

Nota Técnica SEI nº 4/2018/ASSEC/SEPRAC-MF

Assunto: Conselho Federal de Medicina, Federação Nacional dos Médicos e Associação Médica Brasileira. Relevância das associações e sindicatos profissionais para a uniformização e elevação de preços, assim como para a restrição da oferta. Regulação de preços por meio de tabelas de preços obrigatórios, ou sugeridos: teoria do ponto focal e ausência de falha de mercado que justifique o risco concorrencial da sugestão de preços. Preços uniformes: desincentivos à eficiência e incentivos ao comportamento de carona. Agravamento da conduta quando há concomitante regulação de quantidade de atendimentos. Elevação de preços e restrição à oferta: perda de peso morto e a redução das pessoas que podem ter acesso ao serviço. Regulação de variáveis comerciais sensíveis (preço e quantidade) por entidades profissionais: conflito de interesse, corporativismo, incentivos à coordenação e perda de bem-estar social. Efeitos replicáveis em negociações coletivas forçadas com planos de saúde.

Senhor Secretário,

1. Considerações iniciais

1. A lide tem a sua origem na condenação do Conselho Federal de Medicina (CFM), da Federação Nacional dos Médicos (Fenam) e da Associação Médica Brasileira (AMB) pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em razão do seu papel de coordenação na negociação de preços mínimos (honorários médicos) com operadoras de planos de saúde. As condenadas teriam liderado um movimento de negociação conjunta de honorários uniformes pelos médicos, alimentado por ameaças de punições aos desviantes da estratégia. Segundo a peça de contestação do Cade:

“Ao longo da instrução, o que se constatou foi a ocorrência da infração à ordem econômica primeiramente em razão da fixação de uma tabela de honorários médicos e depois, por meio da promoção de paralisações, boicotes e ameaças de descredenciamento coletivo, aliados a uma estratégia de coerção que obrigou todos os médicos a aderirem ao movimento colusivo.”

2. Tendo em vista

- a natureza concorrencial da discussão realizada em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 131;
- que o art. 138 do Código de Processo Civil autoriza o magistrado a, considerando (a) a relevância da matéria, (b) a especificidade do tema objeto da demanda, ou (c) a repercussão social da controvérsia, de ofício, ou a requerimento das partes, ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar, ou admitir a participação, na qualidade de *amicus curiae*, de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada;
- a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux na ADPF nº 449, ao entender, por meio de despacho irrecorrível, que o art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, confere representatividade ao seu mandatário para ingressar em juízo, por conta própria, para realizar advocacia da concorrência;
- que, nos termos do art. 5º do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência é a sucessora das atribuições da

Secretaria de Acompanhamento Econômico previstas, em especial, no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e

- a experiência dos técnicos da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – todos oriundos da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico – na promoção da concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade, positivada no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011,

vimos, por meio da presente nota, apresentar os nossos subsídios ao presente processo, solicitando o ingresso da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência na condição de *amicus curiae*.

2. Da Atribuição de Promoção da Concorrência pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda

3. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pelas sucessoras da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Na atual configuração do SBDC, uma das competências da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência é “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade”. Essa atribuição decorre da leitura conjunta do art. 19, VI da Lei nº 12.529, de 2011, que conferiu essa competência à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com o Decreto nº 9.266, de 2018, que extingue essa secretaria e confere as suas atribuições de advocacia da concorrência, exceto no setor de energia, à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência daquele mesmo ministério.

4. No exercício da sua ampla prerrogativa legal de promoção da concorrência introduzida por lei em 2011, esta Secretaria tem aperfeiçoado a sua atuação junto ao Judiciário e outros órgãos julgadores, tornando-se mais ativa no patrocínio de cursos e levando subsídios econômicos e de análise econômica do direito para ações judiciais e em tribunais de contas que tenham elevado impacto sobre a concorrência. Exemplos recentes são a sua atuação como *amicus curiae* junto ao Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 449 e no Processo REP-6/00004676 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, assim como o seu pedido de ingresso, nessa mesma condição, no Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP.

3. Do Mérito

3.1 O papel central do facilitador no cartel

5. Cartéis são acordos entre agentes econômicos, não necessariamente concorrentes, com o objetivo de combinar estratégias anticompetitivas, não necessariamente preços.

“Entrementes, parte da doutrina, comumente, comete três relevantes equívocos: (i) define como cartel, apenas, acordos entre concorrentes, (ii) esses acordos devem referir-se a preços, apenas e (iii) o acordo deve ser sustentável no longo prazo. Ocorre que o cartel (i) envolve não só concorrentes – como, também, associações (que costumam não estar sequer a montante, ou a jusante dos seus associados), fornecedores e/ou revendedores – e (ii) relaciona-se a qualquer ajuste anticompetitivo sobre variáveis de mercado (preço, qualidade, quantidade) que se cometa de forma associativa. O cartel é uma *joint venture* de objetivo anticoncorrencial, com escopo muito mais amplo que uma associação entre concorrentes para ajustar preços.

A imensa maioria dos casos de cartel julgados pelo Cade não envolve apenas concorrentes, havendo ativa participação das associações de classe ou patronais. Embora se identifiquem, em geral, com a uniformização dos preços por tabelas, não são raros aqueles em que haja compressão de margens de revendedores (*price squeeze*), redução da produção/*output*, ou exclusão de concorrentes como práticas.

