



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Protocolado: 08012.006641/2005-63
Natureza: Averiguação Preliminar
Representante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Representados: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil – Seções de São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Rio de Janeiro
Advogados: Roberto Antonio Busato, Cezar Britto, Andréa Bastos Lage Monteiro, Milene Batista Rodrigues.

OBJETO DA PRESENTE NOTA TÉCNICA: INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

O objeto da presente nota técnica é recomendar a instauração de Processo Administrativo em face do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em vista dos fortes indícios de infração à ordem econômica passível de enquadramento no art. 20, incisos I e IV c/c art. 21, inciso II, ambos da Lei nº 8.884/94.

A presente nota técnica sugere ainda o arquivamento da presente Averiguação Preliminar com relação à (i) Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Goiás, (ii) Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo; (iii) Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal; e (iv) Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro, com recurso de ofício ao CADE, nos termos da Lei n. 8.884/94, por não reconhecer em suas condutas indícios de infração à ordem econômica suficientes a instauração de Processo Administrativo.

I. RELATÓRIO

I.1 Denúncia e promoção de Averiguação Preliminar

1. Trata-se de Averiguação Preliminar instaurada em 22.06.2006 para apurar indícios de infração à ordem econômica, nos termos da Lei n. 8.884/94, com base em denúncia apresentada pelo i. representante do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, promotor André Luis Alves de Melo, em 22.08.2005. Ressalte-se que a Consulta CADE nº 08700.000768/2004-30, transformada no Procedimento Administrativo nº 08012.000121/2006-28, foi apensada aos autos da Averiguação Preliminar em referência, por possuírem mesmo objeto e Representante.

2. A denúncia relata que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – permite e incentiva que suas Seccionais fixem honorários advocatícios mínimos previstos em tabelas, o que, de acordo com o entendimento do i. *parquet*, configura-se conduta ilegal e indício da prática de cartel.

3. De acordo com a denúncia, a OAB pune os advogados que cobram valor inferior ao previsto na tabela de honorários, o que viola o princípio constitucional da livre concorrência. O Representante requer, assim, que seja elaborado um Termo de Ajustamento de Conduta para que as tabelas deixem de adotar o termo “mínimo” e passem divulgar valores meramente referenciais, assim como que nelas sejam incluídos valores referenciais para a prestação de serviços como a participação em audiências nos Juizados Especiais, audiências no Ministério Público e audiências de instrução.
4. Requereu, ainda, o Promotor que a OAB divulgue a lista de advogados dativos em seu *site* na Internet; que a cobrança dos honorários em separações, divórcios e inventários não seja mais fixada com base no valor dos bens; e que o Conselho Federal da OAB regulamente a inscrição das Cooperativas de Assistência Jurídica e também ONG’s, OSCIP’s e Planos de Assistência Jurídica com cobrança mensal, uma vez que o “*consumidor tem direito a essa modalidade de prestação de serviço*” (folha 03).
5. Às folhas 04 dos autos, aditou o Representante sua denúncia, via correio eletrônico, para acrescentar no pólo passivo as Seccionais da OAB de São Paulo, Brasília, Goiás e Rio de Janeiro, posto que valores mínimos e não referenciais constam também de tabelas publicadas em suas páginas eletrônicas.
6. Em resposta a expediente encaminhado por esta SDE, o CADE, em 02.12.2005, encaminhou cópias do Relatório, Voto, Acórdão e Parecer da Procuradoria concernentes à Representação nº 116/92, acostados entre as folhas 06 a 18.

I.2 Qualificação das Representadas

7. Figuram no pólo passivo da presente Averiguação Preliminar as seguintes pessoas jurídicas:
- i. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:** órgão supremo da Ordem dos Advogados do Brasil, dotado de personalidade própria, com sede na Capital da República (art. 45, inciso I e § 1º da Lei nº 8.906/94);
 - ii. **Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo:** órgão da Ordem dos Advogados do Brasil, com jurisdição no Estado de São Paulo, dotado de personalidade jurídica própria (art. 45, inciso II e § 2º da Lei nº 8.906/94);
 - iii. **Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Brasília:** órgão da Ordem dos Advogados do Brasil, com jurisdição no Distrito Federal, dotado de personalidade jurídica própria (art. 45, inciso II e § 2º da Lei nº 8.906/94);
 - iv. **Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro:** órgão da Ordem dos Advogados do Brasil, com jurisdição no Estado do Rio de Janeiro, dotado de personalidade jurídica própria (art. 45, inciso II e § 2º da Lei nº 8.906/94); e
 - v. **Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Goiás:** órgão da Ordem dos Advogados do Brasil, com jurisdição no Estado de Goiás, dotado de personalidade jurídica própria (art. 45, inciso II e § 2º da Lei nº 8.906/94).



