitucional da legislação da defesa da concorrência não é apenas a norma que se contem no citado parágrafo, mas o princípio da livre concorrência, que justifica a existência do próprio dispositivo.

A livre iniciativa constitui princípio fundante da ordem econômica, enquanto a livre concorrência é seu princípio diretor. Na medida em que a livre iniciativa tutela o direito de apropriação dos meios de produção e do exercício de atividade produtiva, restringindo a atuação do Estado, a livre concorrência autoriza a intervenção do estado para proteger o mercado, assegurando a todos a liberdade econômica.

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são, na verdade, complementares, inseparáveis, já que a liberdade de iniciativa é proporcional ao grau de liberdade de que dispõe o agente econômico para ingressar em determinado mercado.

Assim, para a plena eficácia do princípio da livre iniciativa, não basta seja contido o poder público na exploração ou na regulação da atividade econômica, impondo-se, ainda, "refrear o poder privado" pois se aos indivíduos é assegurada a liberdade de explorar os meios de produção, necessário também se torna garantir a todos que exercem atividade produtiva, a liberdade de colocar no mercado seu produto ou serviço, a preços compatíveis com seus custos. A livre concorrência assegurada pelo Estado e a escolha soberana do consumidor diante das alternativas que o mercado lhe oferece, e não o poder econômico, constituirão o processo natural de seleção dos agentes que atuarão no mercado, quer pela qualidade de seus bens ou serviços, quer pelo preço por eles cobrado.

O princípio da livre concorrência serve de fundamento à regra contida no § 4º do art. 173 da Constituição, mas certamente não se exaure ali o seu conteúdo normativo.

Ainda que tomada aquela regra em seu sentido estrito, como uma imposição ao legislador de reprimir aquele tipo de abuso do poder econômico, não se pode inferir que a norma que defluísse fosse a única a concretizar o princípio.

O direito não pode contrariar a natureza das coisas e nem pode a norma entrar em conflito com a realidade. Esta nos ensina que a atuação preventiva do Estado, através de mecanismos de controle e prevenção de estruturas de mercado, tem sido muito mais eficaz do que a repressão de determinadas práticas ou condutas.

Na verdade, a repressão é apenas uma das modalidades de se concretizar o princípio da livre concorrência. Essa repressão poderá ser no âmbito do direito penal, e aqui pode-se falar em dolo; poderá ocorrer na esfera administrativa, onde não se cogita do elemento subjetivo; e, pode ainda, se dar no campo da responsabilidade civil.

Sobre qual repressão estaria se referindo o texto constitucional? O caráter da repressão será dado, por certo, pelo legislador ordinário, em atenção não apenas àquela regra constitucional, mas sobretudo ao princípio no qual se fundamenta - o da livre concorrência.

6.1 O grau de concorrência num determinado mercado é aferido mediante índices de concentração. A concorrência perfeita existe apenas em mercados atomísticos, desconcertados. Eliminação da concorrência não importa exclusão total. Comporta graus - até porque a inexistência total de

concorrência só pode ocorrer no mercado monopolístico ou no mercado oligopolístico, no qual os concorrentes atuam em conluio - não se podendo conceber que a norma constitucional, fundada num princípio maior, pudesse restringir o âmbito de aplicação desse princípio, para alcançar apenas duas hipóteses de práticas restritivas da concorrência, quando na verdade existem tantas que nenhuma legislação ousou elencá-las por inteiro.

Concorrer é disputar a preferência do consumidor quer pelo preço quer pela qualidade do produto. Qualquer artifício utilizado pelo agente para restringir ou obstar essa disputa, limitando ou reduzindo o poder de escolha do consumidor, importa eliminação da concorrência, e prejudica o mercado tanto do lado da produção quanto do consumidor.

