

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

GILBERTO MENDES CALASANS GOMES

Tabelas de honorários profissionais como infração à ordem econômica

BRASÍLIA
2013

GILBERTO MENDES CALASANS GOMES

Tabelas de honorários profissionais como infração à ordem econômica

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientado pelo Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

BRASÍLIA

2013

GILBERTO MENDES CALASANS GOMES

Tabela de honorários profissionais como infração à ordem econômica.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Apresentado e aprovado em 19 de dezembro de 2013.

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

Presidente da Banca – Orientador

Professora Doutora Ana Oliveira Frazão Vieira de Mello

Membro

Professor Doutor Davi Monteiro Diniz

Membro

Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

Membro Suplente

BRASÍLIA

19 de dezembro de 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, especialmente aos meus pais Helena e Marcelo, por todo o apoio e orientação dados durante o percurso desses cinco anos e meio. O dedo para indicar o caminho quando hesitava, os ouvidos para escutarem as reclamações e o colo para acolher quando das frustrações são o que de mais precioso pude desfrutar de vocês nessa empreitada.

Aos amigos, antigos e novos, e colegas, felizmente tão numerosos que correria o risco de uma injustiça em nomeá-los um por um, por me ajudarem a rir. Pois um dia sem uma boa risada não é um dia que tenha valido a pena.

Aos professores que prestaram particular auxílio durante essa jornada, em especial ao professor Othon de Azevedo Lopes, que, mesmo após ter me lecionado duas disciplinas concordou em orientar este trabalho; ao professor George Rodrigo Bandeira Galindo, por ter me orientado no Programa de Iniciação Científica e à professora Bistra Apostolova, pela orientação durante o projeto de extensão Promotoras Legais Populares.

Aos meus colegas da REDUnB, por mostrar que apesar de quase tudo indicar que devemos desistir, essa é apenas a alternativa à continuar tentando e alcançar o objetivo.

Às minhas colegas do projeto de extensão Promotoras Legais Populares, por terem dividido comigo as primeiras iniciativas fora do esquema “escola, cinema, clube, televisão” e mostrado que a Universidade ultrapassa em muito apenas a sala de aula.

A todos aqueles com quem dividi os momentos de organização e execução de simulações das Nações Unidas, seja a SiNUS, seja a MundoCM. Apesar de todo o trabalho, esses eventos possibilitavam uma eventual e necessária fuga da realidade.

A todos aqueles que me ofereceram oportunidades de crescimento profissional, seja no Superior Tribunal de Justiça, onde tive o primeiro contato concreto com o Direito, seja na Trench, Rossi e Watanabe Advogados, onde fui cobrado e aprendi como em nenhum outro lugar, seja no Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados, onde encontrei um excelente ambiente de trabalho e amadureci preciosas amizades, seja no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, onde atualmente posso me aprofundar na área do Direito de minha preferência.

RESUMO

Trata o presente Trabalho de Conclusão de Curso das tabelas de honorários profissionais como infrações à ordem econômica, privilegiando-se, para tanto, a ótica concorrencial da questão. Quanto ao percurso escolhido para apresentar o tema, busca-se partir da exposição dos principais fundamentos de Direito da Concorrência relevantes ao caso. Após essa seção de temas mais gerais, busca-se, de forma bastante pontual, caracterizar a infração à ordem econômica consistente em acordos entre concorrentes, dando principal enfoque aos acordos horizontais, entre agentes concorrentes no mercado, o que constitui, na ampla maioria dos casos, o ilícito de cartel. Por último, passa-se ao tratamento da questão das tabelas de honorários profissionais em si. O primeiro esforço é dedicado à definição do que caracterizaria uma tabela de honorários profissionais. Segundo esforço é dedicado a uma breve exposição de como as autoridades internacionais tratam do assunto, com uma curta explanação sobre o que foi decidido nas jurisdições estadunidense e europeia. O terceiro e último esforço deste trabalho refere-se ao debate sobre as possíveis isenções à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência que poderiam ser aventadas pelas entidades que elaborassem tabelas de honorários profissionais.

Palavras-chave: Direito da Concorrência, acordos entre concorrentes, tabelas de honorários profissionais.

ABSTRACT

This course completion work treats about professional fee schedules as a violation to the economic order, using a competitive perspective of the issue. The route chosen to present the theme starts at the exposure of the main foundations of competition law relevant to the case. After this section of more general themes, it's characterized, in a, in a very brief manner, the agreement between competitors as a violation to the economic order, giving primary focus to horizontal agreements between competitors, which consists, in the vast majority of cases, in cartel . Finally, it's addressed the issue of professional fees schedules itself. The first effort is devoted to defining what characterizes a professional fees schedule. A second effort is devoted to a brief exposure of how the international authorities deal with the subject, with a short explanation about the U.S. and European jurisdictions jurisprudence. The third and last effort of this work refers to the debate on possible exemptions to the application of the Competition Law that could be suggested by the entities that elaborates the professional fee schedules.

Keywords: competition law, agreements between competitors , professional fee schedules .

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Constituída de uma relação alfabética das abreviaturas e siglas utilizadas no texto, seguidas das palavras ou expressões correspondentes grafadas por extenso.

AMHPDF - Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal.

APRO – Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

CRM – Conselho Regional de Medicina.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

SDE – Secretaria de Direito Econômico.

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

URH – Unidades Referenciais de Honorários.

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Fundamentos de Direito da Concorrência relevantes ao caso	12
1.1 Definição de Direito da Concorrência	12
1.2 Desenvolvimento histórico do Direito da Concorrência	14
1.3 Objetivos do Direito da Concorrência	17
1.4 Aplicação do Direito da Concorrência no Brasil	21
1.4.1 Desenvolvimento e estrutura institucional de aplicação do Direito da Concorrência	21
1.4.2 Sujeitos da Lei Antitruste	26
1.4.3 Regra da razão, isenções e autorizações	27
2. Acordos entre concorrentes (colusão horizontal)	33
2.1 Acordos verticais e horizontais	34
2.1.1 Acordos horizontais: cartéis	35
3. As tabelas de honorários profissionais	38
3.1 Tabelas de honorários profissionais e exemplos	38
3.1.1 Tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil	40
3.1.2 Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos	41
3.1.3 Tabelas de honorários ou tabelas de remuneração?	42
3.2 Jurisprudência antitruste nacional e internacional sobre o assunto	43
3.2.1 Jurisprudência Estadunidense	43
3.2.2 Jurisprudência Europeia	44
3.2.3 Jurisprudência Nacional	45
3.3 Possibilidade de isenções à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência	46
3.3.1 Previsão da conduta em lei especial	47
3.3.2 Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a entidades representativas de classe	48
3.3.3 Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência em relações de trabalho	49

3.3.4 Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a atividades que não constituem relação consumerista.....	51
Conclusão	57
Referências	59

Introdução

Trata o presente Trabalho de Conclusão de Curso das tabelas de honorários profissionais como infrações à ordem econômica, privilegiando-se, para tanto, a ótica concorrencial da questão. Faz-se essa ressalva, pois, como será visto principalmente na última seção desse trabalho, a legalidade da elaboração de tabelas de honorários profissionais por parte de associações e entidades representativas de classe é assunto abordado por diversos ramos do Direito. Passa-se, por exemplo pelo Direito da Empresa, quando da definição de empresa e sua sujeição ao regime concorrencial de livre mercado. Igualmente, também traz reflexos para a presente questão o Direito do Trabalho, vez que as relações de trabalho estão excluídas da aplicação do Direito da Concorrência, argumento que pode ser levantado pela defesa das entidades de classe em certas situações.. Por fim, também a título exemplificativo, pode-se citar o Direito Constitucional, aplicável quando da necessidade de se decidir o conflito de princípios entre a livre concorrência e a função social do trabalho.

Muito antes de dar uma solução final ao problema, este trabalho se propõe a analisar algumas das diversas possibilidades que o tema suscita. Não poderia ser diferente, visto que, atualmente, a questão ainda provoca decisões conflitantes entre a autoridade antitruste brasileira – o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, CADE – e o Judiciário.

Quanto ao percurso escolhido para apresentar o tema, busca-se partir da exposição dos principais fundamentos de Direito da Concorrência relevantes ao caso. Assim, amparado fortemente na obra “Os Fundamentos do Antitruste”, da professora Paula A. Forgioni, este trabalho apresentará definições para o ainda incipiente, ao menos no Brasil, Direito da Concorrência, discutindo seus possíveis objetivos e sua aplicação pelas autoridades nacionais. Nesse contexto, alguns dos temas mais frequentes nesse campo serão também iluminados, como o desenvolvimento e estrutura institucional de sua aplicação, os sujeitos da Lei Antitruste e uma explanação sobre os mecanismos de flexibilização e isenção da aplicação das regras de livre mercado.

Após essa seção de temas mais gerais, buscar-se-á, de forma bastante pontual, caracterizar-se a infração de acordos entre concorrentes, dando principal

enfoque aos acordos horizontais, entre agentes concorrentes no mercado, o que constitui, na ampla maioria dos casos, o ilícito de cartel.

Após, passa-se ao tratamento da questão das tabelas de honorários profissionais em si. O primeiro esforço é dedicado à definição do que caracterizaria uma tabela de honorários profissionais, exemplificando-se com dois dos casos mais célebres na prática nacional: a tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil e a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos.

Segundo esforço é dedicado a uma breve exposição de como as autoridades internacionais tratam do assunto, com uma curta explanação sobre o que foi decidido nas jurisdições estadunidense e europeia. Da mesma forma, passa-se pela exposição do percurso jurisprudencial sobre a matéria perante a autoridade antitruste brasileira, o CADE.

O terceiro e último esforço deste trabalho refere-se ao debate sobre as possíveis isenções à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência que poderiam ser aventadas pelas entidades que elaborassem tabelas de honorários profissionais. Assim, identificou-se os argumentos de (i) previsão da conduta em lei especial, (ii) impossibilidade de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a entidades representativas de classe, por não estarem essas submetidas ao regime de livre mercado, (iii) impossibilidade de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a relações de trabalho, pelo mesmo motivo, e (iv) impossibilidade de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a atividades que não constituem relação consumerista.

Busca-se por meio deste trabalho, portanto, apresentar os pontos mais gerais da questão, evitando-se, por impossibilidade de se aprofundar ainda mais na questão, tecer um juízo de valor sobre qual seria a solução ideal para cada caso. Tal opção também pode ser explicada pela gradativa diminuição de expectativas que o próprio construir do texto impõe, característico de Trabalhos de Conclusão de Curso.

1. Fundamentos de Direito da Concorrência relevantes ao caso

Antes de se proceder à análise do tema de fundo do presente trabalho, as tabelas de honorários profissionais como infrações à ordem econômica, é necessária uma breve introdução dos fundamentos de Direito da Concorrência, principalmente aqueles relevantes ao caso.

Pontua-se que uma análise mais detida dos fundamentos e conceitos desse ramo do Direito não significa que ele, sozinho, seja capaz de resolver a controvérsia. Como será visto posteriormente, para a exata compreensão do problema proposto são também utilizados conhecimentos em Direito Empresarial e em Direito do Trabalho, por exemplo. Ademais, como a prática da aplicação do Direito da Concorrência revela, essa disciplina carrega consigo a característica da interdisciplinaridade, vez que, raramente, o campo se basta para resolver os problemas propostos. Nesse contexto que, além dos ramos já citados, o Direito Societário e o Direito Regulatório, por exemplo, são também aplicados pela autoridade concorrencial.

Discorre-se sobre a definição de Direito da Concorrência, seu desenvolvimento histórico, seus objetivos e o desenvolvimento e estrutura de sua aplicação no Brasil, expondo questões relevantes ao presente caso como os sujeitos a que a Lei da Concorrência¹ se dirige e de qual forma é possível que se isente certa situação do escopo de aplicação da lei antitruste.

1.1 Definição de Direito da Concorrência

Em um primeiro momento, pode-se assumir que é o Direito da Concorrência (ou Direito Concorrencial, ou, ainda, Direito Antitruste) o ramo do Direito consistente em normas destinadas a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis do mercado liberal mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência.²

Tem-se, a partir dessas definições, que o Direito da Concorrência está inserido em um campo mais amplo, o Direito Econômico. Tal campo, consubstancia-

¹ Lei Federal nº 12.529/2013. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. É sucessora da Lei Federal nº 8.884/94, como será exposto em seção posterior.

² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

se, primeira e primariamente em nossa Constituição Econômica³, que delega a leis subordinadas a regulação da intervenção do Estado na propriedade privada de diversas formas, seja por meio de controle (como, por exemplo, no exercício do poder de polícia nos mais diversos setores econômicos), incentivo (como, por exemplo, na edição de normas tributárias extrafiscais, a fim de induzir o comportamento do particular), participação e monopólio.

Assim, o Direito Concorrencial, como meio de evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis do mercado liberal, insere-se também como meio de intervenção do Estado na economia, embora o faça menos no sentido de conduzir a atividade econômica a determinado objetivo estabelecido pelas autoridades governamentais e mais no sentido de proporcionar um ambiente de livre mercado em que os agentes econômicos possam atuar sem que se observe o ilegítimo abuso do poder econômico ou dominação do mercado.

Nesse sentido é o texto constitucional dispõe que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrários dos lucros”⁴.

No entanto, o Direito da Concorrência, assim como todo o Direito Econômico, também há de se dirigir pelos fundamentos constitucionais da República⁵ em direção aos seus objetivos fundamentais⁶. Assim, além de ser vedado ao aplicador das normas antitruste propor soluções que vão contra tais fundamentos e objetivos, pode ele guiar a aplicação do Direito da Concorrência com fins de implantar políticas públicas nesse sentido.

³ “O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”. GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79.

⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 173, §4º.

⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (i) a soberania; (ii) a cidadania; (iii) a dignidade da pessoa humana; (iv) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e (v) o pluralismo político”.

⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Dessa forma, FORGIONI entende que, em um entendimento mais aprofundado, mais do que o conjunto de regras que visem a reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre concorrência, o direito antitruste constitui-se em “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”⁷. Essa percepção acerca do Direito Concorrencial será também abordada quando do tratamento das isenções antitruste conferidas a certo conjunto de situações.

1.2 Desenvolvimento histórico do Direito da Concorrência

Para melhor se compreender o Direito da Concorrência e os diversos objetivos que lhe são atribuídos, faz-se útil uma abordagem, ainda que bastante panorâmica, de seu desenvolvimento histórico. Para tanto, utilizar-se-á a divisão em três momentos distintos proposta por FORGIONI⁸:

(i) A determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções típicas.

(ii) A regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como corolário de um sistema de produção entendido como ótimo. Essa disciplina é, então, vista como correlata à estrutura do próprio sistema. A concorrência assume seu *sentido técnico*, que lhe é dado pela ciência econômica. De outra parte, sua disciplina visa a proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis (correção de efeitos típicos danosos, visando à manutenção do sistema).

(iii) A regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como *instrumento de implementação de uma política pública* (correção dos efeitos típicos danosos, visando não apenas à manutenção, mas também à condução do sistema).

O primeiro período, caracterizado pela disciplina da concorrência para a eliminação de distorções típicas, tem início nas primeiras normas contra a formação de monopólios, ainda na antiguidade. Nesse período, a livre concorrência ainda não é alvo de normas reguladoras que a protegessem como um bem em si, nem como relativa a um tipo de estrutura de produção tida como ótima. A regulação da concorrência é feita acessoriamente em normas que tinham outros objetivos sociais e políticos, como, por exemplo, a regulação de estoque de alimentos e o controle da

⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

⁸ Idem, p. 39.

atividade das corporações de ofício na idade média e a concessão de monopólios de exploração de determinados setores da econômica como instrumento de poder do soberano na modernidade.

Tal período, de normas concorrenciais esparsas, desorganizadas e que não reconheciam o livre mercado como algo a ser tutelado (mesmo porque o livre mercado ainda não havia sido teorizado e problematizado pela ciência econômica), vigorou até o início da idade contemporânea, quando ocorreu tanto a revolução industrial quanto os primeiros passos no rumo à teorização do liberalismo econômico. Entretanto, ainda visualizam-se seus reflexos, por exemplo, em legislações que tratam sobre proteção do consumidor e sobre defesa comercial que, subsidiariamente trazem normas que impactem o livre mercado⁹.

O segundo período, referente à situação de regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como forma de se preservar o livre mercado como um bem em si mesmo, significa não uma estrita regulamentação do mercado, mas antes, a possibilidade de liberdade de atuação dos agentes econômicos a fim de buscar novos mercados, praticar os preços que entendessem convenientes, competir por consumidores e regular a quantidade ofertada.

Livre concorrência e livre iniciativa tornam-se princípios do sistema econômico. Assim, como nos mostra FORGIONI¹⁰,

A noção de mercado deixa, assim de ser relacionada apenas ao local ou à reunião de pessoas em torno de trocas, para fundir-se às ideias de concorrência e de liberdade econômica. O mercado é a arena na qual os agentes não apenas trocam, mas competem livremente por oportunidades de troca. A força concorrencial vem reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, sob a égide da liberdade econômica. (...)

A concorrência é o antídoto natural contra o grande mal dos monopólios, apta a regular o mercado, conduzindo ao bem-estar social, sem a necessidade da intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena.

Nesse contexto, cabe ao Estado a harmonização dos conflitos, sendo árbitro do respeito às regras do sistema econômico, provendo segurança aos agentes nele envolvidos. Sua atuação máxima caracteriza-se, nessa fase, apenas

⁹ Não se enquadram nessa situação as normas específicas sobre mercados regulados, que se enquadram, como será visto mais adiante, em um contexto de uso das normas concorrenciais para implementação de políticas públicas.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60 e 62.

por evitar a acumulação excessiva de poder em poucos agentes, o que geraria instabilidade do sistema.

Primeiro diploma legal relevante desse período é o *Sherman Act*, lei antitruste norte-americana de 1890 ainda hoje vigente. Tal lei tinha como principal ponto de preocupação a formação dos trustes nos Estados Unidos. Trata-se o truste de instituto que proporcionava a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam em um mesmo mercado, afastando e evitando a concorrência naquele mercado de forma mais estável do que a formação de cartéis¹¹. O *Sherman Act* tem como principais dispositivos: “§1. Todo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras é considerada ilegal (...)” e “§2. Toda a pessoa que monopolize ou tente monopolizar qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos Estados será considerada culpada”¹².

Com o passar do tempo, sofreu emendas e restrições interpretativas por parte da Suprema Corte estadunidense. A principal lei de emenda é o *Clayton Act*, que exemplifica e condena algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas e aquisição de controle de outras companhias, acompanhada de cláusula que determina que as práticas lá elencadas somente seriam consideradas ilícitas se restringirem e concorrência de forma não razoável ou tenderem á criação de monopólio¹³. Daí o gérmen da regra da razão, a ser mais bem debatida posteriormente. Assim, retirou-se da ilegalidade e legítima dominação de mercados pela eficiência e inovação, o que consistia em grave fator de instabilidade para a própria concorrência e para o desenvolvimento econômico.

Como será visto na próxima seção, essa fase do antitruste caracteriza-se pela perseguição da máxima eficiência como objetivo. Assim, não caberia ao Estado interferir na economia, à título de defesa da concorrência, para, por exemplo, proteger o consumidor ou as pequenas firmas.

¹¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

¹² “§1. *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal (...)*”. “§2. *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Act* (1890). An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies. Disponível em: < <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript>>, acessado em 17/11/2013.

¹³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 77.

O último período, referente às normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas, caracteriza-se pela multiplicação das normas e o aumento da intervenção do Estado na econômica, deixando este de ser um árbitro do mercado para passar a dirigir o sistema a fim de evitar as crises.

A disciplina da concorrência insere-se em um contexto de dupla instrumentalidade, na qual¹⁴,

“por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições (...) e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê”.

Exemplo maior dessa dupla instrumentalidade é observado na criação do ideal da União Europeia, onde a política concorrencial é utilizada para atingir fins maiores, como exemplificados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): o crescimento econômico equilibrado, a estabilidade dos preços numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social e coesão econômica, social e territorial, por exemplo¹⁵.

De maneira semelhante opera esta dupla instrumentalidade no Brasil, conforme já argumentado na subseção 1.1 acima, por meio da utilização das normas antitruste como instrumento para se perseguir os objetivos da República Federativa do Brasil.

1.3 Objetivos do Direito da Concorrência

Observados as diferentes fases do desenvolvimento do Direito da Concorrência, passa-se a uma breve discussão de tema paralelo, seus objetivos. Estes podem ser os mais diversos, como expõe FORGIONI¹⁶:

¹⁴ FRIGNANI, Aldo e WAELBROECK Michel. **Disciplina della concorrenza nella CEE** apud FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

¹⁵ Por exemplo, “Artigo 9º. Na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem em conta as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana”. UNIÃO EUROPEIA. Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 30/03/10, C 83/47. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>, acessado em 18/11/2013.

¹⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 155.

É impressionante a miríade de “objetivos máximos” que já foram atribuídos às leis antitruste: redistribuição de renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político, controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores, eficiência econômica, bem-estar do consumidor, controle de preços, obtenção de resultados econômicos desejáveis (...), promoção da concorrência, promoção de condutas leais, limitação da atuação e da expansão das grandes empresas, controle do poder político dos grandes conglomerados, ampliar a capacidade competitiva das empresas nacionais, para assegurar participação maior no comércio internacional e assim por diante.

Desses, destacam-se, conforme explicação do professor Richard WHISH, os seguintes¹⁷:

Proteção do consumidor:

The first [objective] is that its essential purpose should be to protect the interests of consumers, not by protecting the competitive process itself, but by taking direct action against offending undertakings, for example by requiring dominant firms to reduce their prices. (...) A problem with using competition law to assume direct control over prices, however, is that regulators are ill-placed to determine what price a competitive market would set for particular goods or services, and indeed by fixing a price they may further distort the competitive fabric of the market.¹⁸

Redistribuição de renda:

A second possible objective of competition law might be the dispersal of economic power and the redistribution of wealth: the promotion of economic equity rather than economic efficiency. Aggregations of resources in the hands of monopolists, multinational corporations or conglomerates could be considered a threat to the very notion of democracy, individual freedom of choice and economic opportunity.¹⁹

Proteção dos concorrentes no mercado:

Linked to the argument that competition law should be concerned with redistribution is the view that competition law should be applied in such a way as to protect small firms against more powerful rivals (...). However it has to be appreciated that the arrest of the Darwinian struggle, in which the most efficient succeed and the weak disappear, for the purpose of protecting small business can run

¹⁷ WHISH, Richard. **Competition Law**. 5ª ed. Oxford: University Press, 2005, p. 17 e ss.

¹⁸ “O primeiro objetivo é que seria um propósito essencial do Direito Concorrencial proteger os interesses dos consumidores, não por proteger o processo competitivo, mas sim por tomar ações diretas contra os agentes infratores, por, por exemplo, requerer que empresas dominantes reduzam seus preços. (...) Um problema em usar o Direito da Concorrência para tomar controle direto sobre preços, entretanto, é que os reguladores estão mal posicionados para determinar que preço um mercado competitivo definiria para bens ou serviços particulares, e, além disso, ao fixar preços estaria distorcendo o processo competitivo do mercado” (tradução livre).

¹⁹ “Um segundo possível objetivo do Direito da Concorrência seria a dispersão do poder econômico e a redistribuição da riqueza: a promoção da igualdade econômica ao invés da eficiência. O acúmulo de recursos nas mãos de monopolistas, corporações multinacionais ou conglomerados poderia ser considerado uma ameaça à noção de democracia, liberdade de escolha e livre iniciativa” (tradução livre).

directly counter to the idea of consumer welfare in the technical economic sense²⁰.

Entretanto, o maior debate sobre os objetivos do Direito Antitruste é aquele entre as duas principais escolas norte-americanas: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

Esse debate pode ser sinteticamente resumido a partir da contraposição de seus pressupostos. A Escola de Harvard, também denominada estruturalista, enfoca a política antitruste no combate ao poder de mercado. De tal modo²¹,

(...) baseia-se na proposição teórica de que elementos chaves estruturais de um mercado determinam a conduta e o desempenho das firmas. Basicamente, um grande número de vendedores e a ausência de barreiras à entrada de novos concorrentes garantiriam bons resultados nos mercados em termos de bem-estar econômico (isto é, preços baixos, além de mais e melhores produtos). Em geral, as pesquisas teóricas e empíricas baseadas no modelo Estrutura-Condução-Desempenho buscam demonstrar que a redução do número de vendedores e a elevação do nível das barreiras à entrada (estrutura do mercado) facilitam a coordenação entre firmas (conduta) e elevam a probabilidade de que os preços praticados no interior desse mercado sejam crescentemente maiores do que o custo médio e marginal de longo prazo (desempenho).

Assim, o objetivo do Direito da Concorrência, para a Escola de Harvard, é evitar a formação de monopólios e combater a obtenção, mesmo que a partir de fusões e outros atos despídos de qualquer ilegalidade, de poder de mercado. Essa concepção adviria da premissa de que um monopolista sempre abusaria de sua posição.

Observa-se na atual Lei Brasileira de Defesa da Concorrência traços do estruturalismo quando, por exemplo, define como padrão de presunção de posição dominante o controle de 20% (vinte por cento) ou mais de determinado mercado relevante²².

²⁰ “Ligado ao argumento de que o Direito da Concorrência deveria se preocupar com a redistribuição está a visão de que ele deveria ser aplicado de forma a proteger as pequenas empresas contra seus rivais mais poderosos. (...) Entretanto, há que se considerar o peso da evolução Darwiniana, na qual o mais eficiente terá sucesso e o mais fraco desaparecerá, de modo que o propósito de proteger os pequenos negócios podem ir a encontro da ideia de bem-estar do consumidor em um sentido econômico mais técnico” (tradução livre).

²¹ LIMA, R. A. S. Política Antitruste no Brasil: A Atuação do CADE. **Revista Archétypon**. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Ano 9, nº 22, 2000, p. 7.

²² “*Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia*”. BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga

A Escola de Chicago, a seu tempo, parte da premissa de que os agentes econômicos se concentram não para abusar do poder de mercado, mas sim para obter maior eficiência, o que, a princípio, beneficiaria a sociedade na figura dos consumidores. Nesse contexto, “*os institutos antitruste passam a ser pensados em termos de eficiência alocativa, devendo-se evitar a excessiva intervenção estatal sobre as forças de mercado de forma a evitar a imposição de ineficiências*”²³. O foco da regulamentação concorrencial deixaria, portanto, de ser a formação de agentes com poder de mercado para direcionar a ação contra a formação de cartéis e outras formas de condutas que falseariam o sistema econômico da livre concorrência.

Ao deslocar o objetivo do Antitruste para a eficiência alocativa, a Escola de Chicago dá maior destaque à análise econômica das relações de mercado, em detrimento da possibilidade de aplicação das regras concorrenciais como política econômica.

Tem-se, porém, os possíveis objetivos do antitruste derivados do debate acima exposto, identificado com o segundo período do desenvolvimento do Direito da Concorrência, não são compatíveis com a noção do Antitruste como instrumento de políticas públicas, guiadas pelos princípios constitucionais. O referido debate, tido por excessivamente técnico e economicista, deixa por ignorar que a aplicação do Antitruste, mais do que o impedimento da constituição de monopólios e mais do que a máxima eficiência dos mercados, pode também militar pela maioria dos outros objetivos citados na abertura dessa subseção.