O entendimento de que os cartéis não são, apenas, acordos horizontais é bastante

marcante no direito comunitário europeu desde o caso *Consten & Grundig v Commission* em 1966 (*Consten SaRL and Grundig GmbH v Commission (1966) Case 54/64*). Por outro lado, nos Estados Unidos – como bem ilustra o caso *Apple ebooks (United States of America v. Apple Inc., et al., 12 Civ. 2862 (DLC))* –, a jurisprudência tem enquadrado como cartéis apenas os acordos verticais acessórios aos acordos horizontais. Esse posicionamento decorre da relação mais complacente dos americanos com os acordos verticais, que acreditam sempre apresentar eficiências – razão pela qual não se enquadrariam na regra *per se* dos cartéis horizontais.

De fato, os acordos verticais possuem, por sua natureza, pelo menos uma eficiência: a redução de custos de transação. Não é à toa que, por influência americana, uma parte dos acordos verticais que a prática comprovou costumeiramente levar a eficiências já é disciplinada em separado dos cartéis (mesmo sendo acordos entre agentes econômicos), como é o caso da fixação dos preços de revenda (*resale price maintenance* (RPM), que nada mais é que a fixação vertical de preços – cujo equivalente horizontal, a fixação de preços entre concorrentes, é o exemplo por excelência de cartel *hardcore* punido segundo a regra *per se*). Note-se, porém, que, quando, como no caso *Apple ebooks*, o acordo vertical é acessório a um acordo horizontal entre concorrentes, os tribunais americanos têm reconhecido a existência de um cartel *hardcore* e aplicado a regra *per se* (mesmo ao acordo vertical). No Brasil, situação equivalente ocorreu quando do julgamento caso SKF (Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, em que foi representada a SKF do Brasil). Nesse caso, a representada foi condenada sob a regra *per se* (sem comprovação do poder de mercado) por força de o seu acordo com os distribuidores ser o resultado de um acordo horizontal prévio entre os distribuidores. O caso SKF serviu como ponto de inflexão rumo à regra *per se* em casos de cartéis *hardcore* no Brasil.

(...)

Com relação à longevidade do acordo, embora sempre se possa argumentar que os riscos de detecção do cartel elevam a remuneração desejável (em outras palavras, a propensão à cartelização é diretamente proporcional aos lucros potenciais e inversamente proporcional ao risco de punição), a depender das características do mercado, da situação econômica dos agentes (crise, v.g.) e da própria (in)eficiência da Administração em identificar e punir cartéis, é absolutamente plausível que agentes de mercado se aventurem em acordos de difícil sustentação continuada, mas que possam operar de forma intermitente. O equívoco do raciocínio tradicional é bem elucidado em voto do Conselheiro César Mattos [V. Processo Administrativo nº 08012.009922/2006-59, em que foi representado o Sindicato dos Centros de Formação de Condutores do Estado de Mato Grosso]:

‘A possivelmente ‘breve’ conduta de cartel representaria uma ‘bicada no excedente do consumidor’, conforme costumava confessar-me o saudoso professor Luis Schuartz. Por menor que seja o lapso de duração do cartel ou daquele momento do cartel – dado que a oscilação de comportamentos (alinhamento/ retaliação) está na base da literatura da colusão –, há excedente do consumidor apropriado pelo infrator e que não será punido ou devolvido caso olhemos, pura e simplesmente, para ininterruptos danos de longo prazo. Antes, existe uma perda de peso morto (*deadweight loss*) que não será apropriada por qualquer dos agentes econômicos.

Aliás, a natural instabilidade dos cartéis tornaria inócuo o uso do antitruste para a detecção e punição, caso a condenação da colusão dependesse, sempre, de um dano, ininterruptamente, impingido ao consumidor pelo lapso de um a dois anos (longo prazo).

A constatação de baixas barreiras à entrada não impediu que fossem punidos cartéis de vigilantes, drogarias, profissionais liberais – dado que, em todos esses casos, há sempre alguma redução de curto prazo do excedente do consumidor. Portanto, caso a tabela publicada pelo sindicato tenha tido o condão de servir de ponto focal, verificando-se um alinhamento para cima, ainda que razoavelmente curto, nos preços cobrados pelos associados detentores de poder de mercado, não há dúvidas de ter havido ilícito concorrencial. Os dados apresentados pela SDE demonstram, de modo incontestado, ter havido alinhamento, ainda que provisório, imediatamente após a divulgação de tabela – ainda que de caráter meramente sugestivo, mas que serviu de ponto focal. Desse modo, alinhamento à doutrina majoritária trazida à colação, para fundamentar que,

independentemente de coerção, a tabela serviu de incontestável mecanismo de alinhamento de preços para cima, distorcendo a livre formação dos preços e provocando a apropriação do excedente do consumidor sem qualquer ganho de eficiência. Houve, nos termos citados por Posner, explícito seguimento da tabela.” [TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado*, 2ª edição. Almedina, 2017. PP. 250-253.]