I.3 Esclarecimentos prestados pelas Representadas

8. Após realizada a notificação das Representadas para se quisessem apresentar esclarecimentos, apenas o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e as Seccionais de Goiás e São Paulo apresentaram esclarecimentos, conforme abaixo:

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

9. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 50) encaminhou síntese de consulta realizada a seu Conselho Pleno, da qual se extrai o seguinte excerto:

“As tabelas de honorários, baixadas pelos Conselhos Seccionais, são de observância obrigatória; a inobservância das referidas tabelas, salvo em casos devidamente justificados (Código de Ética e Disciplina, art. 41), constitui aviltamento de honorários, sujeitando o advogado a conseqüências disciplinares; a Lei da advocacia (particularmente o art. 22 da Lei 8.906/94 e 111 do seu Regulamento Geral) é especial e exauriente, afastando a aplicação, às relações entre clientes e advogados, do sistema normativo da defesa da concorrência; o cliente de serviços da advocacia não se identifica com o consumidor do CDC. Os pressupostos filosóficos do CDC e do EAOAB são antípodas e a Lei 8906/94 esgota toda a matéria, descabendo aplicação subsidiária do CDC” (fls. 51, g.n.)

10. Ainda, segundo informado pelo Conselho Federal da OAB, em resposta à diligência realizada por esta SDE (fls. 374), a inobservância das tabelas fixadas pelas respectivas seccionais constitui aviltamento de honorários, o que implica submissão do advogado às devidas conseqüências disciplinares previstas.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Goiás

11. A OAB – Seccional de Goiás respondeu que (fls. 34 e ss.):

i – sempre pautou sua atuação no respeito à legalidade, aos profissionais da advocacia e à sociedade como um todo;

ii - *“cada Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil tem total liberdade para fazer editar sua própria tabela de honorários (mínimos ou referenciais – pouco importa a nomenclatura), conforme determina o art. 111 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia”* (folha 37);

iii - a atuação das Seccionais da OAB pauta-se em autorização da lei (art. 22 da Lei nº 8.906/94);

iv - falta legitimidade ao Ministério Público para realizar qualquer tipo de representação em face da OAB/GO, posto que inexistente qualquer tipo de relação de subordinação entre esta e qualquer órgão da Administração Pública;

v - o pedido do Ministério Público relativo aos processos de separação, divórcio e inventário é absurdo, pois a remuneração do advogado deve ser compatível com o trabalho e o valor econômico da questão;

vi - a OAB, conforme disposição do art. 41 do Código de Ética e Disciplina, apenas deseja que o trabalho do advogado não seja injustamente desvirtuado ou desvalorizado;

vii – no Estado de Goiás é desnecessário e impossível listar em sua página eletrônica todos os advogados dativos, uma vez que todo e qualquer inscrito naquela Seccional pode figurar como tal em caso de necessidade ou determinação judicial;

viii – o Estatuto da Advocacia apenas prevê a hipótese de formação de sociedades uniprofissionais de advogados, o que não abrange figuras jurídicas como Cooperativas de Assistência Jurídica, ONG's e OSCIP's. Portanto, para atender aos pedidos subscritos pelo Representante seria necessária a modificação do texto da lei.

ix – o cliente de um advogado não é consumidor de seus serviços, mas sim um constituinte, portanto, a relação é regida por norma específica disposta na Lei nº 8.906/94.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo

12. A Seccional da OAB do Estado de São Paulo aduziu que (fls. 54 e ss.):

i – a nota técnica de instauração da presente Averiguação Preliminar confere cunho empresarial à atividade exercida pelo advogado, o que não procede, em vista das disposições dos arts. 966 e 982 do Código Civil, assim como das constantes na Lei nº 8.904/94 e no Código de Ética e Disciplina da OAB;

ii – é descabido invocar o Código de Defesa do Consumidor para as relações entre cliente e advogado;

iii – a atuação da OAB, ao fixar tabela de valores mínimos de seus inscritos, é legítima, ao passo que com isso disciplina a atividade dos mesmos “*para que se respeitem mutuamente, em concorrência honesta*” (fls 57);

iv – a Seccional de São Paulo, em sessão deliberativa de 21.03.2005, adotou tabela de honorários advocatícios.