Assim, há que se dar ao vocábulo "eliminação" sentido relativo, e não absoluto. Se a eliminação de um concorrente se dá em razão da superioridade tecnológica de certo produto ou serviço, não há falar em prejuízo para o mercado, pois a preferência do consumidor foi soberanamente canalizada para algo que ele considera melhor ou mais barato. Dessa eliminação não cogita a lei de defesa da concorrência. A expressão eliminação da concorrência tem, pois, um sentido de prejuízo ao mercado aferível sempre no contexto econômico em que ocorre.

7. Quanto à tabela, objeto da representação, argumenta a AMB que ela não é inibidora da concorrência para os usuários do sistema, pois estes não pretendem adotá-la, já que não querem abrir mão de seus lucros abusivos. Ademais, os consumidores têm várias opções de planos de saúde, de acordo com o seu poder aquisitivo, sendo absurdo admitir que a remuneração do trabalho humano seja fator de prejuízo ao consumidor.

Não se trata, porém, do caso isolado dos usuários do sistema, mas de todo o segmento consumidor dos serviços médicos, cujos participantes, em face da tabela, vêm restringindo seu direito de escolher qualquer serviço, em função do preço.

E, mesmo no caso dos usuários do sistema, "embora possuam maior poder de barganha, não o exercem se o acesso direto aos prestadores de serviços contratados está condicionado ao cumprimento de uma tabela previamente acordada", conforme bem observa a Procuradora "ad hoc" Dra. Magali Klajmic.

Na verdade, a tabela de preços viola o princípio basilar da economia de mercado, segundo o qual cada agente econômico é livre para fixar os preços de seus produtos e serviços, sendo-lhe lícito, no entanto, no exercício dessa liberdade, considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes.

A colaboração entre concorrentes, sob qualquer forma manifestada, com o objetivo de estabelecer ações coordenadas para fixar preços dos bens

ou serviços que produzem, inviabiliza a economia de mercado, pois os preços não reagem às forças da oferta e da procura, pressuposto básico de sua fixação.

No ambiente concorrencial, o agente econômico não consegue influir nos preços de mercado. Portanto, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a buscar a eficiência na prestação de seus serviços, de sorte a reduzir seus custos e tornar sua atividade mais rentável.

Se os participantes de um determinado mercado diferem entre si quanto às características e à qualidade de seus produtos e atuam em diferentes escalas, certamente seus custos serão diferentes, resultando em preços também distintos. Preços uniformes tendem, pois, a inibir a disputa da clientela por melhores serviços e atendimento, com flagrante incentivo à ineficiência.

Se os serviços não são iguais e os custos também não são iguais entre concorrentes, os preços não podem ser uniformes.

8. Argüi, ainda, a AMB que os aumentos dos valores de suas tabelas não são exorbitantes, tendo sido calculados abaixo dos índices oficiais da inflação.

Eximindo-se da acusação de altos custos hospitalares, nega que esteja padronizando ou uniformizando o sistema de preços dos serviços médicos do País, e afirma que o coeficiente de honorários (CH) pode ser regionalizado, na medida em que as associações ou entidades representativas dos Estados entenderem que o valor base, nacionalmente estabelecido pela AMB, deva ser diminuído ou aumentado.

Pouco importa o valor que tenha sido fixado. O que torna a tabela anticoncorrencial é a uniformidade de preços, que mascara o real valor do serviço. Preço mínimo ou preço máximo uniformizado em determinado setor da economia significa falta de concorrência. E a falta de concorrência começa exatamente pela divulgação da tabela nacional que, depois, é regionalizada, conforme afirmado pela própria representada.

Ademais, conforme lição da Suprema Corte Americana no caso V.S. x Trenton Potteries Co., trazida à colação no voto do ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no Processo Administrativo n.º 53/92, bem lembrada pela não menos ilustre Procuradora "ad hoc" Dra. Magali Klajmic, "o preço razoável fixado hoje pode, através de mudanças econômicas e empresariais, tornar-se o preço não razoável de amanhã".

Na verdade, o mercado concorrencial é o único mecanismo de aferição do preço razoável, sendo, pois, desarrazoada qualquer conduta dos agentes econômicos que tenha por objeto impedir ou dificultar a livre atuação

das forças do mercado.