6. Cartéis são, por natureza, instáveis. A heterogeneidade das estruturas de custos, a elevada dinâmica do setor, o rápido avanço tecnológico, a perspectiva de entrada de novos competidores e a falta de credibilidade dos mecanismos de punição estão entre os principais fatores que reduzem os incentivos para o surgimento e para a preservação do cartel.

7. Em sentido diametralmente oposto, a presença de facilitadores reduz a assimetria de informações entre os agentes econômicos e eleva a resiliência do cartel. O papel do facilitador é tão mais efetivo quanto maior for a prerrogativa legal para acessar e difundir informações entre concorrentes. Não à toa, (i) advogados, assim como (ii) sindicatos e associações profissionais e empresariais tendem a ser encontrados na casuística e citados pela doutrina como facilitadores contumazes dos cartéis mais longevos.

8. No primeiro caso, as prerrogativas do advogado, se casadas com a sua atuação transversal em concorrentes, ou em agentes econômicos verticalmente integrados, conferem a esses profissionais a habilidade de disseminar informações entre os membros do cartel com certo grau de segurança.

9. Essa mesma conclusão pode ser extraída do segundo caso: o acesso a dados comercialmente sensíveis e o amparo constitucional a reuniões (formalmente públicas) conferem a associações e sindicatos a habilidade de disseminar informações entre os membros do cartel com certo grau de segurança. No caso das autarquias profissionais, a sua prerrogativa disciplinar lhes confere, ainda, uma ameaça crível sobre os associados e, por subsequente, um mecanismo privilegiado de disciplinamento. [v. Green, E. J; Porter, R.H. **Noncooperative collusion under imperfect price information**. In *Econometrica*, vol. 52, nº 1 (jan. 1984). PP. 87-100. Disponível em <http://www.tcd.ie/Economics/staff/ppwalsh/papers/green%20porter.pdf>. Acesso em 16/03/2018]

3.2 Elevação de preços, perda de qualidade, restrição quantitativa, peso morto e perda de bem-estar social

10. Apesar de o objeto de um cartel não se limitar à coordenação de preços e quantidades, o acerto entre preços é a sua forma mais difundida e aquela cuja perda de bem-estar é mais direta e pode ser mais facilmente aferida por meio do cálculo do sobrepreço.

11. Essa perda de bem-estar decorrente de preços mais elevados está presente tanto no fornecimento de produtos em geral, quanto no fornecimento de serviços, inclusive os denominados serviços profissionais, ou intelectuais (como os serviços médicos e de advogado). Consumidores de qualquer produto, ou serviço (clientes, pacientes) levam em consideração o preço praticado quando da tomada da decisão de que profissional contratar: a restrição orçamentária, ou a capacidade que o consumidor tem para pagar as suas despesas, leva a que, mesmo nos denominados serviços profissionais, a variável *preço* tenha peso significativo no momento da escolha do serviço a consumir.

12. A prova cabal da relevância dos preços para a contratação de serviços profissionais, ou intelectuais pode ser encontrada no acesso aos bens meritórios, como os serviços da saúde. A restrição orçamentária, ou a capacidade de pagamento segrega medicamentos e serviços médicos em diferentes mercados relevantes, consagrados na própria regulação setorial. Desse modo, o padrão de consumo de medicamentos de referência, equivalentes e genéricos, assim como de hospitais públicos, clínicas privadas com plano de saúde e clínicas privadas com atendimento exclusivamente privado (sem plano de saúde) revela de forma cristalina que, até mesmo no consumo de produtos e serviços essenciais, o preço pode ser o elemento central na decisão do consumidor.

13. Uma vez compreendida a relevância do preço para a contratação de serviços médicos, o efeito

do tabelamento sobre o bem-estar do paciente torna-se mais intuitiva. A definição de honorários mínimos por autarquias profissionais tem por efeito imediato a sustentação dos preços acima do patamar que determinados profissionais cobrariam e que permitiria atender mais pacientes). Quando o preço é sustentado acima do patamar competitivo, passa a haver uma nova camada de pessoas desatendidas pelos profissionais médicos. Como esse problema poderia ser resolvido caso os médicos não estivessem combinando preços e, portanto, pudessem discriminar preços, cobrando menos de quem tenha maior restrição orçamentária, pode-se dizer que o cartel cria uma perda de peso morto – ou seja, a perda de um valor que não é captado por nenhum agente da cadeia de valor: tanto pacientes, quanto médicos perdem. Como não se trata de ineficiência alocativa (aumento do excedente do produtor em detrimento do excedente do consumidor), mas de perda de um valor que ninguém apropria, o cartel gera uma clara perda de bem-estar social.

14. Outro elemento a ser notado é que **o tabelamento, ao elevar os preços, também restringe a quantidade ofertada**. No parágrafo anterior, a perda de peso morto/perda de bem-estar social representa o efeito da elevação dos preços sobre a oferta, restringindo-a. Esse efeito pode, como veremos no próximo subitem, decorrer tanto de tabelas impostas aos associados, quanto de tabelas de preços sugeridos.