13. Juntou, ainda, uma série de ementas de julgados de seu Tribunal de Ética que consideram, dentre outras questões, que a fixação dos honorários advocatícios com base em Tabela é lícita e que são inaplicáveis as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor no que tange à relação entre cliente e advogado.

I.4 Outras manifestações e diligências

14. Em 19.06.2006, esta SDE recebeu correspondência do i. Procurador da República em Minas Gerais, Dr. Fernando de Almeida Martins, na qual afirma que “*a jurisprudência dos tribunais estrangeiros, principalmente EUA e União Européia, têm determinado a proibição da adoção de tabelas, pois estas teriam o efeito de eliminar a concorrência.*” (fls. 90 e 91). Isto



posto, solicitou o membro do Ministério Público Federal que esta SDE se manifestasse sobre a adoção de tabela de honorários por parte da OAB. Em 20.11.2006, a SDE respondeu a respectiva solicitação, informando que a prática estava sendo investigada no bojo da Averiguação Preliminar ora analisada (folhas 93 e 94).

15. Em 18.04.2007, o i. Procurador da República, Dr. Fernando de Almeida Martins, encaminhou novo expediente a esta Secretaria, o qual foi respondido em 20.06.2007 (folhas 346 a 348).

16. Em 08.11.2007, com o fito de dar prosseguimento às investigações relativas ao presente feito, esta Secretaria de Direito Econômico encaminhou ofícios às Representadas (folhas 349 a 368), com questionamentos acerca de eventuais procedimentos administrativos disciplinares relativos à não aplicação de tabela mínima de honorários e acerca de quais as sanções possíveis em tais hipóteses.

17. Em 06.11.2007, o i. Procurador da República, Dr. Fernando de Almeida Martins, encaminhou novo expediente a esta Secretaria, o qual foi respondido em 13.11.2007 (folhas 369 a 372).

18. Em resposta aos ofícios expedidos em 08.11.2007, apenas o Conselho Federal da OAB contestou o expediente, afirmando, em síntese (folhas 373 a 375):

i) não foram encontrados registros de apreciação pelo Conselho Federal da OAB de recursos ético-disciplinares contra julgados das Seccionais relativos a eventuais descumprimentos dos valores fixados nas tabelas de honorários;

ii) *“a inobservância das tabelas, salvo em casos devidamente justificados (Código de Ética e Disciplina, art. 41), constitui aviltamento de honorários, sujeitando o advogado a conseqüências disciplinares, previstas na legislação de regência da categoria, tal e qual decidido pelo pleno dessa instituição, por ocasião de exame da notificação nº 241, expedida em razão desse processo de averiguação preliminar”*

19. Ainda em sua resposta, acostou a Representada Súmula expedida no PRS – 0006/2006, a qual expressa (folha 375):

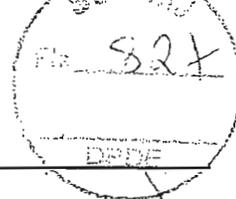
“1. As tabelas de honorários, baixadas pelos Conselhos Seccionais, são de observância obrigatória;

2. a inobservância das referidas tabelas, salvo em casos devidamente justificadas (Código Ética e Disciplina, art. 41), constitui aviltamento de honorários, sujeitando o advogado a conseqüências disciplinares;

3. a Lei de advocacia (particularmente o art. 22 da Lei 8.906/94 e 111 do seu Regulamento Geral) é especial e exauriente, afastando a aplicação, às relações entre clientes e advogados, do sistema normativo de defesa da concorrência;

4. o cliente de serviços de advocacia não se identifica com o consumidor do CDC. Os pressupostos filosóficos do CDC e do EAOAB são antípodas e a Lei 8.906/94 esgota toda a matéria, descabendo a aplicação subsidiária do CDC.”
(destaques do original)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO



20. O extrato acima transposto reflete a posição do Conselheiro Federal da OAB Sérgio Ferraz que, consoante certidão conferida no próprio expediente, fora acolhida, por unanimidade, pelo Conselho Pleno, em 08.08.2006.

21. Em 05.06.2008, o i. Procurador da República, Dr. Fernando de Almeida Martins, encaminhou expediente a esta Secretaria com questionamentos acerca da instrução do feito, o qual foi respondido em 01.07.2008 (folhas 377 a 379).