Exemplo dessa possibilidade, por exemplo, é demonstrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quando, em Ato de Concentração no setor de bebidas, decide por impor restrição consistente na manutenção do nível de emprego das duas companhias por determinado tempo, nos seguintes termos²⁴:

Sabe-se que toda operação que envolve a diminuição de gastos em busca de maiores eficiências, no que concerne à melhoria de

dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013. Artigo 36, inciso IV, §2º.

²³ AMARAL, Marcelo Quevedo do. **Análise da Evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência à Luz da Experiência Internacional**. Monografia apresentada ao Prêmio SEAE 2007. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores>, acessada em 18/11/2013.

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005846/1999-12**. Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrener – Instituto Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A e Braco S/A. Voto da Conselheira-Relatora Hebe Romano. Brasília, julgado em 29/03/2000. Disponível em: <www.cade.gov.br/Default.aspx?41e135c342d72afa1506133709>, acessado em 18/11/2013, p. 72.

qualidade do produto, envolve também a diminuição da mão-de-obra. Aliás, esta é a lógica eficiente da realização das grandes fusões.

No entanto, em razão da AmBev possuir uma grande massa de trabalhadores, a diminuição da mão-de-obra poderá trazer consequências no que concerne à questão social do desemprego. A AmBev deverá se comprometer a manter o nível de empregos, sendo que a eventual dispensa sem justa causa, que venha a ocorrer nos próximos quatro anos, deverá ser justificada ao CADE, através de estudos que comprovem a modernização. Fica a AmBev obrigada a implementar programa de requalificação da mão-de-obra a ser dispensada, com vistas à realocação desses empregados no mercado de trabalho.

Ainda, há de se atentar para a própria Lei Concorrencial, que em seu primeiro artigo dispõe que²⁵:

Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

1.4 Aplicação do Direito da Concorrência no Brasil

Vencidos os primeiros passos no que concerne a alguns fundamentos necessários e anteriores ao tratamento da questão do fundo do presente trabalho, também se toma por útil uma breve exposição sobre como o Direito da Concorrência é aplicado no Brasil. Assim, será apresentado um breve histórico da proteção à livre concorrência e a estrutura institucional de aplicação do Direito Antitruste. Além disso, questões acessórias, mas sempre presentes no tratamento dado pelas autoridades administrativas quanto às tabelas de honorários, como quais são os sujeitos passíveis de enquadramento pela Lei Antitruste e algumas das regras de sua não aplicação, tais como a “regra da razão” e a concessão de isenções a certos mercados.

1.4.1 Desenvolvimento e estrutura institucional de aplicação do Direito da Concorrência

Pode-se afirmar com algum acerto que, no Brasil, o Direito da Concorrência experimentou uma longa primeira fase, não constituindo um sistema em si, mas sim regras esparsas em outros diplomas constituídas com fim outro que

²⁵ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

não a proteção da livre concorrência por ela mesma. Tal se deu, como bem exposto por FORGIONI²⁶, pelo longo período o qual o país esteve na condição de colônia, sendo privado de um mercado livre e do desenvolvimento industrial. Da mesma forma, após a independência, tardou a entrada do liberalismo no Brasil, e, quando o fez, o fez de forma bastante peculiar, conferindo mais poderes ao Estado que seus congêneres americano e europeu.

Assim, a permanência de um “liberalismo à brasileira”, mesmo após o início do período republicano e deixando marcas ainda presentes, não deu condições para que o país passasse pela segunda fase do Direito Concorrencial. Pode-se, com alguma precisão, afirmar que o Brasil não experimentou período no qual o legislador intencionou que as normas concorrenciais se prestassem, exclusivamente, à regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como forma de se preservar o livre mercado como um bem em si mesmo.

Essa afirmação é confirmada pelo fato de que a liberdade econômica figura como princípio constitucional apenas em 1934, com limitação expressa no texto constitucional: “*Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica*”²⁷. Tal limitação é fruto direto da grande crise de 1929 e da tendência de intervencionismo estatal na economia.

No mesmo sentido, o fato de que a primeira norma infraconstitucional brasileira, o Decreto-lei 869, de 19 de novembro de 1938²⁸, ser uma lei que, antes da proteção ao livre mercado, buscava tutelar a economia popular e proteger o consumidor. Assim, conforme FORGIONI²⁹:

o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 88 e ss.

²⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

²⁸ Define os crimes contra a econômica popular, sua guarda e seu emprego. Tipifica como crimes atos como “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio” (cartel) e “vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência” (preço predatório. BRASIL. **Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: <www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1938/869.htm>, acessado em 19/11/2013.

²⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, o consumidor.

O próximo esforço legislativo relevante no campo, além da previsão na Constituição de 1946 da diretiva de repressão ao abuso do poder econômico³⁰, seria a edição da Lei nº 4.137/62, regulamentadora do citado dispositivo constitucional, com o fim de regular e reprimir ao abuso do Poder Econômico.

Tal lei, criadora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, embora contivesse grande avanço quanto à sistematização do Direito Concorrencial, tem como característica sua falta de eficácia material. Assim, como consequência de uma aplicação diluída, seja por intervenção do Judiciário nas decisões do CADE, seja por intervenção do Executivo chancelando atos de concentração que sofreram restrições por parte do conselho, “o CADE passa, então, a ser visto pelo empresariado (e mesmo pela população) como órgão inoperante ou que, se fazia algo, não era de muito relevo”³¹.

Nas palavras do próprio CADE³²:

A atuação do CADE entre a década de 1960 e meados dos anos 1980 é frequentemente considerada pelos estudiosos como pouco expressiva. As razões apontadas para isso, por um lado, passam pelo ambiente econômico da época e pelo modelo de desenvolvimento do país. Havia uma política de controle de preços – algo incompatível com a livre concorrência –, além de estímulo governamental à criação de grandes grupos econômicos nascidos, muitas vezes, de fusões e incorporações.

Após longo hiato de 29 anos, que coincide, em grande parte, com a política econômica desenvolvimentista e concentracionista dos governos militares, novo esforço legislativo em defesa da concorrência toma lugar com a edição da Lei nº 8.158/91, que instituía normas para a defesa da concorrência, e da Lei nº 8.137/90, que definia os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. A primeira lei tem como principal realização a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, que viria, já sob a vigência da Lei nº

³⁰ “Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>, acessado em 19/11/2013.

³¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

³² CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 43.

8.884/94, ser transformada na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

A Lei nº 8.884/94, última vigente antes da recente reforma, transformava o CADE em autarquia, conferindo maior autonomia frente a ingerências políticas e com orçamento próprio, e dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, além de outras providências. Além disso, reestruturava a SDE, que, em conjunto com o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), compunha o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A partir desse marco que, por exemplo, foi estabelecida a notificação obrigatória, posterior, ao SBDC de operações econômicas que envolvessem empresas ou grupos empresariais que se enquadrassem em certos requisitos³³. Também foram previstas, a partir de mudanças na legislação de 2000, a possibilidade de buscas e apreensões, a celebração de acordos de leniência³⁴ e de compromissos de cessão³⁵ com empresas investigadas por práticas anticoncorrenciais, instrumentos que flexibilizavam a instrução de processos administrativos por infrações à ordem econômica, especialmente a persecução de cartéis.

Outro instrumento criado sob a vigência dessa lei, em 2002, foi o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que possibilitava ao CADE

³³ BRASIL. **Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>, acessado em 19/11/2013. Art. 54, § 3º: “*Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)*”.

³⁴ “*Acordos que permitem que pessoas físicas e jurídicas, em troca de confissão e colaboração na investigação da prática denunciada, tenham extinção total ou parcial das penalidades administrativas originalmente aplicáveis pela prática de cartel*”. CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 99.

³⁵ “*Acordos firmados entre o CADE e os acusados por suposta infração à ordem econômica determinando o fim da prática investigada e de seus efeitos lesivos à concorrência. As autoridades brasileiras consideram que o TCC é uma mensagem de fortalecimento institucional evidente ao mercado e, além disso, representa economia de recursos públicos com a redução no tempo de tramitação dos processos*”. CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 121.

instituir medidas cautelaras com o objetivo de preservar as estruturas dos negócios envolvidos em atos de concentração até a conclusão do julgamento³⁶.

Entretanto, o novo esquema institucional trazido pela Lei nº 8.884/94 e os instrumentos a ela incorporados por leis posteriores não foram o suficiente para que se deixasse de levantar a necessidade de promoção de mudanças estruturais para a modernização do aparato de aplicação da Lei da Concorrência. As principais críticas concentravam-se na falta de celeridade do arranjo composto pelos três órgãos do SBDC, evidenciada, por exemplo, na demora de dois anos para a reprovação do Ato de Concentração entre Nestlé e Garoto, impondo o desfazimento do negócio.

Em resposta a esse tipo de crítica é que se aprovou a Lei nº 12.529/2011, atual Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, que previa, principalmente, a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a extinção da SDE e a assunção de suas competências concorrenciais³⁷ por uma Superintendência-Geral do próprio CADE e com a instituição do critério de análise prévia dos atos de concentração.

Portanto, tem-se que, atualmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelo CADE e pela SEAE, sendo esta competente para a advocacia da concorrência, numa postura mais de prevenção às infrações à ordem econômica por meio da difusa da cultura concorrencial.

Já o CADE constitui-se como autarquia federal com função judicante e jurisdição em todo o território nacional. É composto por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (com um Presidente e seis Conselheiros com mandato fixo) que concentra a função judicante, uma Superintendência-Geral (chefiada por um Superintendente-Geral, também com mandato fixo) que concentra a função instrutória e um Departamento de Estudos Econômicos (dirigido por um Economista-Chefe), com a incumbência de elaborar estudos e pareceres econômicos a fim de zelar pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões.

Conclui-se, ainda, destacando o papel do Ministério Público Federal Perante o CADE, a quem cabe emitir pareceres nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, do

³⁶ CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 79.

³⁷ Há que se lembrar de que a SDE também era competente para atuar na seara de Direito do Consumidor. Após a reforma de 2011, essa competência ficou concentrada na Secretaria Nacional de Direito do Consumidor (SENACON).

Ministério Público de forma geral, vez que é o legitimado para propor Ação Penal no crime de cartel³⁸ e do Poder Judiciário, competente para a revisão das decisões do CADE assim como da aplicação da Lei Concorrencial independentemente de prévia manifestação administrativa.

1.4.2 Sujeitos da Lei Antitruste.

Questão relevante para o tema tratado neste trabalho é o de quem está sujeito à Lei Antitruste. Na hipótese a ser apresentada, tal questionamento é relevante, pois podem constar como infratores à ordem econômica agentes como autarquias e sindicatos profissionais.

Porém, a própria letra da lei nos dá a solução, ao afirmar, em seu artigo 31, que se aplica³⁹:

Às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Assim, a um só tempo, abrange “qualquer forma de organização dos fatores de produção utilizada como instrumento para o desenvolvimento de uma atividade”⁴⁰, inclusive pessoas jurídicas de direito público (quando atuando fora de suas competências), sindicatos profissionais, empresas públicas, mesmo aquelas que exerçam atividade em monopólio legal.

Também determina a lei que “as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”⁴¹.

³⁸ Único crime concorrencial após a revogação dos outros dispositivos feita pela Lei nº 12.529/11.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 140.

⁴¹ Artigo 32. BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

Entretanto, pontual que se reconheça que a Lei de Defesa da Concorrência se presta a disciplinar a conduta dos agentes econômicos enquanto agentes no mercado. Assim, não estão sujeitas aos dispositivos antitruste as ações da Administração com o fim de implementar políticas públicas. Isso significa que “*a Administração, ao desempenhar suas funções (...), não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitruste dispensam aos agentes econômicos que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito*”⁴².

TAUFICK elenca cinco fatores para justificar a ausência da Administração como sujeito da Lei Concorrencial⁴³:

Primeiramente, em se tratando de uma regulação, o CADE não teria poderes para opor-se. Em segundo lugar, a punição da União não representara, financeiramente, mais do que mudar a destinação dos gastos públicos para o Fundo de Direitos Difusos. Em terceiro lugar, a punição depreciaria, incluindo a perda de reputação, um bem do próprio Estado e, portanto, público – sendo o seu efeito líquido negativo. Em quarto lugar, a punição do regulador pela regulação anticoncorrencial é uma contradição em si mesma, dado que a regulação tem como característica mais clara o afastamento, ainda que pontual, da concorrência. Quinto, a punição pessoal do regulador alcançaria, em última instância, o Presidente da República, chefe do Poder Executivo e fonte do poder delegado ao CADE.

Diferencia-se, entretanto, a não submissão da Administração, como gestora de políticas públicas, às regras concorrenciais da isenção concedida por essa Administração a certos mercados ou agentes, que continuariam sujeitos às normas antitruste em tudo aquilo que extrapolasse a isenção, conforme visto na subseção abaixo.

1.4.3 Regra da razão, isenções e autorizações.

Outra questão referente à aplicação do Direito Antitruste é aquela que trata da não aplicação de suas normas por meio da regra da razão, de isenções e autorizações, “válvulas de escape” para conferir legalidade a condutas que, de outro modo, seriam ilícitas perante a legislação. A não aplicação das regras concorrenciais, como será visto posteriormente, é um dos principais argumentos levantados na questão das tabelas de honorários profissionais como infração à ordem econômica, sendo relevante, portanto, expor, ainda que de forma bastante breve, de que forma se dá seu funcionamento.

⁴² Idem, p. 142.