15. A fixação de preços mínimos também desincentiva a inovação e a eficiência. Se um médico desenvolver mecanismos que lhe permitam reduzir os custos de atendimento, seja por meio de vídeo-atendimento, de equipamentos mais baratos, de exames mais céleres, de instrumentos de *billing* ou outro meio qualquer, ele não poderá repassar essa redução de custo para o consumidor e, assim, ganhar maior clientela. Essa restrição é mais preocupante para o médico que está entrando no mercado com custos diferenciados (*maverick*) e que terá maiores dificuldades de – ao invés de reduzir os custos de atendimento para atrair maior clientela – elevar os preços e cobrar mais pela sua maior eficiência. Essa restrição é exacerbada quando as autarquias profissionais médicas, sem qualquer atenção à complexidade do procedimento, fixam o máximo de atendimentos médicos diários. Sem poder atender mais pacientes, o médico deixa de ser remunerado, no exercício da atividade médica, pela sua maior eficiência. Caso a entidade profissional vá além e, ao invés de definir preços mínimos, fixe o preço (único, invariável), a ser cobrado em cada procedimento, o médico perderá, também, a capacidade de cobrar mais de cada paciente que esteja interessado no atendimento mais eficiente.

16. Sem poder cobrar mais de cada paciente, ou atender mais pacientes, o médico deixa de ser remunerado, no exercício da atividade médica, pela sua maior eficiência. Os incentivos para investimento em eficiência passam a limitar-se à patenteabilidade do procedimento, ou equipamento, ou a ganhos reputacionais. Entretanto, como nenhum médico, pelos mesmo motivos já adiantados, poderá tirar proveito financeiro do incremento de eficiência, o próprio interesse comercial no patenteamento deve ser questionado. Do mesmo modo, como o ganho reputacional não poderá monetizado (ser convertido em maior remuneração), a hipótese de busca da reputação como um bem em si mesmo deve também ser questionada.

17. Quando o tabelamento de preços se refere a serviços médicos prestados no âmbito de planos de saúde, a sua consequência lógica é, portanto, o descredenciamento, ou o não credenciamento dos profissionais com maior reputação no mercado e que podem cobrar mais pelos seus serviços sem perder clientela, com prejuízo claro tanto a quem tenha restrições orçamentárias e não possa custear consultas mais caras fora do plano de saúde, como a quem, pagando plano de saúde, tenha de desembolsar por consulta fora do plano de saúde.

18. Para os profissionais impedidos de cobrar menos dentro do plano de saúde, a saída não representa uma alternativa viável, pois o plano facilita a captação de clientes por quem esteja captando clientela e formando reputação. Ademais, ao deixar o plano de saúde, o profissional não poderá fugir do tabelamento geral estabelecido para os serviços médicos, pois tanto atendimentos privados, quanto atendimentos pelo plano de saúde são tabelados.

19. Talvez a consequência mais atordoante do tabelamento esteja no aumento do número de pessoas de mais baixa renda que não consegue ter acesso a serviços médicos privados, ou por meio da rede credenciada a um plano de saúde, elevando o volume de pacientes da rede pública. A elevação do número de pacientes da rede pública, além de contribuir para a precarização do atendimento à população com maior restrição orçamentária, eleva os custos em que o Estado deve incorrer para sustentar o Sistema Único de Saúde.

20. Por fim, como o tabelamento encarece os serviços dos profissionais que estariam dispostos a cobrar menos, ele afeta a própria capacidade de aderir a planos de saúde por parte da população mais carente, em razão de a elevação dos honorários médicos refletir diretamente sobre o valor dos planos de saúde.

3.3 Preços sugeridos e o ponto focal

21. É bastante comum o argumento de que as tabelas de preços podem ser *meramente sugeridas* aos associados. Segundo essa interpretação, somente a tabela de preços imposta seria ilícita. Em outras palavras, a tabela de preços sugerida seria *per se* legal. Trata-se de entendimento, apesar de corriqueiro, equivocado.

22. A análise do tabelamento não pode ser simplesmente formal. Todo tabelamento tem, intuitivamente, o objetivo de influenciar, de algum modo, a decisão de precificação dos agentes econômicos. Caso não houvesse esse interesse, não haveria nenhuma razão para despender recursos no esforço de coletar informações, tratar os dados e publicar essa tabela. Ademais, as entidades de classe dependem, para a sua própria sobrevivência, de um certo grau de influência sobre a rotina dos seus associados – seja por meio de incentivos ao consumo de certos produtos, ou serviços (clubes de descontos), seja pela rigorosa regulação de toda a atividade profissional, ou de aspectos dela.

23. Nesse sentido, a confecção de uma tabela, ou a publicidade dada a preços médios efetivamente praticados, como qualquer produto de uma entidade de classe, tem por escopo a sua utilização pelos associados e o exercício de influência sobre a atividade dos associados. Em alguns casos, ela é reclamada pelos profissionais como forma de reduzir a assimetria de preços de entrada no mercado; em outros casos, ela é utilizada para proteger os profissionais já estabelecidos – que conseguem fidelizar a clientela e cobrar preços mais altos – em detrimento dos profissionais entrantes, que deveriam contar mecanismos de mercado, como preços mais baixos, para atrair novos clientes.