22. Em 09.09.2008, esta SDE enviou ofícios às Seccionais dos Estados do Maranhão, Sergipe, Roraima, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Goiás e Ceará, com o intuito de obter maiores informações sobre a adoção de tabelas de honorários advocatícios mínimos (folhas 381 a 414). Nesta oportunidade recebeu algumas respostas, das quais se pode extrair, em apertada síntese, que:

i – **Seccional do Estado do Ceará:** informou que a tabela de honorários “*fora criada com a finalidade de estipular um piso mínimo de valores de serviços advocatícios, com a presunção juris tantum de que a aceitação de contratação por valor inferior é considerada ato de aviltamento, e assim, prejudicial ao conjunto da advocacia no território jurisdicionado pelo Conselho, sujeitando o infrator a processo ético-disciplinar, bem como, com o objetivo de servir de referência para o arbitramento judicial de honorários advocatícios, em caso de designação estatal de Advogado dativo, e também em caso de discordância entre Advogado e Cliente sobre o valor dos serviços prestados.*” (folhas 415 e 416 e 450 e 451);

ii – **Seccional de Roraima:** aludiu que a OAB não está sujeita à fiscalização da Secretaria de Direito Econômico, posto não figurar o exercício da advocacia como atividade consumerista e tampouco comercial. Acrescentou que a OAB possui forma federativa, razão pela qual compete ao Conselho Federal informar ou debater os questionamentos formulados por esta Secretaria (folha 417 e 452);

iii – **Seccional de Goiás:** informou que a tabela de honorários “*permite aos Advogados, principalmente aqueles em início de carreira, fixar o valor de seus honorários, de acordo com o serviço prestado e justificá-lo ao seu cliente*”. Aduziu, ainda, que “*sua Tabela de Honorários, por praticar valores mínimos, deve ser observada e cumprida por seus inscritos. Contudo, a cobrança de valor inferior àquele nela contido não configura, em tese e a priori, prática de infração ético-disciplinar, estando esta caracterizada quando a cobrança de valores aviltantes se dá na prática de concorrência desleal*”. Informou, por fim, que não possui cadastro de classificação das infrações disciplinares investigadas (folhas 418 a 428 e 429 a 449);

iv – **Seccional de Pernambuco:** esclareceu que “*a OAB deve fixar tabelas de honorários a serem seguidas em seus estados respectivos, as quais são disponibilizadas nas páginas da Internet das respectivas Ordens, assim como em suas sedes, no entanto há de se observar a referência de valores mínimos a serem cobrados. As tabelas de honorários, assim, servem para fixar patamares mínimos, que afastem a possibilidade do aviltamento dos serviços e auxiliem o profissional no início de carreira (...). Portanto, da mesma forma que se combate o profissional que exorbita na cobrança de seus honorários, deve-se combater o profissional que compromete a dignidade de toda uma classe ao oferecer valores*



irrisórios por seus serviços. Assim, esta Seccional considera obrigatória a utilização da tabela de honorários. É, inclusive, caso de punição disciplinar o profissional da advocacia promover o aviltamento dos valores referentes aos serviços profissionais, conforme está disposto no artigo 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB” (folhas 606 a 608);