⁴³ TAUFICK, Roberto Domingos. **A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 141

1.4.3.1 Regra da razão

A regra da razão, instituto importado do direito estadunidense, é a premissa de que somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma *não razoável*, não constituindo obstáculo desarrazoado ao livre mercado⁴⁴. Tal regra foi adotada pelo direito estadunidense como meio de se flexibilizar a aplicação do *Sherman Act*, cuja interpretação literal viria a considerar ilícitas práticas usuais do mercado.

Reflexo da regra da razão pode ser visto, por exemplo, em trecho de julgado do CADE sobre recusa de contratar abaixo⁴⁵, que afirma que, em síntese, que não há infração à ordem econômica quando a recusa de contratar se dá por legítima justificativa negocial:

Evidentemente, um agente econômico, ainda que detentor de poder de mercado, não pode ser obrigado a contratar com outros agentes econômicos em toda e qualquer circunstância negocial. A existência de justificativas objetivas para a negativa pode indicar, inclusive, que aquela recusa tem caráter pró-concorrencial ou mesmo neutro para as relações de competitividade em um mercado (quando a querela for meramente privada). (...)

São comuns outras justificativas possíveis para uma recusa de contratar, a depender do caso, como nas hipóteses em que o comprador de insumos *downstream* não pagam pelos produtos adquiridos, a interrupção justificada da produção, deficiências de capacidade produtiva, entre outras. Há ainda outros fatores que podem justificar de forma lícita a recusa de fornecimento por parte de uma empresa, na medida em que signifiquem a manutenção de seu próprio equilíbrio financeiro, incentivem a continuidade de investimentos, preservem a qualidade dos serviços no mercado e que, ao final, garantam um ambiente concorrencial saudável, o que afastaria a ilicitude da recusa de contratar.

Sobre a diferença entre o regime da regra da razão, que demandaria esforço instrutório e comprobatório da autoridade administrativa, e o regime da consideração da infração por si, voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18⁴⁶ propõe que tais regimes

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.011463/2007-54**. Representante: Prontomed Sociedade Simples; Representada: Santa Casa de Arcos. Brasília, julgado em 19/01/11. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/D_D000000576501437.pdf>, acessado em 20/11/2013, p. 8.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*; Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV). Brasília, julgado em 08/05/2013. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/D_D000000725651440.pdf>, acessado em 04/11/2013, p. 24.

foram adotados pela legislação brasileira como forma de desonerar a autoridade administrativa em sua análise:

O quanto exposto acima deixa bastante claro, a meu ver, que a lei brasileira não exige, de maneira alguma, *standards* de prova e ilicitude iguais para todas as condutas anticompetitivas que, em tese, prevê. Ao contrário, ao fazer desde logo uma distinção entre condutas ilícitas pelo objeto e condutas ilícitas pelos efeitos, a lei impõe ao aplicador, também desde logo, que faça uma primeira distinção entre dois regimes de persecução distintos. No primeiro, a ilicitude de certas condutas se presumirá por seu próprio conteúdo objetivo, cabendo demonstrar, apenas, que a conduta em questão se insere nessa grande categoria. No segundo, a ilicitude depende de prova dos efeitos, ainda que esses possam ser, como diz a lei, meramente potenciais. Em ambos os casos, dispensa-se, como visto, qualquer prova de elemento volitivo por parte do agente, já que a lei fala em responsabilidade *independentemente de culpa*.

Dessa forma, seriam infrações submetidas à regra razão aquelas que demandassem análise de estruturas de mercado, definições de mercado relevante e considerações de poder de mercado dos agentes para que se determine a ilicitude, ou seja, que demandam maior esforço probatório da autoridade antitruste, que deve demonstrar que a conduta não poderia implicar benefícios ao mercado ou estarem amparados por legítima justificativa comercial. São, basicamente, as condutas verticais, entre fornecedor e varejista, por exemplo, que podem apresentar efeitos positivos ao mercado.

Por outro lado estariam as infrações *per se*, as quais demandariam apenas prova objetiva de sua prática, por, seja por recorrentes análises econômicas demonstrarem sua inaptidão a gerar benefícios à livre concorrência, seja pela experiência da autoridade administrativa em julgamentos de condutas de teor semelhante. Enquadram-se nessa classificação os cartéis de preços e, segundo entendimento firmado no caso acima citado, a confecção de tabela, mesmo que referencial, de honorários profissionais (no caso, tabela de honorários de agências de viagem).

Sobre o assunto, TAUFFICK afirma, no sentido da necessidade de prova ao menos da conduta objetiva⁴⁷:

A regra *per se* costuma, apenas, inverter o ônus da prova em face do administrado, de tal forma que, adotando certas presunções que permitem concluir pela produção de efeitos dos seus atos sobre o mercado, se exija que o investigado as afaste. (...)

⁴⁷ TAUFFICK, Roberto Domingos. **A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 151.

Isso significa que as regras *per se* não consistem em presunções absolutas (*iuris et de iure*), mas na simplificação do processo de instrução por meio do deslocamento do ônus da prova a quem seja mais factível invertê-lo (presunção relativa ou *iuris tantum*).

1.4.3.2 Autorizações

As autorizações consistem em ato administrativo do CADE que, conforme §6º do artigo 88⁴⁸, retiram a ilicitude de atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Tem-se, como exemplo de autorização, a conferida pelo CADE em Ato de Concentração nº 08012.010080/1998-52⁴⁹, que autorizou a constituição do Conselho Executivo das Normas-Padrão por meio de Acordo de Auto-regulamentação, que instituíra, entre outros, diversas cláusulas de uniformização de conduta comercial, prática vedada pelo atual inciso II do §3º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Tal foi feito por ter se considerado que a auto-regulamentação causaria efeitos líquidos positivos ao mercado, ao gerar ambiente propício a novos investimentos e ao aumento da qualidade da propaganda nacional.

1.4.3.3 Isenções

As isenções, por sua vez, são previstas tanto no sistema estadunidense, no europeu e no brasileiro de defesa da concorrência. São instituídas por lei ou por órgão cuja competência para tanto advém de lei, como as agências reguladoras. Prestam-se a afastar “*o moto concorrencial, possibilitando o funcionamento do setor de acordo com sua lógica particular, não baseada exclusivamente no resguardo da*

⁴⁸ “Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

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

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.010080/1998-52.** Brasília, julgado em 22/11/2000. Relatora Conselheira Hebe Romano. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011271.pdf>, acessado em: 20/06/2013.

*competição*⁵⁰. São utilizadas em mercados em que a pressão para diminuição dos custos pode levar ao descuido com segurança ou qualidade dos produtos ou, ainda, em mercados considerados pelo Estado como estratégicos, aplicando-se monopólio legal ou outra forma de exploração.

Tem-se, portanto, como principal forma de isenção a conferida por regulação setorial quanto a aspectos antitruste. Entretanto, há de se ressaltar que não é a mera existência de regulação em sentido amplo que afasta as regras antitruste. Segundo MARQUES⁵¹:

Não há que se falar em reservas de regulação, setores imunes à regulação geral antitruste e consumerista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em quaisquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a lei antitruste brasileira, a princípio, não exclui qualquer setor da economia da competência do CADE, mesmo nos casos em que o poder de mercado é resultado de disposição legal. Exceção haveria apenas nos casos de planejamento econômico impositivo, que pressupõe uma intervenção direta do Estado na definição de metas específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais. Apenas nessas hipóteses, que demandariam, portanto, expressa manifestação legal, concebe-se a substituição do sistema concorrencial pelo sistema regulamentar, outorgando ao titular do poder regulatório poderes para influenciar aspectos concorrencias da vida empresarial.

A respeito da não aplicação das normas concorrenciais a agentes de mercados regulados, TAUFICK expõe que⁵²:

A isenção concorrencial a essa regulação indireta não se opera, entretanto, quando a figura do controlador das empresas públicas ou das sociedades de economia mista não coincidir com a do regulador competente. Assim ocorre quando a regulação setorial é da União e as empresas públicas ou sociedades de economia mista forem controladas por um dos entes federados. Nesse caso, o comportamento das empresas públicas e das sociedades de economia mista não expressa uma regulação setorial e está (...)

⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 194.

⁵¹ MARQUES, Floriano A. Regulação setorial e autoridade antitruste. A importância da independência do regulador. In: **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. SÃO PAULO: Max Limonad, 2002, p. 95.

⁵² TAUFICK, Roberto Domingos. **A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 145.

sujeito ao controle pelo SBDC. A isenção também não há quando a sociedade não for, efetivamente, controlada pelo Estado.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o CADE, por exemplo, em julgamento do Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, no qual se afirmou⁵³:

A existência de regulação no setor portuário não impede a aplicação da Lei 8.884/94. Ao contrário, o modelo de regulação proposto prevê expressamente a concorrência entre os atores envolvidos, qual só pode ser preservada com a observância da Lei de Defesa da Concorrência. (...) Nesse sentido manifestou-se a douta Procuradoria do CADE: “Não se pode aceitar o argumento de que a atividade está sujeita a regulação e, portanto, fora do alcance da lei antitruste. Mesmo em mercados regulados, os agentes econômicos, como maximizadores de lucro, tendem a adotar condutas anticompetitivas. Estas, por sua vez, causam falhar no mercado e podem eliminar a concorrência, tornando necessária a intervenção estatal para corrigir as falhas, protegendo os interesses públicos envolvidos”.

Exemplo de isenções seriam aquelas conferidas pela Lei Ferrari (Lei nº 6.729, de 1º de dezembro de 1979), que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, impondo restrições à livre determinação de uma série de aspectos concorrenciais da vida de uma empresa. Tais restrições seriam, entre outras, à concorrência interna à marca (proibição de venda de veículos de concessionárias a outras revendas e pelas montadoras ao consumidor final) e entre marcas (possibilidade de a montadora impedir a concessionária de comercializar outra marca)⁵⁴.

⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17**. Representante: SDE ex officio, Representados: Libra Terminais e outros. Brasília, julgado em 29/09/2005. Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em <www.cade.gov.br/temp?D_D000000223641940.pdf>, acessado em 06/04/2013, p. 3877.

⁵⁴ “Art. 12. O concessionário só poderá realizar a venda de veículos automotores novos diretamente a consumidor, vedada a comercialização para fins de revenda.

Art. 15. O concedente poderá efetuar vendas diretas de veículos automotores. §1º Nas vendas diretas, o concessionário fará jus ao valor da contraprestação relativa aos serviços de revisão que prestar, na hipótese do inciso I, ou ao valor da margem de comercialização correspondente à mercadoria vendida, na hipótese do inciso II deste artigo.

Art. 3º. §1º A concessão poderá, em cada caso: b) vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor”

BRASIL. **Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979**. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6729.htm>, acessado em 20/11/2013.

2. Acordos entre concorrentes (colusão horizontal)

Após se visitar alguns dos fundamentos do Direito da Concorrência relevantes ao caso, como o são a própria definição da disciplina, seu desenvolvimento histórico, objetivos e instituições para sua aplicação no Brasil, passa-se agora à exposição sobre a classificação e definição da infração analisada no presente trabalho. Como será melhor caracterizado na próxima seção, a confecção ou, segundo visão menos conservadora, a imposição mediante reprimendas de tabelas de honorários profissionais enquadra-se como acordo entre concorrentes de preços de serviços ofertados individualmente⁵⁵, por meio de imposição, no comércio de serviços, de preços, condições de pagamento, margem de lucro e outras condições de comercialização relativos a negócios com terceiros⁵⁶.

Antes, porém, de se adentrar na classificação dos acordos entre concorrentes, é válido lembrar que a Lei Concorrencial estabelece que⁵⁷

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante. (g.n.)

Pela sentença “os atos sob qualquer forma manifestados” extrai-se duas conclusões. A primeira, refere-se ao fato de que não é necessário que certo ato tenha sido registrado publicamente para que seja contrário à ordem econômica. Assim⁵⁸,

Bastará a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência da prática vedada: simples trocas de informações, entendimentos informais, cartas de intenção ou mesmo acordos de cavalheiros podem caracterizar-se como atentatórias à ordem econômica.

Entretanto, mais relevante para o presente estudo é a segunda conclusão, a de que a ilicitude de uma prática, no caso, de um acordo, é

⁵⁵ Artigo 36, §3º, inciso I da Lei nº 12.529/2011.

⁵⁶ Artigo 36, §3º, inciso IX da Lei nº 12.529/2011.

⁵⁷ Artigo 36. BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

⁵⁸ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

independente de sua tipificação formal pelo ordenamento jurídico. Assim, pode-se entender consórcios de empresas ou acordos de acionistas, ambos regulados pela Lei de Sociedades por Ações podem significar a celebração de acordos tendentes à limitar a concorrência. Se acordos e formas jurídicas previstas em lei são passíveis de incidência da Lei Antitruste, pouco há que se falar de tabelas de honorários (acordos alcançados por meio de associação) estabelecidas por atos infralegais e de determinações para punições aos profissionais que descumpram as tabelas que extrapolem o texto da norma legal que estabeleça determinada tabela. Exceção apenas quanto aos atos abrangidos pelas isenções legais, conforme já destacado na subseção 1.4.3.3.

2.1 Acordos verticais e horizontais

Simple é a distinção entre acordos verticais e acordos horizontais. Segundo FORGIONI⁵⁹,

Acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em *direta relação de concorrência*.

Já os *acordos verticais* disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares.

Assim, por exemplo, têm-se como acordos verticais aqueles estabelecidos entre fabricante e distribuidor e entre este e o varejista, por exemplo. Ilustrativamente, seria um acordo vertical o acordo fixando preço mínimo de revenda celebrado entre o fabricante de sorvetes e sua rede de distribuição. Dada a falta de afinidade entre esta classificação e o objeto do presente trabalho, não serão tecidas maiores considerações sobre os acordos verticais.