24. Nesse último caso, o argumento comumente utilizado pelos sindicatos de profissionais liberais contra preços mais baixos é que, ao utilizar o preço como um chamativo para o serviço médico (ou outro serviço profissional, em geral), estar-se-ia equiparando a medicina (ou qualquer outro serviço profissional) à mercancia. Nada mais equivocado: essa lógica, bastante presente em manuais de direito que carregam a tradição de diferenciar produtos do intelecto de frutos do trabalho braçal, depreciando os últimos, ignora o único fator que efetivamente deve diferenciar os serviços médicos (e de outros profissionais liberais): a forma de prestação do serviço, que afeta diretamente a saúde (ou os direitos, a segurança e outros valores com que lidam outros profissionais liberais) humana.

25. Se o profissional tem um diploma emitido por uma instituição credenciada, se ele tem uma habilitação certificada uma entidade profissional ativa e se a população tem, naturalmente, a propensão a não olhar, exclusivamente, para preços quando da contratação de serviços e do consumo de produtos para a saúde (caso emblemático dos medicamentos genéricos, que não costumam ser adquiridos pelo consumidor com menor restrição orçamentária, quando o médico não o recomenda, mesmo o paciente podendo pedir pelo princípio ativo ao balconista e trocar o medicamento de referência, ou o similar/equivalente pelo genérico), o preço mais baixo não é, para os bens meritórios [1] e credenciais, um direcionador automático (apesar de relevante) da população (em particular com menor restrição orçamentária). Primeiro, porque há garantias dadas pelo Estado de que aquele profissional guarda uma formação minimamente adequada para o exercício da sua profissão. Segundo, porque o médico, diversamente da indústria – que pode aumentar a escala de produção, em geral barateando o processo produtivo e reduzindo ainda mais os preços -, não consegue atender adequadamente a picos de demanda, o que pode levar a longas filas de espera e a atendimentos distantes, ou a atendimentos em prazo inferior ao recomendável e, portanto, de baixa qualidade. No primeiro caso, o aumento da demanda levará a que o médico eleve o valor da consulta, o que naturalmente reduzirá a demanda pelos seus serviços, ajustando-se o mercado de acordo com as leis da oferta e da demanda. No segundo caso, o paciente, insatisfeito, procurará outro profissional, o que afetará a reputação daquele profissional e a sua capacidade de atrair clientela.

26. Não há, portanto, motivos para que a precificação mais baixa, em serviços profissionais, seja tratada de forma diversa do comércio. Ela revela, apenas, o exercício do corporativismo por parte de entidades de fiscalização que deveriam buscar a elevação do bem-estar social, em lugar de proteger uma classe de profissionais contra a concorrência. Do mesmo modo, a propaganda do preço e do currículo do profissional são importantes mecanismos de transparência que reduzem a assimetria de informações e as incertezas que cercam as pessoas no momento de contratação do profissional desconhecido. Os benefícios da transparência no segmento

de profissionais liberais são conhecidos e cada vez mais difundidos, no exterior, por publicações setoriais, por aplicativos de divulgação de dados (caso do LoveMondays) e (entre usuários dos serviços) por aplicativos de mensagens *over-the-top* (como WhatsApp). As regras das entidades profissionais, além de retrógradas, claramente prejudicam o fluxo de informações e a transparência com o objetivo de proteger o mercado de novos entrantes.

27. Se o objetivo alegado da tabela é garantir a qualidade do atendimento médico, o meio mais adequado – porque é o que menos restringe a concorrência e, ante tudo o que expusemos, aquele que não reduz o bem-estar social – é a fiscalização dos profissionais, seja por meio de mecanismos mercado (como sistemas de *rating*), seja por meio de aferição *in loco*.

28. O objetivo imediato da tabela de preço é, por definição, influenciar a decisão de precificação. Ainda que o valor tabelado não seja, formalmente, o preço fixo, mínimo, ou máximo a ser cobrado pelo serviço, ele foi publicado pela entidade de classe para servir de ponto focal para os seus associados. Isso significa que há uma expectativa de que os honorários cobrados orbitem em torno do valor sugerido. Implica, ainda, dizer que, ainda que uma tabela não seja, formalmente, imposta pelo sindicato, ou associação, é razoável presumir que, quando amplamente divulgada aos seus associados, conduza a um grau de uniformização (pelo menos com relação ao limiar inferior de preços) não muito distante daquele esperado para uma tabela de preços fixos. A ampla divulgação pela associação tem o condão, inclusive, de suscitar a expectativa de punição disciplinar sobre os associados que a ignorarem. Desse modo, tabelas de preços publicadas por entidades profissionais influentes têm efeito esperado negativo sobre a concorrência em preços, tendendo a elevar preços e a uniformizá-los.

3.3.1 Benefícios excepcionais dos preços sugeridos e não aplicabilidade às tabelas médicas

29. Excepcionalmente, a promulgação de tabelas de preços, ou a publicidade a preços médios efetivamente praticados pode (i) ter caráter educativo para os profissionais que estão entrando no mercado, ou (ii) permitir que o consumidor possa definir o quanto que está propenso a pagar por um produto, ou serviço com base não apenas na utilidade que dele deriva, como também em uma avaliação de razoabilidade do valor, ou “preço justo”, levando em consideração o custo em que se incorre para colocar um bom produto, ou manter um profissional de boa formação e atualizado no mercado. Porém, no caso das tabelas médicas, nenhum dos dois critérios (redução de assimetrias para o consumidor e para o médico entrante) é atendido.