23. Em 22.10.2008, esta Secretaria de Direito Econômico, por iniciativa de ofício em pesquisa nas respectivas páginas eletrônicas, juntou documentos concernentes a tabelas de honorários advocatícios das seguintes Seccionais da OAB: Acre, Alagoas, São Paulo, Distrito Federal, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Rondônia, Santa Catarina, Tocantins e Rio de Janeiro (folhas 453 a 605).
24. Em 03.02.2009 e 25.05.2009, foram protocolados ofícios do Ministério Público do Estado de Minas Gerais com questionamentos acerca da tramitação da presente Averiguação Preliminar, os quais foram respondidos em 13.02.2009 e 16.06.2009, respectivamente (folhas 609, 610, 633 e 634).
25. Em 03.09.2009, o i. representante do Ministério Público Federal em Minas Gerais, Dr. Fernando de Almeida Martins, encaminhou ofício a esta Secretaria em que requereu informações acerca da Averiguação Preliminar em epígrafe e encaminhou cópia do PAC 1.22.000.003690/2005-59 e da tabela de honorários advocatícios de 2008 da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Minas Gerais (folhas 611 a 630).
26. Em 05.06.2009 o i. Presidente do CADE encaminhou a esta Secretaria cópia do ofício n° 065/2009/PJ, remetido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais àquele colegiado (folhas 635 a 645).
27. O i. Procurador Geral do CADE, por sua vez, em 22.06.2009, enviou ofício a esta Secretaria de Direito Econômico com o pedido de informações acerca de eventual investigação acerca da tabela de honorários advocatícios elaborada pela OAB, o que foi atendido em 07.07.2009 (folhas 647 a 652).
28. Esta Secretaria, mais uma vez em ato de ofício, em 24.11.2009, juntou cópias de tabelas de honorários advocatícios colhidas nas páginas eletrônicas das Seccionais de Sergipe, Maranhão, São Paulo, Piauí, Roraima, Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte (folhas 654 a 710).
29. Às folhas 717 e 718 consta expediente encaminhado pelo i. Promotor de Justiça, Dr. André Alves de Melo, que menciona os arts. 29 e 39 do Código de Ética e Disciplina da OAB como instrumentos que dificultam a concorrência entre advogados e criam regras não previstas em Lei.
30. Às folhas 719 a 728 consta ofício, também da lavra do Dr. André Alves de Melo, que relata a existência de precedentes internacionais que consideram ilegais tabelas de honorários advocatícios.
31. Em 26 de março de 2010, o Representante do Ministério Público Federal perante o CADE, Dr. Augusto Aras, encaminhou ofício a esta Secretaria em que solicitou informações sobre possíveis registros de limitações de mercado, supostamente exercidas pela Ordem dos Advogados do Brasil e indicadas pelo Ministério Público de Minas Gerais (folhas 731 a 754).



32. Em resposta ao referido expediente, esta Secretaria informou ao Representante do MPF junto ao CADE a existência da presente Averiguação Preliminar, ressaltando que a matéria vinha sendo objeto de ampla reflexão por parte do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (folha 755).

33. Às folhas 765 e 766, a Procuradoria da República em Minas Gerais encaminhou pedido de informações acerca da tramitação da Averiguação Preliminar ora objeto de exame, o qual foi devidamente respondido em 27 de maio de 2010 (folha 767).

34. Em 01 de junho de 2010, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil acostou aos autos manifestação que, em síntese, dispõe que (folhas 769 a 771):

- i) os honorários advocatícios possuem natureza alimentar;
- ii) a advocacia não é atividade empresarial, inexistindo conduta comercial ou relação de consumo no seio da advocacia;
- iii) consoante expresso no artigo 22, §2º do Estatuto da Advocacia, as partes são livres para a fixação dos valores a serem pagos aos advogados;
- iv) o Código de Ética e Disciplina da OAB reveste-se de instrumento balizador e orientador aos advogados no que toca ao estabelecimento de honorários compatíveis com a dignidade da profissão;
- v) na prática é difícil, senão impossível, prefixar em tabela padrões uniformes de cobrança de honorários, em razão dos critérios de moderação previstos no artigo 36 do Código de Ética e Disciplina da OAB;
- vi) embora as tabelas de honorários sejam consideradas de observância obrigatória, é inegável que constituem referenciais mínimos a serem considerados na fixação de honorários;
- vii) as tabelas estabelecidas pelas Seccionais da OAB não importam em violação à livre iniciativa e à livre concorrência, por se tratarem de piso mínimo de valores de serviços advocatícios;
- viii) o artigo 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB, quando prevê que o advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, pretende tão somente que o trabalho dos advogados não seja injustificadamente desvirtuado ou desvalorizado;
- ix) compete exclusivamente à OAB apreciar os procedimentos visando à apreciação da conduta ético-disciplinar de seus inscritos.

35. Às folhas 773, o i. Representante do MPF junto ao CADE encaminhou manifestação do Conselho Federal da OAB que lhe fora endereçada, com teor similar ao do expediente acima descrito.

36. Em 30 de julho de 2010, o d. Promotor de Justiça, André Luís Alves Melo, solicitou a instauração de procedimento administrativo em desfavor da tabela de honorários mínimos da OAB-MG, considerando que, na medida em que é marcada pela obrigatoriedade, a mesma reflete conduta concertada entre concorrentes, manifesta por ação de entidade de classe (folhas 781 a 785).