Por outro lado, acordos horizontais são aqueles caracterizados pelo inciso I do §3º da Lei nº 12.529/11, ou seja, aqueles estabelecidos entre concorrentes (i) sobre preços de bens e serviços ofertados individualmente; (ii) sobre a produção ou comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; (iii) sobre a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços; e (iv) sobre preços, condições, vantagens ou abstenção e licitação pública. São, grosso modo, o que se entende por cartéis.

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 353.

2.1.1 Acordos horizontais: cartéis

Segundo FORGIONI⁶⁰, “*cartéis são acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado*” no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

Já segundo o próprio CADE⁶¹,

Essa conduta anticompetitiva [cartel] caracteriza-se pela existência de acordo explícito ou implícito entre concorrentes de um setor econômico visando, principalmente, à fixação de preços e à divisão de mercados. Por meio de ação coordenada entre empresas que deveriam concorrer entre si, elimina-se a competição e a livre flutuação de preços.

HOVENKAMP, por sua vez, afirma que “a cartel is an agreement among otherwise competing firms to reduce their output to agreed upon levels, or sell at an agreed upon price”⁶².

Os cartéis são justificados por motivos bastante semelhantes aos expostos para o surgimento dos trustes no início do Direito da Concorrência. Assim, os acordos entre concorrentes têm lugar a partir da constatação de que a livre concorrência, ao mesmo tempo que possibilitaria uma melhor alocação de recursos e dispersaria benefícios econômicos a todos os agentes, prejudicaria os próprios concorrentes, vez que a pressão concorrencial diminui as margens de lucro auferida pelo empresário, forçando-o, ainda, a manter constante cuidado com a qualidade de seu produto, com a inovação de sua empresa e com os investimentos necessários para sua manutenção no mercado.

Assim, embora o livre mercado, na maioria das vezes⁶³ enseje uma situação ótima para a coletividade – que não por outro motivo é indicada como a titular dos bens protegidos pela Lei Antitruste⁶⁴ - o que se observa é uma situação

⁶⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 355.

⁶¹ CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 91.

⁶² HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3ª ed. Saint Paul: Thomson West, 2005, p. 146. Um cartel é um acordo entre empresas competidoras para reduzir sua produção em níveis acordados ou vender a certos preços acordados (tradução livre).

⁶³ Exceção feita, conforme já visto, por exemplo, nos mercados regulados, que necessitam de especial atenção a características como segurança e alta necessidade de investimentos.

⁶⁴ “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a

em que, na ótica individual do concorrente, é mais vantajoso que se institua instrumentos que aliviem a pressão concorrencial, como o estabelecimento de um cartel, o que possibilitaria uma margem de lucro mais larga.

Entretanto, conforme demonstrado em voto-vista no Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70, não são poucos os efeitos deletérios dessa prática⁶⁵:

Mesmo se abandonando a premissa de concorrência perfeita, os efeitos negativos para o bem estar dos consumidores de cartéis são determinados de forma conclusiva por economistas das várias correntes de pensamento econômico. Quando bem sucedidos, os cartéis elevam preços acima do que seria possível na ausência de coordenação das decisões alocativas. Os consumidores, inclusive empresas ou governo, são compelidos a pagar preços mais elevados ou não consumir esses produtos. Em muitos casos, portanto, os cartéis reduzem o nível de produção para viabilizar seus níveis de preços: esses se apropriam dos excedentes econômicos e da renda dos setores que consomem seus produtos. Finalmente, ao ficarem protegidas da competição e da rivalidade, as empresas cartelizadas são desestimuladas a controlar seus custos ou inovar. Dessa forma, pode-se afirmar que cartéis são sempre (e sem qualquer exceção) nocivos à eficiência de uma economia de mercado.

A fim de concluir a seção, deve-se realizar uma última ressalva sobre alguns casos de cartéis no Brasil. Trata-se dos casos de cartéis derivados de regulação de mercado presente anteriormente à abertura empreendida na década de 1990. Antes dessa reforma estrutural, vivia-se em um ambiente que vários mercados passavam por controle estatal de preços, sendo constituídas inclusive câmaras em que governo e concorrentes se reuniam para discutir política de preços e divisão geográfica de mercado. Nesse sentido, segundo o CADE⁶⁶,

Quando essa norma [Lei nº 8.884/94] entrou em vigor, a cultura empresarial brasileira ainda era fortemente marcada pelos mecanismos de controle de preços, e a presença do Estado como ator principal era solicitada por vários setores.

Tal período deixou uma em alguns mercados brasileiros certa memória de fixação de preços, que se pode conferir, por exemplo, no caso de cartel de GLP no

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006844/2000-45**. Representante: Câmara Municipal de Bragança Paulista. Representados: Auto Posto Biquinha Ltda. e outros. Brasília, julgado em 14/02/2007. Voto-vista do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em < http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000241141274.pdf>, acessado em 26/11/2013.

⁶⁶ CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 89

Triângulo Mineiro. Neste caso, em voto-vogal, afirmou a então Presidente Elizabeth Farina⁶⁷: p. 7.

Até 1990, a distribuição era completamente planejada (quotas, localização das distribuidoras, número de botijões, etc.). Em 1990, a Portaria nº 843 do Ministério da Infra-Estrutura liberou a localização das distribuidoras, mas manteve o regime de quotas (em função das vendas do período anterior, capacidade de armazenamento e número de botijões da distribuidora). Os preços ao consumidor continuavam fixados pelo governo. (...)

O ambiente competitivo que se seguiu à liberalização dos preços ao consumidor criou oportunidades de lucros conjuntos obtidos pela ação coordenada das distribuidoras, mas também deu incentivos para que distribuidoras individualmente consideradas se desviassem das condutas acordadas, como é recorrente na formação de cartéis, razão pela qual dependem de mecanismos de identificação, detecção e punição.

Da mesma maneira, pode-se creditar a essa memória de fixação de preços o uso do artifício de tabelas de honorários profissionais por certas categorias como forma de negociação e de orientação de práticas comerciais.

⁶⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11**. Representante: Antônio Jader Lopes. Representados: Ultragaz. e outros. Brasília, julgado em 09/07/2008. Voto-vogal da Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Disponível em < <http://cade.gov.br/Default.aspx?66c658a061b64bd92afb092133>>, acessado em 26/11/2013, p. 7.

3. As tabelas de honorários profissionais

Concluída a exposição dos temas introdutórios e acessórios para a melhor compreensão do tema, resta tratar agora das tabelas de honorários profissionais como infrações à ordem econômica. Para tanto, proceder-se-á da seguinte forma: primeiramente, buscar-se-á uma definição de tabela de honorários profissionais, a fim de delimitar a conduta a que se refere. Em segundo lugar, serão expostos dois dos exemplos mais comuns de tabelas de honorários profissionais, a tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), alvo de diversos Processos Administrativos perante o CADE. Ainda, de modo breve, será apresentada uma hipótese de diferenciação entre tabelas de honorários e tabelas de remuneração, conforme proposta do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca.

Na sequência, será exposta jurisprudência nacional e internacional sobre o assunto, para então discutir-se quais requisitos são necessários às tabelas de honorários profissionais para que elas estejam resguardadas por uma isenção de aplicação da Lei da Concorrência.

3.1 Tabelas de honorários profissionais e exemplos

Para a definição do que seria uma tabela de honorários profissionais, partimos do trabalho do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶⁸, no qual se afirma que são devidos honorários apenas em relação jurídica de prestação de serviço liberal. Assim, afirma que fixação individual por parte do profissional liberal do

preço que entende ser pago pelo seu trabalho, levando em conta a sua competência profissional, a dificuldade da questão com que se defronte, os riscos eventualmente decorrentes de sua atuação, a capacidade financeira de quem requisita seus serviços, o local em que seus serviços devam ser prestados, o tempo que vai despender para executar o serviço, o proveito que poderá ser obtido por aquele que é alvo dos serviços

não deve se enquadrar como a fixação de uma tabela de honorários, muito menos como uma infração à ordem econômica, vez que de iniciativa individual e sem efeitos de uniformização de preços para o mercado.

⁶⁸ FONSECA, João B. L. da. Tabela de Honorários ou Justa Remuneração? **Revista do Ibrac**. São Paulo, v. 16, nº 1, p. 208.

Para esse autor, para que a tabela seja considerada potencialmente infringente à ordem econômica deve haver uma entidade ou grupo que busque impor uma tabela que vise a uniformizar preços.

Assim, tomando a tabela de honorários profissionais como instrumento pelo qual uma entidade busca sugerir ou impor preços aos filiados profissionais liberais, filiados ou não filiados, tem-se seu efeito conforme exposto pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18⁶⁹:

O problema das tabelas sugestivas de preços é, portanto, duplo. Por um lado, elas podem servir como disfarces para uma efetiva coordenação voluntária de preços, que corresponde, na verdade, a um cartel *hardcore*. Por outro lado, podem fornecer um importante elemento facilitador de estratégias tácitas de paralelismo de preços, fornecendo um “ponto focal” supracompetitivo para o qual os agentes de mercado possam convergir. Tal estratégia pode fazer sentido em inúmeras situações, como, por exemplo, quando há (...) um agente com elevado poder de mercado presente na associação, e que possa ter o interesse de disciplinar preços na franja competitiva, ou em mercados oligopolizados, ou mesmo em muitas hipóteses em que tal ponto focal possa permitir um “equilíbrio” de preços superior ao que ocorreria se tal parâmetro não existisse. Ademais, ao contrário de outros parâmetros que podem ter efeito semelhante, as tabelas de preços sugestivos não são elementos acidentais ou externos aos agentes e mercado envolvidos na potencial colusão tácita. Ao revés, são elaborados pelas associações dos próprios fornecedores, com foco no interesse desses agentes e não dos consumidores.

Como será visto posteriormente, a defesa mais comum das associações acusadas de infração à ordem econômica não é a de desqualificar os efeitos econômicos da adoção das tabelas, mas sim indicar possíveis isenções antitruste a que tais tabelas se enquadram. Dessa forma, não há o que ser retificado das conclusões tomadas no caso acima citado.

Serão brevemente apresentados dois dos exemplos mais relevantes de tabelas de honorários profissionais que tiverem passagem pela autoridade antitruste brasileira. Também serão apresentados, em subseção posterior, casos de jurisprudência antitruste que demonstra outros exemplos.

⁶⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV-RJ). Brasília, julgado em 08/05/2013. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Vinícius. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725651075.pdf>, acessado em 04/11/2013, p. 29-30.

3.1.1 Tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil

A tabela de honorários a ser obedecida pelos associados da Ordem dos Advogados do Brasil está estabelecida por meio do artigo 22, §2º da Lei nº 8.906/94⁷⁰, com a seguinte redação:

Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidas na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Assim, tem-se que lei especial dispõe sobre a organização de tabela contendo referenciais mínimos a serem observados pelo juiz no arbitramento judicial dos honorários advocatícios.

Ainda, tem-se disposição do Código de Ética e Disciplina da OAB, acolhido pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, que determina serem passíveis de punição as fixação de honorários advocatícios em valores inferiores aos estabelecidos em tabela.

Tal tabela teria por objetivo estabelecer que a contratação da remuneração do advogado fosse compatível com a⁷¹

relevância, o vulto e a complexidade da questão, com o tempo necessário para o desenvolvimento do trabalho, com o valor da causa, o proveito e a capacidade econômica do cliente e com a reputação da capacidade e o renome do profissional,

De modo geral, a tabela de honorários fixa os valores dos serviços advocatícios em “Unidades Referenciais de Honorários” – URH, estabelecendo, tal como a CBHPM abaixo exposta, uma hierarquia de complexidade e custos dos procedimentos. Entretanto, a própria portaria que estabelece tais honorários fixam o valor das URH, funcionando como mecanismos de fixação de preços mínimos.

Observa-se, portanto, quanto à tabela de honorários da OAB as seguintes características: (i) é prevista em lei especial; (ii) tem a punição por seu descumprimento estabelecida em regulamento vinculado à lei especial; e (iii) estabelece uma hierarquia entre os serviços advocatícios e estabelece um valor monetário de acordo com essa hierarquia.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>, acessado em 28/11/2013.

⁷¹ OAB-DF. **Tabela de honorários**. Instituída pela Portaria nº 52, de 26 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2013/03/tabelahonorariosnovafinal-1.pdf>>, acessada em 28/11/2013.

3.1.2 Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos

Sobre a CBHPM, descreve com propriedade a Superintendência-Geral do CADE, quando da análise de um dos vários Processos Administrativos⁷² que tratam sobre o tema:

A CBHPM é uma lista de métodos e procedimentos médicos existente tanto no campo terapêutico quanto diagnóstico, estabelecendo portes de acordo com a complexidade, tecnologia e técnicas envolvidas em cada ato, servindo como referência para estabelecer faixas de valoração dos atos médicos pelos seus portes. É considerada equânime e com ênfase no ato médico, razão pela qual é defendida pela categoria dos prestadores e chancelada pela Associação Médica Brasileira, pelo Conselho Federal de Medicina e pela Federação Nacional dos Médicos.

A hierarquização é resultado da avaliação dos médicos quanto aos requisitos presentes no procedimento médico: habilidade cognitiva, habilidade técnica, risco, responsabilidade e tempo (pré, intra e pós). Com base nesses requisitos, os médicos valoraram relativamente os procedimentos, que foram ordenados com base nesses quesitos. A lista reflete, portanto, a valoração dos procedimentos médicos levando em conta apenas os atributos que o médico deve ter para realiza-los. Não foram considerados aspectos de mercado, como a frequência com que o procedimento é realizado (demanda) ou ainda a quantidade de profissionais capazes de realiza-lo (oferta).