30. Primeiro, o preço mínimo não chega a ser um referencial para o consumidor, que não tem por praxe consultar a tabela para saber se a margem do médico está muito acima do tabelado. O consumidor tem por hábito, apenas, analisar o valor dos serviços do médico que deseje contratar *vis-à-vis* a sua restrição orçamentária e, quando muito, comparar o valor com aquele cobrado por outro profissional da sua confiança, ou da confiança de alguém (da sua confiança). Essa limitação do consumidor ao seu círculo de convivência tem a ver não só com o fato de ser a melhor alternativa, dada a ausência de informações difusas sobre preços dos profissionais no Brasil (*second best*), mas também com aquilo que dissemos antes: o consumidor de bens meritórios, em particular aquele com menor restrição orçamentária, é menos “elástico”, ou sensível a variações de preço. A importância da qualidade *vis-à-vis* preço não precisa ser imposta, ou indesejavelmente incrementada pelas autarquias profissionais (por meio de tabelas de preços e restrições a propaganda): ela é um dado e já limita, suficientemente, a contestabilidade dos profissionais de sua confiança.

31. Por sua vez, para o médico, ainda que recém-formado, a tabela referencial não é necessária, porque os preços cobrados pelos médicos, ainda que não sejam difundidos de forma tão transparente quanto a desejável, são públicos: ainda que a propaganda de preços não seja aceita pela ética médica (e de outros profissionais liberais), é possível chegar a um valor de referência contatando colegas de profissão, simulando o agendamento de uma consulta, questionando pacientes, razão pela qual, como qualquer outro agente de mercado, o médico pode precificar o seu serviço levando em consideração o preço cobrado pelos seus pares no nicho em que pretenda inserir os seus serviços. Quando essa mesma tabela deixa de ser sugerida e passa a ser imposta pelos sindicatos, ela não apenas não é do interesse do médico entrante, como passa a contrariar o interesse do neófito, porque ele perde a discricionariedade de cobrar menos para entrar no mercado, até que estabeleça uma clientela com certo grau de fidelidade.

32. Como antecipado, ela atende, sim, aos interesses dos profissionais já estabelecidos (incumbentes), que visam resguardar-se da pressão competitiva atenuada (dada a menor elasticidade-preço da demanda, ou menor sensibilidade dos pacientes à variação de preços) que pode advir da exposição dos seus clientes a preços mais baixos, em especial quando provenientes de profissionais mais eficientes recomendados por pessoas pertencentes ao seu círculo de confiança.

3.4 Alinhamento de preço, cartéis clássicos, regra *per se* e regra da razão

33. De acordo com a Lei nº 12.529, de 2011, as condutas com potencial efeito sobre negativo sobre a concorrência, ou que simplesmente visem alcançar resultados danosos à concorrência – ainda que, em ambos os casos, esses resultados não sejam alcançados –, devem ser punidas, independentemente de culpa do infrator.

34. Como o efeito sobre a concorrência (diversamente do efeito sobre o concorrente) é, por definição, difuso, a aplicação do art. 36 daquele diploma legal exige um exercício de hermenêutica: somente se pune como infração à concorrência o ato que, segundo as condições do caso, reunia as condições necessárias para afetar a concorrência (potencial danoso), ou aqueles que, segundo a experiência, sempre geram efeitos sobre a concorrência (ilícito por objeto). No primeiro caso, é necessário apelar à regra da razão e, a cada caso, provar que a conduta, cujo efeito é, *ex ante*, incerto, levaria a efeitos negativos sobre a concorrência. No segundo caso, a experiência (nacional e internacional) levou ao mapeamento de condutas que, na quase integralidade dos casos, gera efeitos negativos sobre a concorrência. Por esse motivo, desde que haja prova de existência da conduta, não faria sentido despendar recursos públicos escassos para buscar provas de difícil comprovação acerca da presença dos seus efeitos. Apenas cartéis clássicos (sobre preços e quantidades) são uniformemente sujeitos pelos principais sistemas de defesa da concorrência do mundo – Estados Unidos e União Europeia – ao regime da ilegalidade *per se*.

35. Segundo entendimento que hoje predomina no Cade, essa presunção quanto aos efeitos danosos do tabelamento não pode ser elidida, porque restrições sobre o preço são infrações clássicas (*hardcore*) à concorrência e a condenação, nesses casos, é *per se* (infrações formais, ou de mera conduta). Para parte da doutrina [V. TAUFICK, op. cit.] e profissionais atuantes em matéria de defesa da concorrência, essa presunção é relativa e impõe sobre as associações o ônus de provar que a tabela não tinha por objeto influenciar a precificação por parte dos associados. Como fartamente demonstrado pela Procuradoria do Cade, mesmo se adotado o segundo critério (inversão do ônus da prova), a condenação pelo Cade não deve ser revertida. Antes, no presente caso, é possível, até mesmo, prescindir do apelo à punição da conduta por objeto, amparada pelo *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em razão de restar demonstrado que as condenadas coagiram os médicos e influenciaram a precificação.