37. Em 09 de setembro de 2010, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo apresentou parecer da lavra do d. Professor Ives Gandra da Silva Marques, em que aduz, em síntese, que:

- i) a SDE não possui competência para alterar a Lei nº 8.906/94, substituindo a prerrogativa de fixação de honorários mínimos por honorários referenciais, na medida em que não pode atuar como legislador positivo;
- ii) a OAB não se submete à fiscalização da SDE, tampouco do CADE, posto se tratar de entidade considerada pela Constituição Federal como essencial à administração da justiça, sendo desnecessário, inclusive, que a OAB responda às solicitações da SDE;
- iii) a tabela mínima fixada pela Seccional deve continuar a ser observada, nos exatos termos da lei.

38. Este é o relatório.

II. ANÁLISE

39. O presente processo investiga se a previsão por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, repetida nos regramentos internos das seccionais aqui Representadas, quanto à adoção de valores mínimos previstos em tabelas obrigatórias a serem observadas por todos os advogados quando da contratação de seus serviços configura indício suficiente de prática anticompetitiva para a competente instauração de Processo Administrativo, nos termos da Lei n. 8.884/94. Ressalte-se que a conduta objeto do processo foi admitida, convalidada e defendida enfaticamente como legítima pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fulcro, alegadamente, nas disposições do art. 22 da Lei nº 8.906/94, do art. 111 do Regulamento Geral do Estatuto dos Advogados do Brasil e do art. 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB (folhas 373 a 375).

II.1 Enquadramento legal

40. A prática em investigação aponta para fortes indícios de influência de conduta comercial uniforme, com vistas à restrição injustificada da concorrência, subsumível aos arts. 20, incisos I e IV, c/c. art. 21, incisos II, da Lei n. 8.884/94, *in verbis*:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.



Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; (...)

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (grifos nossos)

41. A fim de indicar a existência de indícios de infração à ordem econômica, apresenta-se abaixo (i) análise sobre como a atuação de sindicatos e associações pode ser caracterizada como práticas anticoncorrenciais; (ii) a caracterização de práticas concertadas pela doutrina concorrencial; (iii) a prática sob análise e seus alegados efeitos anticompetitivos.

42. As associações de classe e sindicatos são compostos por indivíduos e empresas com interesses em comum. O papel de tais associações na economia moderna é amplamente reconhecido: suas atividades beneficiam seus membros, especialmente os menores, e também podem contribuir para o aumento da eficiência do mercado. Não obstante, a despeito dos seus muitos aspectos benéficos e mesmo pró-competitivos, os sindicatos e associações, incluindo de profissionais liberais, por sua própria natureza, são expostos a risco não desprezível de serem responsabilizados por práticas anticoncorrenciais.¹

43. A este respeito, explica estudo conjunto do Banco Mundial e da OCDE (2003)²:

“As associações comerciais desempenham muitas funções legítimas e positivas, como a educação dos membros sobre avanços tecnológicos e outros avanços na indústria, na identificação dos problemas potenciais com os produtos, facilitação de treinamento em assuntos legais ou administrativos, e agindo como patrono de interesses ou lobby ante os órgãos governamentais. Mas as reuniões das associações comerciais podem também servir como um fórum para as ações dos cartéis, e as próprias associações podem ocasionalmente se envolver em atividades anticompetitivas. O compartilhamento de informações relevantes à concorrência pode estimular ou apoiar uma colusão tácita ou explícita, e as associações comerciais estão geralmente situadas de forma ideal para facilitar esses intercâmbios anticompetitivos” (grifos nossos)

44. Algumas das atividades dessas associações são protegidas por direitos fundamentais, quais sejam, o direito à livre associação e à liberdade de expressão (Constituição Federal, art. 5º, incisos IX e XVII). Todavia, o exercício de tais direitos fundamentais não pode desconsiderar outros princípios constitucionalmente protegidos, notadamente o da proteção ao consumidor (CF, art. 170, inciso V), o da livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso V e art. 170, caput) e o da livre concorrência (CF, art. 170, inciso IV).

45. Nesse sentido, posicionou-se o Conselheiro-Relator Thompson Andrade, no Processo Administrativo n. 08000.007201/97-093:

¹ OCDE, *Executive Summary of the Roundtable on Potential Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations* (DAF/COMP/WP3/M(2007)3/ANN4), 2007, p. 3.

² Banco Mundial & OCDE. *Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*. Ed. Singular: São Paulo, 2003, p. 94

³ Processo Administrativo n. 08000.007201/97-09; Representante: CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde e Representada: AMB - Associação Médica Brasileira; acórdão publicado no dia 21/12/2001.