Em comparação com a tabela de honorários organizada pelas seccionais da OAB, a CBHPM: (i) não está prevista em lei, tendo sido iniciativa conjunta de diversas associações e entidades médicas; (ii) a punição pelo seu descumprimento não está previsto em lei ou regulamento profissional, sendo utilizado, para a aplicação da punição pelos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), de dispositivos genéricos do Código de Ética Médica⁷³; e (iii) estabelece portes para cada procedimento, não atrelando tais portes a unidade de remuneração, que foram estabelecidas por ato posterior das entidades médicas.

⁷² BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Médica de Brasília – AMBr e outros. Brasília, aprovada em 06/02/2013. Nota Técnica nº 71 da Superintendência-Geral. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725151686.pdf>, acessado em 06/11/2013, p. 28

⁷³ Art. 51. Prática concorrencial desleal com outro médico.

Disposições gerais: II – Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: < http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>, acessado em 29/11/2013.

3.1.3 Tabelas de honorários ou tabelas de remuneração?

Interessante hipótese quanto à conceituação das tabelas de honorários é a tecida pelo professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, conforme já indicado na abertura dessa seção. Para além de definir o que seria uma tabela de honorários, o citado autor também propõe a conceituação de tabela de remuneração. Nesse sentido, o autor⁷⁴:

Pergunta-se então qual será o termo que definirá corretamente a contrapartida da prestação de serviços médicos. Dois aspectos se abrem, aqui, à indagação. Em um grupo de casos o médico, profissional liberal, fixa por ele mesmo o valor que pretende cobrar pelos seus serviços. Aqui se fala estritamente em honorários médicos. Noutro grupo, o médico tem o valor da contraprestação de seus serviços fixada em decorrência do confronto entre dois grupos de negociadores. No primeiro caso se fala de um valor fixado livremente pelo prestador – honorários –, no segundo trata-se de um valor fixado por dois grupos de negociadores, e o médico recebe o que foi por eles fixado – “remuneração”.

Assim, enquanto uma tabela de honorários seria aquela estabelecida por um profissional liberal estabelecendo o preço de sua prestação de serviço em relação ao particular, seu cliente, uma tabela de remuneração seria uma forma de acordo estabelecido entre um intermediador e este profissional (por meio de associações representativas) para a prestação desses mesmos serviços. Assim, não estariam esses profissionais na posição de profissionais liberais, uma vez que contratados por entidade para a prestação do serviço, e não diretamente pelo beneficiário.

Dessa forma, postula o professor pela aplicação análoga dos dispositivos de Direito do Trabalho referentes às convenções coletivas de trabalho, conforme artigos 611 e ss da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁷⁵.

As consequências dessa diferença proposta serão mais bem explícitas em seção posterior, na qual será exposta a isenção da aplicação do Direito da Concorrência de dispositivos de Direito do Trabalho.

⁷⁴ FONSECA, João B. L. da. Tabela de Honorários ou Justa Remuneração? **Revista do Ibrac**. São Paulo, v. 16, nº 1, p. 209.

⁷⁵ Artigo 611. “*Convenção Coletiva de Trabalho é o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais*”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>, acessado em 1º/12/13.

3.2 Jurisprudência antitruste nacional e internacional sobre o assunto

Mais bem exposto o que seriam, para o âmbito deste trabalho, tabelas de honorários profissionais e brevemente caracterizados os dois dos principais exemplos dessas tabelas no Brasil, passa-se agora a uma breve exposição da jurisprudência antitruste nacional e internacional sobre o assunto. Frise-se que esta análise será centrada, principalmente, em antecedentes das autoridades concorrenciais, o que não implica ser este o posicionamento do Judiciário, como visto no Brasil, onde algumas das decisões do CADE sobre a CBHPM foram reformadas pelo Judiciário.

De todo modo, na próxima seção deste trabalho, onde se tratará da possibilidade de isenções à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência relevantes para o tema das tabelas de honorários profissionais, serão levantadas hipóteses e conclusões a partir da análise de alguns antecedentes judiciais.

3.2.1 Jurisprudência Estadunidense

O primeiro caso de maior relevância sobre a adoção de tabelas de honorários profissionais nos Estados Unidos foi o caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*, de 1975. Nesse caso, conforme FONSECA nos mostra, observou-se⁷⁶ que

As tabelas de honorários, mesmo que indicativas ou aconselhadoras (advisory), constituem combinação de preço (price fixing), condenáveis por isso mesmo⁷⁷. Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais⁷⁸.

Assim, estabeleceu-se nesse caso que: (i) no caso de profissões em que é necessária a associação a uma entidade de classe para o exercício, como os são as profissões de médico e advogado, a adoção de tabelas de preço criariam uma situação de diminuição do poder de escolha dos consumidores, vez que não teriam alternativas que não utilizassem a tabela; e (ii) a natureza de uma ocupação por si

⁷⁶ FONSECA, João B. L. da. Tabela de Honorários ou Justa Remuneração? **Revista do Ibrac**. São Paulo, v. 16, nº 1, p. 204.

⁷⁷ Conforme voto do caso: “Moreover, in terms of restraining competition and harming consumers like petitioners the price-fixing activities found here are unusually damaging. A title examination is indispensable in the process of financing a real estate purchase, and since only an attorney licensed to practice in Virginia may legally examine a title, consumers could not turn to alternative sources for the necessary service. All attorneys, of course, were practicing under the constraint of the fee schedule. (...) These factor coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record respondents’ activities constitute a classic illustration of price fixing”.

⁷⁸ Ainda conforme o caso: “In arguing that learned professions are not ‘trade or commerce’ the County Bar seeks a total exclusion from antitrust regulation. Whether state regulation is active or dormant, real or theoretical, lawyers would be able to adopt anticompetitive practices with impunity. We cannot find support for the proposition that Congress intend any such sweeping exclusion. The nature of an occupation, standing alone, does not provide sanctuary from the Sherman Act”.

só, por mais importante e digna que seja, não está automaticamente livre da aplicação das regras concorrenciais.

Três anos após, a mesma tese prevaleceu no caso *National Society of Professional Engineers v. United States*. Nele, se rejeitou o estabelecimento de tabela de honorários como forma de garantia de segurança e de ética profissional, visto que a própria concorrência seria a melhor forma para a “boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato a qualidade, o serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato”⁷⁹.

Como outros exemplos, têm-se os casos *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, *American Medical Association v. FTC* e *National Macaroni Manufacturers Association v. FTC*.

Em comparação com a experiência brasileira, esses casos possuem a seguinte diferença a ser levada em consideração: trata-se de tabelas de honorários sem qualquer previsão legal, assim como eventual punição pelo seu descumprimento, estabelecidas em instrumentos normativos privados.

3.2.2 Jurisprudência Europeia

No mesmo sentido vai a jurisprudência europeia, como, por exemplo, nos casos sobre a elaboração de tabela de honorários advocatícios pela seção de advogados da região de Rennes e sobre as práticas de alinhamento de preços de serviços pelo Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras⁸⁰.

Entretanto, decisão de maior destaque sobre o tema no âmbito da União Europeia foi o caso do sistema remuneratório praticado pela associação dos arquitetos belgas. Nesse caso, a Comissão Europeia concluiu que a tabela de preços mínimos recomendados da Associação belga de Arquitetos infringia as regras concorrenciais da União Europeia, vez que, tal como preços fixos, os preços recomendados reduzem a competição por facilitar a coordenação de preços.

Assim, nesse caso, ficou asseverado⁸¹:

⁷⁹ FONSECA, João B. L. da. Tabela de Honorários ou Justa Remuneração? **Revista do Ibrac**. São Paulo, v. 16, nº 1, p. 205.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ COMISSÃO EUROPEIA. **IP/04/800**. Commission condemns Belgian architects' fee system. Bruxelas, 24 de junho de 2004. Disponível em: < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-800_en.htm?locale=en>, acessado em: 1º/12/13. [A Comissão acredita que a tabela de honorários constitui uma infração das regras de concorrência europeias porque buscam coordenar o

The Commission believes the recommended fee scale constitutes an infringement of the European competition rules because it seeks to coordinate the pricing behavior of architects in Belgium, something which is not necessary for the proper practice of the profession.

In the Commission's view, the fees should reflect an architect's skills, efficiency and costs – and perhaps reputation – and should not be dependent solely on the value of the works or the price of the entrepreneur. In any event, the architect should determine the fee independently of competitors and in agreement with the client only,

3.2.3 *Jurisprudência Nacional*

Grande apanhado da jurisprudência nacional foi feito pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo quando do julgamento de Processo administrativo referente à tabela de preços sugerida pela Associação Brasileira de Agências de Viagem do Rio de Janeiro – Processo Administrativo 08012.006923/2002-18.

Assim, segundo esse voto, o primeiro caso referente a questão de tabelamento de honorários profissionais seria o Processo Administrativo nº 53/1992, referente à representação formulada pelo Ministério Público do Estado de Sergipe contra a Associação dos Hospitais daquele mesmo Estado. Naquele caso, foi afirmado que⁸²:

Trata-se, sem dúvida, de ação coordenada cujo objetivo é impor um determinado preço ao mercado, eliminando-se qualquer possibilidade de concorrência entre as prestadoras de serviços. (...)

Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que preços máximos podem acabar se tornando mínimos, tendência normalmente decorrente da adoção de preços uniformes (...).

A relevância da tabela para a defesa da concorrência está em que a fixação de preços exerce sobre as estruturas competitivas efeitos anticoncorrenciais, vez que impede que os preços sejam determinados pelas regras de mercado, um dos principais objetivos da concorrência. O aspecto crítico da tabela de preços é que ela confere àqueles que a elaboram a capacidade de controlar os preços

comportamento de preço dos arquitetos na Bélgica, algo que não é necessário para a prática da profissão.

No ponto de vista da Comissão, os honorários devem refletir as habilidades, a eficiência e os custos – e, talvez, a reputação – do arquiteto. Não deveria depender tão só do valor dos trabalhos ou do preço da empreitada. Em qualquer hipótese, o arquiteto deve poder determinar seus honorários independentemente dos competidores e mediante acordo somente com seu cliente].

⁸² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*; Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV). Brasília, julgado em 08/05/2013. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/D_D000000725651440.pdf>, acessado em 04/11/2013, p. 35-36.

do mercado, podendo, em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência. (...)

A adoção de ação coordenada entre os concorrentes para a fixação dos preços de bens ou serviços produzem afronta às leis de mercado, constituindo conduta anticoncorrencial que deve ser de pronto reprimida.

Tal tese, ainda no sentido de afirmar que caberia a inversão do ônus da prova de adequação ao regime de livre mercado (ou seja, que o estabelecimento de tabelas de honorários profissionais consistiria em conduta anticompetitiva por si só), foi seguida pela CADE em diversos processos⁸³.

Essa posição, entretanto, foi ponderada em alguns precedentes do próprio CADE, em julgamentos do final da década de 2000⁸⁴, que estabelecerem que a elaboração de tabelas de honorários profissionais somente se configuraria como infração à ordem econômica à medida que, ainda que potencialmente, tivesse o condão de aumentar preços. Entretanto, há de se esclarecer que, conforme voto-vista já citado do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, tais precedentes nunca constituíram uma sequência uniforme de julgamentos, tendo o Tribunal do CADE, em suas últimas decisões, voltado a considerar a confecção de tabelas de honorários como condutas por objeto, passíveis de inversão do ônus da prova de sua adequação ao regime de livre mercado.

3.3 Possibilidade de isenções à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência

Ultrapassadas tanto a descrição das principais tabelas de honorários profissionais existentes no Brasil quanto à exposição de jurisprudência antitruste nacional e estrangeira, resta a discussão sobre as hipóteses que poderiam ser aplicadas ao caso para que isentasse as tabelas de honorários profissionais das regras anticoncorrenciais.

Identificam-se, assim, quatro possibilidades de isenção, a serem tratadas abaixo: (i) conflito aparente de normas no qual lei especial afasta lei geral, (ii) inaplicabilidade da Lei de Defesa da Concorrência a entidades representativas de classe, (iii) inaplicabilidade da Lei de Defesa da Concorrência às relações de

⁸³ Como, por exemplo, os Processos Administrativos nº 08000.008994/1994-96, 09000.010318/1994-73, 08000.011520/1994-40, 08000.012252/1994-38, 08012.007460/1997-74, 08000.015515/1997-02, 08012.004373/2000-32, 08012.004054/2003-78, 08000.010791/1994-41, 08012.002153/2000-72 e 08012.000099/2003-73.

⁸⁴ Nesse sentido, Processos Administrativos nº 08012.005994/2004-65, 08012.006241/1997-03, 08012.002169/2009-13.

trabalho e (iv) inaplicabilidade da Lei de Defesa da Concorrência a atividades que não guardam relação consumerista.

3.3.1 *Previsão da conduta em lei especial*

Primeira hipótese a ser brevemente tratada é da argumentação de que não se aplicaria a Lei Antitruste em certos casos de tabelas de honorários profissionais por estarem esses legalmente previstos em lei especial, constituindo a Lei Concorrencial lei geral, e, portanto, não aplicável ao caso.

Tal defesa é utilizada, por exemplo, no caso da Tabela de Honorários da OAB, conforme já visto, expressamente prevista tanto na Lei nº 8.906/94 quanto em seus regulamentos.

Como exemplo dessa argumentação, extrai-se trecho de parecer do professor Ives Gandra Martins, oferecido em processo administrativo que trata sobre o tema⁸⁵:

Ora, é a lei que estabelece que os honorários mínimos serão definidos pela Ordem dos Advogados do Brasil. Fala em “honorários mínimos” e não, em “honorários referenciais”, o que vale dizer, outorgou à OAB, a competência plena para o estabelecimento tanto da tabela de honorários, como de honorários mínimos.

Ora, a lei de 1994 – ordinária – é posterior ao Código de Defesa do Consumidor⁸⁶, que é de 1991.