3.4.1 Benefícios excepcionais da negociação coletiva dos preços e não aplicabilidade às tabelas médicas

36. Em situações extraordinárias, é admissível que a negociação de honorários seja coletiva com o objetivo de alcançar poder compensatório e contrabalançar o poder de barganha de um monopolista/monopsonista, ou oligopolista/oligopsonista. Este pode, por exemplo, ser o caso das negociações entre entidades profissionais médicas e operadoras de planos de saúde. Dado o seu portfólio de clientes, as operadoras de planos de saúde costumam fornecer insumo essencial para que o médico possa estabelecer-se no mercado e, em razão do seu poder de barganha, não são, como a maioria dos consumidores de serviços médicos, tomadoras de preços.

37. Mesmo nesses casos, porém, a definição do preço, após a barganha coletiva, deve ser individualizada, levando-se em consideração, entre outros fatores, a qualidade do serviço prestado por cada profissional, assim como sua experiência e reputação. A negociação coletiva visa tão somente conferir ao profissional poder de barganha que ele não teria, se negociasse sozinho: ela não deve, em nenhuma hipótese, impedir que esse profissional, voluntariamente, cobre menos que o valor preconizado pelas entidades

profissionais com o objetivo de ser contratado e fidelizar a clientela. Em outras palavras, a adesão à barganha coletiva deve ser uma faculdade do profissional, não uma imposição da entidade reguladora da profissão.

3.5 Restrições quantitativas expressas

38. Note-se que o efeito do tabelamento pode ser agravado quando acompanhado de restrições à quantidade de clientes que o médico pode atender diariamente. Apesar de desconhecermos qualquer atuação das condenadas favoravelmente a essa limitação quantitativa, o Parecer Consulta nº 009/2012 – CRM/PA – Processo Consulta nº 437/2012, do parecerista Conselheiro Arthur da Costa Santos, traz exemplos de resoluções do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (Cremers), do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (Cremerj) e do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco (Cremepe):

“Resolução Cremers nº 007/2011:

(...)

Art. 2º - No atendimento de pacientes com BAIXO RISCO DE MORTE, que necessitam avaliação diagnóstica e tratamento medicamentoso, deverá ser observada a relação de um médico para o atendimento máximo de até 14 (quatorze) pacientes por turno de quatro horas.

Resolução Cremerj nº 17/1987

(...)

Art. 13 Recomendar que na assistência ambulatorial devam ser atendidos 12 (doze) pacientes no máximo, em jornada de 4 (quatro) horas, respeitadas as limitações em números menores, conforme as especialidades.

Resolução Cremepe n.º 01/2005

(...)

Art. 1º – (...)

§. I – Para consultas ambulatoriais o limite referido no caput deste artigo, é o de até 14 pacientes, atendidos por médico, em 4(quatro) horas de jornada de trabalho, respeitando-se a decisão do médico de ultrapassar ocasionalmente este número de acordo com sua capacidade de trabalho, mas dentro dos ditames de padrões éticos.”

39. Restrições dessa natureza podem conduzir a cenários alternativos: a priorização do atendimento a procedimentos mais caros, a cobrança dos procedimentos mais simples pelo preço dos procedimentos mais caros, ou a venda casada (embutindo os procedimentos mais caros na consulta que envolva procedimento mais barato). No caso dos planos de saúde, poderíamos assistir à saída/ao *crowding out* dos procedimentos mais simples dos atendimentos pelos planos de saúde.

3.6 Peculiaridade dos planos de saúde

40. A manifestação dos efeitos do tabelamento sobre o bem-estar social encontra uma peculiaridade, no caso dos planos de saúde. Como o paciente paga um valor mensal fixo à operadora – o qual, portanto, não varia em função do profissional contratado -, o paciente tem incentivos a buscar o profissional com melhor reputação – em geral, aquele cujos honorários pagos fora do plano são mais elevados.

41. Como o segmento dos planos de saúde é um mercado de dois lados, embora honorários médicos mais elevados dentro da rede credenciada não afetem imediatamente o consumidor – que poderá consumir qualquer serviço credenciado pelo valor do pacote pago à operadora -, eles são decisivos para a estratégia empresarial da operadora. Isso ocorre porque, para atrair os seus clientes, a operadora precisa oferecer bons profissionais. Quanto maior a concorrência entre as operadoras de plano de saúde, maiores os incentivos a que a operadora inclua no seu portfólio hospitais e profissionais de reputação. E quanto maior a reputação desses profissionais, maior o valor a ser cobrado para manter-se na rede credenciada. Caso essa majoração não seja diluída no valor de outros profissionais pertencentes à rede credenciada, maior será o valor do plano pago pelo

paciente (do médico), ou consumidor final (do plano de saúde).

42. Se, para atrair os profissionais de melhor reputação, os planos de saúde precisam oferecer honorários mais atrativos, é também verdade que não faria sentido estender esses honorários diferenciados para outros profissionais que não tenham esse mesmo diferencial para o mercado (pacientes e planos de saúde). Primeiro, porque as operadoras dificilmente teriam condições financeiras de estender os benefícios a todos os demais profissionais. Segundo, porque a uniformidade elimina, pela sua própria natureza, o diferencial que o médico de maior reputação deseja receber em função do seu valor (comparável ao que a doutrina chama de *killer application*, dentro do universo dos pacotes de programação) para o plano de saúde.