9. Afirma a AMB que nunca pretendeu impor os honorários mínimos a quem quer que seja, apenas calculando-os, divulgando-os e recolhendo-os, através de sua Comissão Nacional de Honorários.

Não se requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que, utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora a tabela, divulgando-a e até recolhendo-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos.

A tabela de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, ainda que não impositiva. Afeta o poder de decisão individual de cada agente econômico para estabelecer seus próprios preços, de confusão com seus custos. Ademais, constitui fator de inibição da melhoria da qualidade dos serviços, pois qualquer melhoramento importaria afastamento dos padrões que serviram de base à uniformização dos preços.

Os argumentos da AMB não são de natureza concorrencial, e sim corporativistas. Insiste a Associação em sua prerrogativa de proteger a classe médica, afirmando que a sua atuação não está sujeita à legislação de defesa da concorrência.

Não tem, porém, autorização legal para disciplinar a formação de preços no mercado de prestação de serviços médicos. Assim, sua atuação como formadora de preços, em desobediência às regras do mercado, constitui conduta abusiva, reprimível na forma da legislação em vigor.

Tratando-se de uma poderosa associação, com representação em todo o território nacional, detém considerável poder no mercado relevante de prestação de serviços médicos. Sua ação é nefasta para esse mercado. Onde quer que se dirija o paciente, lá está a tabela da AMB, que lhe dá um referencial falacioso, pois acredita que tem ali o aval da Associação para bons serviços a preços razoáveis. A idéia passada ao consumidor é a de que todos os profissionais da saúde são igualmente competentes, atualizados e atenciosos, fazendo, jus, portanto, àquela remuneração.

10. Entendo, pois, configurada a infração prevista no inciso II do art. 21 da Lei n.º 8.884/94, pois não há dúvidas de que a tabela, elaborada, divulgada e recomendada pela representada, influencia a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, o que, na verdade, é o objetivo da AMB que, assim procedendo, entende estar se conduzindo legitimamente, no exercício regular de um direito.

Isto posto, tenho como procedente a representação, propondo a este Colegiado seja imposta à AMB a multa mínima de R\$ 4.972,00, calculada com base no inciso III do art.

23 da Lei n.º 8.884/94, com a redação dada pela Lei 9.069/95, por

ser a mais benigna.

Na fixação da multa, considere o fato de se tratar de uma associação de profissionais liberais, que, notoriamente, não dispõe de recursos financeiros como as associações comerciais. Considerei, outrossim, que o objetivo primordial deste processo não é penalizar a AMB, mas convencê-la de que sua atuação é nociva aos consumidores e ao mercado, devendo, portanto, cessá-la de imediato.

11. Determino, pois, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.884/94, a imediata cessação da prática, devendo a AMB, a partir da publicação desta decisão, tomar as seguintes providências:

- 1- abster-se, daqui por diante, de divulgar ou recomendar tabelas de honorários médicos e serviços hospitalares, ou instrumento similar, que possa promover a uniformização de preços de todo e qualquer serviço médico ou hospitalar;
- 2- comunicar, no prazo de dez dias, a todas as entidades que lhe são vinculadas ou associadas que a tabela existente não deverá mais ser utilizada e nem reajustada, em virtude de determinação do CADE nesse sentido, enviando ao Conselho, até o 12º dia, cópia de todas as comunicações expedidas;
- 3- determinar às suas entidades vinculadas ou associadas que, em seu território de atuação, comuniquem de imediato a decisão do CADE aos prestadores de serviços médicos, suas associações, ou entidades intermediárias desses serviços, que adotam as tabelas da AMB.