Admitindo-se, só para efeitos de argumentação, que o Código para atividades da Ordem Econômica fosse aplicável a ações de um outro Título da Constituição (Poderes), já estaria revogado, pois, pela lei de introdução ao Código Civil, a lei posterior revoga a lei anterior, conforme define o artigo 2º daquele diploma (...).⁸⁷

⁸⁵ MARTINS, Ives G. da S. **Tabela de honorários instituída pela Lei nº 8.906/94 para ser observada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Incompetência dos órgãos disciplinadores da concorrência econômica para interferir na remuneração do advogado – Advocacia não é mercancia – Honorários advocatícios não estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor – parecer.** Disponível em: < <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00474>>, acessado em: 23/11/2013, p. 24.

⁸⁶ Embora o professor Ives Gandra Martins se refira em seu parecer ao Código de Defesa do Consumidor, suas conclusões podem ser transportadas à interpretação do conflito entre o Estatuto da OAB e a Lei de Defesa da Concorrência, vez que à época do parecer, anterior à nova Lei nº 12.529/2011, a Lei Concorrencial era mais antiga que o Estatuto da Ordem, ainda que por poucos meses.

⁸⁷ “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

Assim, se válida fosse, que não é, a aplicação do CDC aos honorários advocatícios para defesa do “consumidor”, a Lei de 1994 teria revogado aquela de 1990.

Mesmo o argumento de que a lei geral não revoga a lei especial não dá respaldo à pretensão da Secretaria de Direito Econômico, pois, no caos, a lei especial é o Estatuto da OAB e não o CDC.

Mesmo que se admitisse, pelo absurdo dos absurdos, que o CDC fosse a lei especial e o estatuto da OAB a lei geral (!!!), o CDC não cuidou dos honorários advocatícios e o Estatuto da OAB, sim.

Exemplo de caso em que o CADE não pôde atuar é o referente a questões de distribuições de veículos, expressamente previstas na Lei Ferrari, conforme já exposto acima. Nesse sentido já se pronunciou o SBDC⁸⁸:

Em face do exposto, a SDE afirma que não se pode dizer que os preços cobrados pelas montadoras às concessionárias sejam “abusivos”, pois resultam de falhas de mercado (assimetria de informação) ou de Leis específicas que regulam as relações entre os agentes econômicos ao longo da cadeia produtiva. O exercício regular de poder de mercado e o exercício regular de direitos conferidos pelo marco legal existente afastam uma conclusão pela existência de comportamento *abusivo* das montadoras.

3.3.2 Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a entidades representativas de classe

Outra hipótese possível de isenção à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência seria alegar que tal lei não é aplicada às entidades representativas de classe, vez que estas não participariam do mercado nem exerceriam atividades econômicas propriamente ditas.

Ainda, sob essa mesma isenção, as entidades representativas de classe poderiam alegar que, ao se aplicar o Direito da Concorrência às relações havidas por elas, poder-se-ia estar desrespeitando direitos fundamentais tal como a liberdade de associação, de manifestação do pensamento e o direito de petição.

Quanto ao direito a livre associação, explana MARTINS que⁸⁹:

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>, acessado em 02/12/2013.

⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processos Administrativos 08012.006516/2001-20, 08012.006517/2001-74, 08012.006518/2001-19, 08012.006519/2001-63**. Representante: Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda., General Motors do Brasil Ltda., Ford Motor Company Ltda. e Fiat Automóveis S/A. Conselheiro Relator Luís Fernando Rigado Vasconcellos. Brasília, julgado em 19/06/2008. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/temp/t21220131140346.pdf>>, acessado em 02/12/2013, p. 6.

⁸⁹ MARTINS, Amanda A. L. Prova Indireta de Cartel no Âmbito das Associações: Comportamento paralelo e Plus Factors. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília: v. 2, nº1, p. 41-621, Jan-Jun, 2011, p. 8.

Uma importante consequência desse princípio na esfera antitruste é a conclusão de que as atividades de uma associação não são ilícitas *per se*, muito porque abarcadas pelo direito fundamental de associar-se. Assim, o simples fato de ela agir em nome de seus membros a fim de exercer uma atividade legalmente prevista em seu escopo não pressupõe a prática de uma conduta anticoncorrencial. Ademais, ser membro e participar das atividades da associação não deve ser visto como uma violação das regras antitruste por si só, nem como evidência suficiente para a prova de uma conspiração.

Sobre o direito à livre manifestação de pensamentos, a autora chega a conclusão semelhante, afirmando que esse direito somente será relevado em relação ao princípio da livre concorrência quando se verifique a ocorrência de reunião com objetivos anticoncorrenciais ou a troca de informações sensíveis.

Quanto ao confronto entre a prerrogativa de livre peticionar perante o Estado, em qualquer de seus três poderes, e, com isso, eventualmente causar impactos concorrenciais, a mesma autora cita conclusão obtida pela OCDE de que “*o lobby para o governo para a modificação de leis que podem reduzir a competição não pode ser considerado uma violação das leis antitruste*”⁹⁰. Ainda segundo MARTINS⁹¹:

Nesse sentido também caminham os juízes brasileiros, que já entenderam que o lobby não é uma prática ilegal *per se*, mas sim uma prerrogativa decorrente do direito constitucional de petição, impossível de repreensão. (...), em julgamento sobre a pressão exercida por uma associação sindical no Poder Legislativo Distrital (que inclusive infirmou condenação pelo CADE), “*o lobby exercido perante autoridades públicas para que determinada atividade seja regulamentada, mesmo que causando prejuízos a outros agentes econômicos, não pode se configurar em infração à ordem econômica, ainda mais se o Poder Público, acatando tal pretensão, regulamentar a matéria*”.

Os argumentos contrários à aplicação dessa isenção encontram-se, de forma bastante sintética, na seção 1.4.2 (Sujeitos da Lei Antitruste), que aduz que as entidades representativas de classe, quando influem na dinâmica do mercado, principalmente por induzir condutas comerciais uniformes com a fixação de preços, estão sim sujeitas à Lei de Defesa da Concorrência.

3.3.3 Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência em relações de trabalho

Outra saída possível para que se possa conceder isenção antitruste à elaboração de tabelas de honorários profissionais seria enquadrar tais instrumentos

⁹⁰ OECD apud MARTINS, Amanda A. L. Prova Indireta de Cartel no Âmbito das Associações: Comportamento paralelo e Plus Factors. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília: v. 2, nº1, p. 41-621, Jan-Jun, 2011, p. 9.

⁹¹ Idem, p. 10.

como institutos próprios do Direito do Trabalho. Como visto na seção 1.2 (Desenvolvimento histórico do Direito da Concorrência) acima, desde as primeiras modificações no Sherman Act estadunidense, optou-se conceder isenção da aplicação das normas antitruste às práticas e negociações típicas da lei trabalhista.

Tal isenção está acolhida no Direito brasileiro diretamente no texto constitucional, por diversas cláusulas, como as que se seguem⁹²:

Art. 8º, III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Art. 8º, VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Art. 7º, V – São direitos dos trabalhadores (...) piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

Art. 7º, VI – São direitos dos trabalhadores (...) irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Art. 9º - É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Quanto à caracterização das negociações entre as entidades representativas dos médicos e as operadoras de plano de saúde em um contexto de convenções coletivas de trabalho empreendeu esforços o professor João Bosco Fonseca, que, levantando os artigos 613⁹³, 616⁹⁴, 619⁹⁵ e 622⁹⁶ da CLT, chega a conclusão que:

Desse contexto legal, que o representante expressamente invoca, reconhecendo sua aplicabilidade ao caso agora analisado, decorre a legitimidade da fixação de condições de trabalho vinculativas. Do que se deduz com estrita lógica: (i) tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica; (ii) tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica obrigatória e vinculante para todos; (iii) tem apoio constitucional e legal a imposição da obrigação de obediência às condições estabelecidas; e (iv) tem apoio constitucional e legal a imposição de penalidades àqueles que celebrarem contratos individuais infringentes das normas coletivas.

⁹² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹³ Art. 613 “As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente: IV – condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência”.

⁹⁴ Art. 616 “Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”

⁹⁵ Art. 619 “Nenhuma disposição de contrato individual que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

⁹⁶ Art. 622 “Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada”.

Entretanto, falha essa caracterização por não observar a elaboração da CBHPM outros requisitos para a formação de Convenções Coletivas de Trabalho, tais quais prazo de vigência, disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos, direitos e deveres dos empregados e empresas e penalidades para os Sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

Nesse sentido, já se noticia tentativas de Convenções Coletivas de Trabalho entre o Sindicato dos médicos e operadoras de plano de saúde⁹⁷.

3.3.4 Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência a atividades que não constituem relação consumerista

Por último, resta argumentar que a atividade em relação à qual se estabeleceu tabela de honorários profissionais não constitui uma relação consumerista, não estando, segundo essa argumentação, submetida ao livre mercado.

Tal pode ser feito, por exemplo, com o reconhecimento de uma relação de trabalho entre o contratante, contra quem se submete a tabela de honorários, e o contratado. A relação de trabalho, cuja jurisdição encontra-se com a Justiça Especializada do Trabalho,

Refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.)⁹⁸.

Esse tipo de relação já fora reconhecido entre médicos e os planos de saúde, embora ainda não o seja em relação aos advogados e seus clientes, conforme acórdãos abaixo:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Diante da possibilidade de provimento favorável, aplica-se o art. 249 do c. TST, deixando de apreciar a nulidade arguida.

⁹⁷ EBC. **Médicos preparam ação judicial contra empresas de planos de saúde.** Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2013/08/medicos-do-rio-de-janeiro-preparam-acao-judicial-contras-empresas-de-planos-de>>, acessado em 18/11/2013.

⁹⁸ DELGADO, Maurício G. **Curso de Direito do Trabalho.** 5ª ed. São Paulo, LTr, 2008, p. 285.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DA CATEGORIA. RECOMPOSIÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES DA CONSULTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO QUE SE DÁ ENTRE OS MÉDICOS CREDENCIADOS E AS EMPRESAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE. PROVIMENTO.

O Sindicato dos Médicos do Estado do Paraná – SIMEPAR ajuizou ação civil pública em que pretende a recomposição monetária dos honorários e demais procedimentos médicos de profissionais vinculados a empresas gestoras de plano de saúde. A análise da controvérsia demonstra que as empresas operadoras dos planos de saúde atuam na condição de tomadoras de serviços, haja vista que o desenvolvimento de sua atividade-fim somente se dá mediante a contratação de profissionais liberais ou clínicas credenciadas para prestarem serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica àqueles que aderem ao plano de assistência à saúde. Em assim sendo, os serviços oferecidos pelos profissionais da área de saúde, credenciados pelas operadoras, revestem-se de verdadeiro insumo de sua atividade, ou seja, o meio pelo qual as operadoras atuam no mercado, eis que a consecução de seus objetos somente se dá mediante a exploração da força produtiva dos trabalhadores por ela contratados. Verifica-se, pois, que o trabalho desses profissionais é o cerne do contrato, de modo a atrair a aplicação do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal. Por se tratar de pretensão que envolve relação de trabalho de uma categoria, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir a demanda. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 14857620105090012 1485-76.2010.5.09.0012, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COBRANÇA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

I - A competência da Justiça do Trabalho, embora tenha sido ampliada com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, não abrange a hipótese sub judice, em que se discute a cobrança de honorários advocatícios

em virtude da celebração de contrato de prestação de serviços entre profissional liberal e seu cliente, daí exsurgindo a natureza eminentemente civil da questão, pois a relação jurídica existente entre as partes não pode ser considerada como de índole trabalhista.

II - Sendo assim, como a ação não envolve controvérsia oriunda ou decorrente da relação de trabalho existente entre os litigantes, não se inserindo no permissivo do art. 114 da Lei Maior, sobressai a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a ação de cobrança de honorários advocatícios, pleiteada na forma do art. 24, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.906/94, em face da natureza civil do contrato de honorários.

III Nesse mesmo sentido são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que, ao dirimir conflitos de competência onde se discute a matéria em comento, tem afastado a competência desta Justiça Especializada.

IV - Recurso conhecido e desprovido.

(TST-RR-762/2005-023-04-00, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 24/8/2007)

Também vai nesse sentido a argumentação de que as profissões liberais que adotam tabelas de honorários precisam adotar níveis éticos diferenciados, vez que tratariam com bens que merecem defesa especial, tal como a vida e os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, por exemplo, argumentou a Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal (AMHPDF) no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47⁹⁹:

Essa longa descrição da ética médica assinala que não se trata de uma relação impessoal de prestação de serviços entre fornecedor e tomador. Muito ao contrário, a medicina só é possível com base numa relação pessoal de confiança entre terceiros, pessoas *a priori* distantes, com total disparidade no controle da relação, já que o saber-fazer qualificado do médico lhe dá um domínio da situação. Todavia, um objetivo comum, a cura, possibilita que esse desnível seja superado.

A especificidade e a delicadeza da regulação da relação médica, assim como de outras profissões regulamentadas, levaram a que o legislador deixasse o seu controle às autarquias profissionais, no

⁹⁹ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Médica de Brasília – AMBr e outros. Brasília, aprovada em 06/02/2013. Alegações Finais da Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal. Comunicação interna.

caso, o CFM e os CRMs. Não menos importante é que associações profissionais e científicas se fortaleçam para que a auto-regulação da profissão seja exercida em outras esferas que não apenas as autarquias profissionais – CFM e CRMs.

O grande inconveniente, no presente caso, é que a autoridade concorrencial enfoca os médicos como concorrentes, ao passo que as associações e autarquias os tratam como profissionais que devem manter vínculo éticos e de respeito pelo seu ofício. Esses vínculos éticos e profissionais exigem um certo padrão de comportamento, que é estimulado pelas entidades médicas, mas de maneira alguma configura conduta comercial uniforme, o que exclui o enquadramento nos tipos dos artigos 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94.