43. O que o tabelamento e as ameaças de punição pelas entidades profissionais – comprovados no presente caso, como bem ilustra o voto condutor do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior [2] – fazem é, precisamente, impedir a negociação individual que permitiria a individualização dos preços. Por subseqüente, o primeiro efeito negativo da uniformidade de preços trazida pelo tabelamento é impedir a oferta de preços diferenciados para os profissionais de maior reputação e a sua conseqüente adesão aos planos da operadora. Em segundo lugar, ela representa um desincentivo à inovação: o médico que reduzisse os seus custos não poderia cobrar abaixo do valor tabelado, ao passo que o médico que elevasse os seus custos para oferecer um melhor *portfolio* de serviços não seria remunerado adequadamente. Em terceiro lugar, o tabelamento de preços, ao elevar o preço pago por profissionais dispostos a receber menos e que não têm reputação suficiente para deixar os planos de saúde, eleva o valor pago pelo plano de saúde em si, reduzindo o acesso da população com maior restrição orçamentária à saúde suplementar. Por fim, a uniformidade de preços leva a um descompasso com as leis do mercado: os profissionais mais demandados devem ter a capacidade de elevar os seus preços, sendo que essa variação dependerá da sensibilidade dos pacientes à variação dos preços (elasticidade-preço da demanda). Daí que, não sendo possível refletir os incentivos de mercado no modelo de pagamentos das operadoras, os profissionais diferenciados (*outliers*) tendem a sair da rede credenciada e somente fazer atendimento privado, no qual os profissionais podem ser remunerados de acordo com as leis do mercado.

44. A saída dos *outliers* da rede credenciada gera a automática perda de qualidade e incentiva a estratificação dos planos: se os honorários médicos devem ser uniformes, algumas operadoras podem vir a oferecer planos muito mais caros com os melhores profissionais. Em se tratando de um bem meritório, a uniformização dos honorários leva a uma perda generalizada de bem-estar da população – em particular da população que não se encontra no estrato social mais rico -, que poderia ter acesso aos melhores serviços por meio de planos mais baratos.

45. Mais do que isso, como os *outliers* tendem a ficar fora do plano, a uniformidade de preços também leva a que a rede credenciada perca em número de afiliados de qualidade: ao reduzir a rede de atendimento, reduz-se a oferta de profissionais e, por subseqüente, eleva-se a procura relativa dos melhores profissionais que restaram na rede credenciada e, portanto, criam-se filas de espera.

46. Por fim, como o serviço do profissional de maior reputação está fora do plano, o paciente tenderá a pagar pelo plano de saúde para cobrir emergências e procedimentos excepcionalmente caros, mas contratar, nos *check-ups* habituais, serviços que não estão credenciados pelos planos. Paradoxalmente, esse paciente do plano de saúde deixará de contar com os melhores profissionais justamente no momento mais crítico, quando deveria contar com os melhores profissionais.

3.7 Corporativismo e conflito de interesse: quando o regulado é, também, o regulador

47. A regulação de variáveis comerciais sensíveis por entidades profissionais, apesar de arraigada à cultura do Brasil e de diversos outros países, desperta séria preocupação concorrencial. Isso ocorre, em particular, por conta do conflito de interesses que decorre da indesejável situação em que o regulador é, também, o regulado. Nesse sentido, sempre que a atuação regulatória das autarquias profissionais for além de normas estritamente éticas sobre o comportamento médico-paciente, para entrar o campo negocial e atuação do médico enquanto provedor de serviço, o comportamento corporativista tende a promover a coordenação entre os profissionais, afetando preços, oferta de serviços, a atuação de outros profissionais da saúde.

4. Conclusão

48. Ante o exposto, recomendamos, que seja preservada a decisão recorrida, mantendo-se a decisão do Cade na sua integralidade, com fundamento no voto condutor do ex-Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.

NOTAS DE FIM

[1] Bens meritórios são aqueles cuja regulação e provimento pelo Estado geram externalidades sociais positivas, ao passo que os bens credenciais são aqueles cuja qualidade só pode ser atestada por determinados profissionais.

[2] “53. Nesse sentido, é inegável que as entidades de classe que adotam essa tabela têm meios para sua imposição, mesmo tentando argumentar que esses preços seriam ‘sugestões’ ou ‘recomendações’. Seria ‘sugestão’ ou ‘recomendação’ se o médico tivesse liberdade para negociar diretamente com as operadoras de planos de saúde caso entendessem que a remuneração tabelada não fosse adequada. No entanto, não é isso o que acontece: não há escape aos médicos que não concordam com a tabela; há apenas a obrigação de adoção desses preços, sob pena de boicotes e retaliações contra o indivíduo prestador de serviços.”

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

Assessor do Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ANGELO JOSÉ MONT ALVERNE DUARTE

Subsecretário de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação

Documento assinado eletronicamente

JOÃO MANOEL PINHO DE MELLO

Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Domingos Taufick, Assessor(a)**, em 16/03/2018, às 13:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **João Manoel Pinho de Mello, Secretário(a) de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência**, em 16/03/2018, às 14:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de](#)

[outubro de 2015.](#)



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Subsecretário(a) de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação**, em 16/03/2018, às 15:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0450832** e o código CRC **0DB78BA7**.