“Realmente, não paira dúvida sobre essas garantias e não se contesta a existência da AMB como entidade representativa da classe médica. Mesmo assim, não há qualquer incompatibilidade entre essas duas garantias fundamentais [livre associação e liberdade de expressão] e a Lei n. 8.884/94. Em princípio, a atuação de qualquer associação é aceita, como forma de preservar a democracia. Todavia, deve-se recordar que em um Estado Democrático de Direito o limite a atuação dos entes privados encontra-se na preservação do interesse público. (...)

Assim é que o artigo 170 da Carta Magna determina que a ordem econômica deve sempre observar a livre concorrência e a defesa do consumidor. Tão importante quanto zelar pela liberdade de associação é cuidar para que estes dois princípios não sejam atacados. Isso não significa escolha de uma garantia constitucional em detrimento de outra, mas sim harmonização entre todas, a fim de se garantir a supremacia do interesse público.”

46. Com efeito, ao mesmo tempo em que é instrumento necessário para a defesa dos interesses de determinada classe provedora de produtos ou prestadora de serviços, a participação em associações e sindicatos pode oferecer a oportunidade para acordos e práticas anticoncorrenciais.

47. Embora haja um consenso quanto ao fato de que associações comerciais e sindicatos devem se submeter às regras concorrenciais, para impedir que seus membros escapem à aplicação da lei antitruste agindo por meio dessas entidades, o papel destas em infrações à ordem econômica pode variar de maneira significativa, bem como a sua responsabilização pela conduta anticompetitiva. Nesse sentido, a associação seria responsabilizada juntamente com os seus afiliados se tiver uma função distinta da destes, seja sugerindo, orquestrando ou executando uma conduta ilegal. Por outro lado, não deveria ser responsabilizada se a infração foi cometida pelos seus membros sem a ciência e participação da própria associação. Ainda, pode haver práticas anticoncorrenciais cuja autoria é do próprio sindicato ou associações, que atua impondo ou influenciando os padrões de conduta de seus associados. Nesse sentido, a Lei 8.884/94 deixa explícita a possibilidade de se imputar a associações de classe a prática de condutas anticoncorrenciais:

“Art. 15. Esta lei aplica-se 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.”

48. Como visto, a ação de entidades de classe de divulgar informações comercialmente sensíveis, tais como preços atuais e futuros, custos e níveis de produção, bem como a de coordenar a atuação de agentes no mercado, sugerindo ou impondo tabelas de preços, contraria diretamente os ditames da Lei n° 8.884/94, na medida em que gera ou tem potencial para gerar efeitos anticoncorrenciais.

49. Por fim, necessário destacar que a SDE não tem economizado esforços em informar entidades de classe sobre as precauções a serem tomadas em suas atividades diárias, a fim de não incorrerem em ilícitos anticoncorrenciais, nem, conseqüentemente, alterarem artificialmente as condições de mercado.



II.2 Caracterização das práticas facilitadoras

50. Uma prática é caracterizada como facilitadora quando tem por efeito reduzir as dificuldades para a obtenção de conluio tácito ou explícito ou ação concertada entre agentes de mercado no que se refere à concorrência por preço ou, em menor grau, em outros fatores de concorrência (quantidade, qualidade). A adoção de práticas facilitadoras é uma das formas mais comuns de prática anticoncorrencial por parte de associações de classe e sindicatos. São exemplos desse tipo de prática: regras excessivamente restritivas para afiliação, implementação de padrões industriais que excluem concorrentes, adoção de códigos de ética regulando o preço ou outras práticas comerciais que possam limitar a capacidade dos agentes econômicos de competir livremente.

51. As práticas facilitadoras podem ser divididas em (i) práticas que facilitam acordos tácitos ou explícitos referentes ao preço ou à quantidade produzida de bens e serviços, os principais fatores de concorrência entre agentes econômicos, e (ii) práticas que facilitam acordos relativos a elementos subsidiários, tais como restrições à propaganda.⁴

52. A adoção, por parte entidades de classe, de elementos comuns para a formação de preço a serem observados pelos membros de um setor econômico, tais como tabelas “sugeridas” de preço, é reconhecida pelas autoridades concorrenciais estrangeiras como exemplo de prática que facilita sobremaneira a padronização dos preços no mercado. Conseqüentemente, há vários casos em que tais tabelas são consideradas ilícitas pelas autoridades concorrenciais, tanto nacionais quanto estrangeiras, como será visto abaixo.