Nesse mesmo sentido argumenta Ives Gandra Martins quanto à advocacia, sustentando que esta não é mercancia:

Acresce-se uma terceira consideração, que me parece essencial à resposta que darei.

O advogado não recebe subsídios, como os servidores públicos, nem salários, mas honorários. E vale a pena lembrar a origem do vocábulo, que vem da antiga Roma, onde causídicos recebiam honorarias para a defesa de seus constituintes, pois poder contar com um defensor, no direito romano, significava estar sendo defendido por alguém que se colocava acima dos interesses momentâneos, econômicos, pessoais ou políticos, sendo capaz de enfrentar os poderosos. A atuação de Cícero talvez tenha sido a mais bela expressão da advocacia, ainda no tempo da República.

Por isto, os advogados não recebiam contraprestação, mas honorarias decorrentes de terem aceito a defesa, mormente em nível de pecúnia.

Não sem razão, desde aquela época, os advogados não são participantes do “mercado”. Não há “mercado” na profissão, e esse conceito é até mesmo incompatível com a atuação do advogado.

Tal posicionamento é compartilhado por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afirma, por exemplo:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude. Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo. As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados - como, v. g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/ § 1º e 34/III e IV, da Lei nº 8.906/94)- evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo. Recurso não conhecido.

(STJ, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 21/08/2003, T4 - QUARTA TURMA)

Entretanto, confrontado esse conjunto de argumentos, está jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), da jurisprudência antitruste internacional, como já visto acima, por exemplo, no caso *National Society of Professional Engineers v. United States*, na seção 3.2.1 acima e o próprio entendimento do CADE.

Como exemplo de decisão do TST relacionando a atividade de advogado com uma relação de consumo, afirmando, portanto, a incompetência da Justiça Especializada do Trabalho para tratar de suas relações, tem-se o seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROFISSIONAL LIBERAL. RELAÇÃO CONSUMERISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SÚMULA Nº 363 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A competência da Justiça do Trabalho, ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Constituição da República, abrange as ações oriundas da relação de trabalho e as controvérsias dela decorrentes (Constituição Federal, art. 114, I e IX). A ação de cobrança de honorários advocatícios ajuizada por profissional liberal (advogado) contra cliente decorre de relação de consumo regulada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, arts. 3º, § 2º, e 14, § 4º), tipo de prestação de serviço autônomo em que o fornecedor mantém o poder de direção sobre a própria atividade, não se inserindo, portanto, na competência material da Justiça do Trabalho equacionar o conflito. O Superior Tribunal de Justiça, que detém a competência constitucional para julgar conflito de competência (Constituição Federal, art. 105, I, d), firmou o entendimento, por meio da Súmula nº 363, de que compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente. Precedentes do TST no mesmo sentido. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 465407720075040373 46540-77.2007.5.04.0373, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 19/08/2009, 1ª Turma,, Data de Publicação: 28/08/2009)

O entendimento do CADE sobre a questão, por sua vez, pode ser extraída da Nota Técnica nº 71/2013 da Superintendência-Geral no Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47¹⁰⁰:

Os médicos, como profissionais prestadores de serviços com vínculo com operadoras de planos de saúde, exercem, de maneira incontestada, atividade econômica. Detentores do risco da atividade, os profissionais disponibilizam um serviço no mercado que é, por sua

¹⁰⁰ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47**. Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação Médica de Brasília – AMBr e outros. Brasília, aprovada em 06/02/2013. Nota Técnica nº 71 da Superintendência-Geral. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725151686.pdf>, acessado em 06/11/2013

vez, contratado por empresas que o oferecem a seus respectivos consumidores. Nesse cenário, os médicos restam inegavelmente como aqueles agentes que ofertam um serviço às operadoras de plano de saúde que, por sua vez, os remunera pelo atendimento de seu beneficiário. Assim, embora a relação entre médico e paciente seja especialmente conduzida pela pessoalidade e em que pese sirvam estes profissionais à distinta função de salvar vidas, quando se disponibilizam a atender pacientes, fazendo dessa sua atividade profissional e sua fonte de subsistência, mediante remuneração, figuram como agentes econômicos que atuam como profissionais autônomos neste mercado específico, caracterizando-se como verdadeiros concorrentes. Os pacientes (consumidores), é bom lembrar, pagam por este serviço, ainda que por meio do plano de saúde a que se filiam, e se sujeitam pesadamente aos eventuais aumentos de preços ou cessação da oferta patrocinados pelos profissionais médicos.

Além disso, o CADE afasta a hipótese de que a medicina (e, por conseguinte, a advocacia), por serem profissões regulamentadas por lei, estariam automaticamente fora do escrutínio antitruste, conforme já exposto acima. Também entende o CADE que as categorias de atividade empresarial e profissão liberal não são mutuamente excludentes. Assim, embora reconheça que tanto a medicina quanto a advocacia devem sim ser regidas por elevados padrões éticos, tal fato não eliminaria essas categorias profissionais da observância das regras do livre mercado¹⁰¹.

Tendo sido brevemente expostas essas considerações, há de se concluir por ressaltar que várias minúcias ou ainda outros argumentos possíveis de serem levantados nas questões debatidas, assim como detalhes próprios de cada caso, deixaram de ser tratados, devido aos limites de espaço e tempo próprios à confecção de um Trabalho de Conclusão de Curso.

¹⁰¹ Para tanto, sustenta o artigo 966 do Código Civil, que estabelece em que situações os profissionais liberais estariam enquadrados no conceito de empresa e, portanto, mesmo em uma ótica mais restrita dos sujeitos do Direito Concorrencial, estariam submetidos às regras de mercado – “art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. § Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Conclusão

Ultrapassadas as exposições sobre os fundamentos de Direito da Concorrência relevantes ao caso, sobre a caracterização da infração de acordos entre concorrentes e sobre a questão das tabelas de honorários profissionais, resta tecer as conclusões do trabalho.

Tem-se, em primeiro lugar, a conclusão de que o Direito Antitruste tem atingido crescente importância e exposição no Brasil, tal como pode ser constatado pelo crescente interesse da mídia em certos julgamentos do CADE. Entretanto, observa-se que esse crescente interesse não está necessariamente atrelado a um maior conhecimento ou a um maior conforto da coletividade – titular dos bens tutelados pela concorrência – ou mesmo de muitos dos agentes do mercado com as regras da livre concorrência. Deve-se muito disso ao longo período, de quase trinta anos, que as regras antitruste foram deixados em segundo plano, sendo eclipsadas por um modelo de crescimento desenvolvimentista e que centrava no Estado as funções de direção e atuação na economia.

Reflexo disso são as ainda constantes querelas envolvendo a elaboração de tabelas de honorários profissionais, que reproduziram a então comum prática de controle e tabelamento de preços, sob as mais diferentes justificativas. Nisso, verifica-se o atraso da aplicação das regras antitruste no Brasil quando comparado com os Estados Unidos. Enquanto naquela nação os principais casos foram resolvidos em meados da década de 1970, por aqui os primeiros casos só foram levados a julgamento perante as autoridades antitruste no início da década de 1990, o que não impediu, entretanto, que a prática continue disseminada pelos mais diversos segmentos da atividade econômica.

Outro reflexo do desconhecimento das normas concorrenciais, ou talvez, consequência da instabilidade própria dessas normas, que em muito dependem do que é afirmado pela ciência econômica, é o fato das associações e entidades representativas de classes profissionais não se reconhecerem como sujeitos do Direito Antitruste. Tal estaria justificado, talvez, pelo histórico do movimento sindical no país, que se iniciou em um modelo Estatal de sindicato e que ainda hoje está amparado num modelo de regras especiais par ao funcionamento das entidades representativas. Assim, para além de se reconhecer como um ente que não participe diretamente das relações econômicas, as associações profissionais se afirmam como

portadoras de um regime próprio, diferente e incompatível com o Direito da Concorrência.

E nisso chega-se à outra conclusão que se gostaria de aventar. O ordenamento jurídico brasileiro ainda está bastante povoado por normas que estabelecem regimes diferenciados para certas relações econômicas. Assim, embora a Constituição estabeleça que o livre mercado e a livre concorrência sejam as regras, o que se observa é uma miríade de concessões de isenções à aplicação das regras antitruste. A própria exposição, neste trabalho, das diversas possibilidades de indicação de isenção ao antitruste demonstra que talvez seja necessária uma mudança na forma em que se estrutura juridicamente o mercado no Brasil.

Conclui-se, portanto, que longe de oferecer soluções ao problema debatido, este trabalho buscou expor de forma sintéticas as principais questões que circundam o tema, dando especial atenção aos fundamentos e indicando que, em grande parte das infrações à ordem econômica, a principal linha argumentativa de defesa dos indiciados seria não a negação da materialidade da conduta, mas sim a indicação de uma válvula de escape presente na lei.

Referências

AMARAL, Marcelo Q. do. **Análise da Evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência à Luz da Experiência Internacional**. Monografia apresentada ao Prêmio SEAE 2007. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores>, acessada em 18/11/2013.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>, acessado em 19/11/2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: <www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1938/869.htm>, acessado em 19/11/2013

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>, acessado em 02/12/2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>, acessado em 1º/12/13.

BRASIL. **Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979**. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6729.htm>, acessado em 20/11/2013.

BRASIL. **Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>, acessado em 19/11/2013

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>, acessado em 28/11/2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005846/1999-12.** Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrener – Instituto Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A e Braco S/A. Brasília, julgado em 29/03/2000. Disponível em: <www.cade.gov.br/Default.aspx?41e135c342d72afa1506133709>, acessado em 18/11/2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.010080/1998-52.** Brasília, julgado em 22/11/2000. Relatora Conselheira Hebe Romano. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011271.pdf>, acessado em: 20/06/2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17.** Representante: SDE ex officio, RepresentadosLibra Terminais e outros. Brasília, julgado em 29/09/2005. Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em <www.cade.gov.br?temp?D_D000000223641940.pdf>, acessado em 06/04/2013

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006844/2000-45.** Representante: Câmara Municipal de Bragança Paulista. Representados: Auto Posto Biquinha Ltda. e outros. Brasília, julgado em 14/02/2007. Voto-vista do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000241141274.pdf>, acessado em 26/11/2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processos Administrativos 08012.006516/2001-20, 08012.006517/2001-74, 08012.006518/2001-19, 08012.006519/2001-63.** Representante: Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda., General Motors do Brasil Ltda., Ford Motor Company Ltda. e Fiat Automóveis S/A. Conselheiro Relator Luís Fernando Rigado Vasconcellos. Brasília, julgado em 19/06/2008. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/temp/t21220131140346.pdf>>, acessado em 02/12/2013

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11.** Representante: Antônio Jader Lopes. Representados: Ultragaz. e outros. Brasília, julgado em 09/07/2008. Voto-vogal da Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Disponível em < <http://cade.gov.br/Default.aspx?66c658a061b64bd92afb092133>>, acessado em 26/11/2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.011463/2007-54.** Representante: Prontomed Sociedade Simples; Representada: Santa Casa de Arcos. Brasília, julgado em 19/01/2011. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/D_D000000576501437.pdf>, acessado em 20/11/2013

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, acessado em 18/11/2013.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. **Processo Administrativo nº 08012.001591/2004-47.** Representante: SDE *ex officio*. Representada: Associação

Médica de Brasília – AMBr e outros. Brasília, aprovada em 06/02/2013. Nota Técnica nº 71 da Superintendência-Geral. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725151686.pdf>, acessado em 06/11/2013

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE *ex officio*; Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV). Brasília, julgado em 08/05/2013. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Disponível em <www.cade.gov.br/temp/D_D000000725651440.pdf>, acessado em 04/11/2013.

CARVALHO, Vinícius M. C. e RAGAZZO, Carlos E. J (org.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013

COMISSÃO EUROPEIA. **IP/04/800**. Commission condemns Belgian architects' fee system. Bruxelas, 24 de junho de 2004. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-800_en.htm?locale=en>, acessado em: 1º/12/13.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>, acessado em 29/11/2013.

DELGADO, Maurício G. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo, LTr, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Act (1890). An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript>>, acessado em 17/11/2013.

FONSECA, João B. L. da. Tabela de Honorários ou Justa Remuneração? **Revista do Ibrac**. São Paulo, v. 16, nº 1,

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3ª ed. Saint Paul: Thomson West, 2005.

LIMA, R. A. S. Política Antitruste no Brasil: A Atuação do CADE. **Revista Archétypon**. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Ano 9, nº 22, 2000.

MARQUES, Floriano A. Regulação setorial e autoridade antitruste. A importância da independência do regulador. In: **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. SÃO PAULO: Max Limonad, 2002.

MARTINS, Amanda A. L. Prova Indireta de Cartel no Âmbito das Associações: Comportamento paralelo e Plus Factors. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília: v. 2, nº1, p. 41-621, Jan-Jun, 2011.

MARTINS, Ives G. da S. **Tabela de honorários instituída pela Lei nº 8.906/94 para ser observada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Incompetência dos órgãos disciplinadores da concorrência econômica para interferir na remuneração do advogado – Advocacia não é mercancia – Honorários advocatícios não estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor – parecer**. Disponível em: <<http://www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00474>>, acessado em: 23/11/2013

OAB-DF. **Tabela de honorários**. Instituída pela Portaria nº 52, de 26 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.oabdf.org.br/wp->

content/uploads/2013/03/tabelahonorariosnovafinal-1.pdf>, acessada em 28/11/2013.

TAUFICK, Roberto D. **A Lei 12.529/11 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 30/03/10, C 83/47. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>, acessado em 18/11/2013.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 5ª ed. Oxford: University Press, 2005.