Se as providências acima não forem adotadas nos prazos estabelecidos, à representada será imposta uma multa diária de R\$ 4.143,59, solicitando-se, na forma do art. 12 da Lei n.º 8.884/94, a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, para que promova, de imediato, a competente medida judicial, visando à cessação da prática, providenciando a douta Procuradoria do CADE a inscrição da multa para posterior cobrança.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

Conselheira-Relatora

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

1. Trata-se de processo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, com base na Lei n.º 8.158/91, contra a Associação Médica Brasileira - AMB, à qual é imputada a prática anticoncorrencial de influenciar a uniformização de conduta entre concorrentes, através da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários, a serem utilizadas, a nível nacional, por médicos, hospitais e serviços ambulatoriais.

2. Tal conduta, enquadrável no inciso XV do artigo 3º da Lei n.º 8.158/91, está igualmente prevista no artigo 21, inciso II da atual Lei de defesa da concorrência, caracterizando-se a injuridicidade, quando a mesma tem por objeto ou produz o efeito de prejudicar a concorrência, dominar o mercado ou aumentar arbitrariamente lucros (caput do artigo 30 do diploma anterior e artigo 20 da Lei em vigor).

3. Entendo que a ilustre Conselheira-Relatora, Neide Teresinha Malard, enfrentou, adequadamente, a matéria jurídica, em seu bem lançado voto, sendo que as razões de decidir se harmonizam com aquelas acolhidas por este Egrégio Plenário, ao julgar processos envolvendo a mesma questão de mérito.

4. Peço vênias, no particular, para fazer referência ao Processo Administrativo n.º 53/92, em que figurou, como representada, a Associação de Hospitais do Estado de Sergipe. Na oportunidade, na qualidade de relator, enfatizei que ficara demonstrado que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência. Caberia indagar, então, se a conduta da Representada, ao elaborar as tabelas referentes a serviços hospitalares e influenciar o comportamento dos seus associados, seria, de alguma forma, justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico. Não se pôde, todavia, escapar à constatação de que, em um mercado competitivo, serviços idênticos podem ser prestados a custos diferentes, sendo que, em tese, as empresas mais eficientes podem suportar preços menores; em consequência, os usuários terão acesso a serviços diversificados, a preços diferenciados, podendo exercer livremente sua escolha, situação que não se configura em um mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos e uniformemente fixados para os concorrentes. De outra parte, a fixação de preços, ao induzir a comportamentos concertados, por parte dos concorrentes, os desestimula a buscar eficiência técnica e econômica, residindo, exatamente aí, o maior mal para as empresas concorrentes e para o mercado como um todo.

5. Tal linha de argumentação, ao que se pode verificar, é a adotada pela ilustre Conselheira-Relatora. Vejamos que, em determinada passagem do seu voto, afirma que "a uniformização de honorários e preços de serviços, que pode até ser benéfica para os médicos, afronta o soberano direito de escolha

do consumidor, que pagará os mesmos preços pelos serviços de que necessitar, sejam eles prestados por um experiente ou inexperiente profissional, sejam os exames laboratoriais ou radiológicos feitos por técnicas mais modernas ou ultrapassadas, disponha o hospital de boas ou más instalações". Para complementar: "A concorrência, direito que a lei confere não só a quem produz, mas igualmente a quem consome, pressupõe a pluralidade de agentes e de produtos e serviços, disputando as preferências do mercado, verdadeiro arbítrio, que proporciona o equilíbrio das forças que atuam - vendedores e compradores. Qualquer Uma dessas forças que venha, unilateralmente, estabelecer regras de conduta, romperá o equilíbrio, com prejuízo para a outra, justificando, assim, a presença do Estado para restaurar a normalidade da competição".

6. Desse correto entendimento do mérito da questão, não se afasta o bem elaborado parecer da ilustre Procuradora "ad hoc", Dra. Magali Klajmic, bem assim a Secretaria de Direito Econômico - SDE.

7. Acompanho, assim, a ilustre Conselheira-Relatora, e me manifesto pela procedência da representação, concordando, ainda, com o critério de fixação de multa e com as providências determinadas, que encontram apoio no artigo 46 da Lei n.º 8.884/94.

8. É como voto.

Brasília, 14 de fevereiro de 1996.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

Conselheiro