III.3 Jurisprudência nacional e internacional sobre o tema

53. Conforme exposto no voto vista proferido no âmbito da Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-655, de autoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, a jurisprudência do CADE contém inúmeras condenações a sindicatos, conselhos, associações e entidades de classe como sujeitos ativos da conduta de exercício abusivo de posição dominante para influenciar a adoção de condutas uniformes entre concorrentes.

54. Cite-se, nesse sentido, voto do Conselheiro Barrionuevo, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007517/2000-316, no qual foi investigado o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais:

“Os Sindicatos são órgãos de classe destinados a defender os interesses de seus filiados, com nobre papel outorgado pela Constituição, que em seu artigo 8º, inciso III, preceitua: “Ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.” Entretanto, não se pode tolerar que estas tão nobres instituições venham a abusar da prerrogativa a elas conferida, distorcendo o papel a elas reservado, e passem a ser pivôs ou cúmplices de infrações puníveis pelo ordenamento jurídico pátrio.

⁴ OCDE, *Roundtable on Facilitating Practices in Oligopolies* (DAF/COMP/WD (2007)112), 2007, p. 1.

⁵ Representante: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto. Representado: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo. Julg.: 11/11/2009. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>. Acesso em 24.11.2009.

⁶ Representante: SDE Ex Officio. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais e Paulo Miranda Soares. Julg: 10.09.2003. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dad8>. Acesso em 24.11.2009.



Infelizmente, muitas delas vêm coordenando atitudes colusivas, com escopo de se uniformizar condutas comerciais, seja através de tabelas de preços ou de simples imposição, aproveitando-se de sua vantajosa posição de representante da classe. É bem verdade que até bem pouco tempo nossa economia sofria intervenções maciças por parte do Governo, com vários setores sendo tabelados e, por conseqüência, sem a possibilidade de formar e exercer preços livremente. Neste cenário, os Sindicatos tiveram importância ímpar, negociando com os órgãos públicos os interesses de seus filiados, ajudando-os a formar o melhor preço para o setor. Com a abertura da economia e a desindexação dos preços, os Sindicatos passaram a conviver com uma nova realidade, qual seja, a livre concorrência e formação dos preços. Todavia, encontramos ainda hoje instituições que se sentem à vontade para impor aos seus associados a conduta a ser seguida, além do preço a ser por eles praticado, criando situações marginais à ordem econômico-jurídica vigente.

(...) Não obstante, inconcebível a idéia de os Sindicatos se prestarem ao papel de coordenar, ou mesmo mediar atitudes anticoncorrenciais entre seus associados, devendo eles, ao contrário, auxiliar e orientar seus filiados no sentido inverso, adequando-os à nova realidade pátria.”(grifamos)

55. Também nesta linha, pode ser citado voto do Conselheiro Thompson Andrade, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.0004036/2001-187, que teve como representado o SINDISPETRO/SC:

"Evidente que a atividade dos Sindicatos é fundamental na defesa dos direitos de seus associados e em sua representação. No entanto, não pode ser admitido qualquer tipo de comportamento que, por trás do falso argumento de "orientação" dos membros, vise implementar ações concertadas ou condutas paralelas na tentativa de amenizar a concorrência e garantir lucros indevidos, em prejuízo do consumidor".

56. Vê-se que a jurisprudência do CADE é uníssona no sentido de que sindicatos ou quaisquer outras entidades de classe, que atuem de modo a coordenar o mercado, podem causar prejuízos, potenciais ou efetivos, à ordem econômica e aos consumidores, estando, portanto sujeitos à persecução e condenação por parte das autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Especificamente no que tange à conduta objeto de investigação deste Processo Administrativo, deve-se mencionar que o CADE tem, sistematicamente, condenado entidades representativas de profissionais ou associações que editam listas de preços tendentes à uniformização da atuação de seus membros.

57. Um dos primeiros casos analisados pelo SBDC foi o Processo Administrativo nº 53/92, em que o Conselheiro-Relator do caso, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, afirmou: "*em matéria de concorrência, a própria existência de tabela de preços constitui-se prova suficiente de ação coordenada, e, para quem a organiza ou elabora, caracteriza conduta anticoncorrencial, que tem por objetivo o domínio do mercado e o prejuízo à concorrência.*"⁸ Outro exemplo é o Processo Administrativo nº 61/93, no qual a Conselheira Neide Terezinha Malard se pronunciou nos seguintes termos:

⁷ Julgamento: 27.03.2003. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dadb8> Acesso em 24.11.2009.

⁸ Fonte: Voto do Conselheiro Relator no PA nº 08012.004054/2003-78.