

Conduta unilateral – Influência e promoção de conduta comercial uniforme

Pedro Zanotta e Dayane Garcia Lopes Criscuolo

Quando falamos em Direito da Concorrência, as primeiras palavras que vêm à mente são cartel e ato de concentração, dado o destaque que a autoridade de defesa da concorrência dá na apuração, análise e solução destas questões. No entanto, há outras questões relevantes que também são analisadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), dentre elas as chamadas condutas unilaterais.

Unilaterais porque não traduzem um acordo de mercado, um conluio envolvendo concorrentes, são individuais, mas possuem grande capacidade de gerar, ainda que potencialmente, efeitos deletérios ao ambiente competitivo. O artigo 36, da Lei de Defesa da Concorrência¹ (“LDC”), traz em seu texto uma lista não exaustiva destas condutas, cabendo, nesta oportunidade, o destaque para a influência e promoção de conduta uniforme.

O artigo 36, incisos I e IV e §3º, inciso II, da LDC, assim dispõe:

“Art. 36. 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:

¹ Lei 12.529/2011.

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

...

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

...

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;”

De acordo com o sítio eletrônico do CADE, a “*influência de conduta uniforme pode ser caracterizada como a realização de medidas com o objetivo de uniformizar a atuação de concorrentes em um dado mercado*”². Um exemplo desta conduta, com este objetivo, é o estabelecimento de tabelas de preço para uma determinada categoria, com intuito de uniformizar os preços dos agentes que atuam no mercado. Esta prática, muitas vezes, é realizada por associações, conselhos e sindicatos e a sua apuração e análise tem ganhado destaque.

“59. Neste sentido, entende-se que a influência para a adoção de conduta comercial uniforme pode se consubstanciar em uma diretriz, sugestão, recomendação ou, até mesmo, numa imposição

² BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-ainformacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> . Acesso em: 13.09.2024.

para que outros agentes econômicos de um mesmo mercado adotem uma conduta comercial de acordo com a recomendação emanada.

60. Em outras palavras, a intenção de quem tece tais recomendações é a de influenciar a decisão de seus pares ou associados/filiados de maneira que não tomem decisões por si sós, mas que sigam um parâmetro estabelecido.

61. Apenas com vistas a elucidar o tema, constituem exemplos de práticas anticompetitivas adotadas sob a forma de recomendações a concorrentes: tabelas de preços; orientações sobre concessões de descontos; orientações de reajuste de preços; adoção de preços únicos feitas unilateralmente e impositivamente por órgãos classistas ou representativos de setores econômicos, como associações, sindicatos, federações e confederações.

62. Sob esse prisma, o Cade tem condenado como influência à adoção de prática comercial uniforme as recomendações a concorrentes veiculadas pelas associações empresariais e profissionais sob a forma de tabelas de preços mínimos não derivados de negociações bilaterais legítimas, proibição da concessão de descontos ou de contratação e de outras práticas restritivas da livre concorrência.” (Inquérito Administrativo nº 08700.004116/2023-37. Representante: Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico. Representado: Associação dos Hospitais Privados de Alta Complexidade do Estado de Goiás – AHPACEG. Nota Técnica nº 129/2023/CGAA6/SGA2/SG/CADE, data 12.09.2023)

Os sindicatos, associações e conselhos de classe desempenham um papel fundamental em nossa sociedade, na

medida em que são filiações que reúnem indivíduos e empresas que detêm interesses semelhantes, com o intuito de representá-los institucional, política e socialmente. Suas atividades são amplamente conhecidas, já que podem beneficiar seus membros e contribuir para o aumento da eficiência de mercado.

No entanto, não obstante os aspectos benéficos e pró-concorrenciais de sua atuação, por sua própria natureza, estão sempre expostos ao risco de serem responsabilizados por práticas anticoncorrenciais. Suas atividades são protegidas por direitos fundamentais previstos em nossa Constituição³, como o direito à liberdade de expressão e à livre associação, mas que encontram limites nos princípios constitucionais⁴ da proteção ao consumidor, da livre iniciativa e da livre concorrência.

Neste sentido, a jurisprudência uníssona do CADE entende que sindicatos e associações de classe que atuem de modo a coordenar o mercado, uniformizando práticas, ainda que sem efeitos, podem causar prejuízos, potenciais ou efetivos, à ordem econômica e aos consumidores, estando sujeitos, desta forma, à persecução e atuação por parte da autoridade concorrencial, nos termos do artigo 31, da LDC. Os conselhos de profissões reguladas, de natureza de direito público, também são passíveis de controle pela lei antitruste.

“40. As associações e conselhos profissionais, usualmente, argumentam que sua atuação foge ao conceito de conduta comercial ou de atividade econômica, motivo pelo qual a Lei 8.884/94 não seria aplicável a elas.

³ CF, Art. 5º, incisos IX e XVII.

⁴ CF, Art. 1º, V e Art. 170, incisos IV e V.

41. *A alegação não merece prosperar. Como acertadamente apontou a SDE, é pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a submissão das entidades representativas, inclusive Conselhos Profissionais, associações e sindicatos à legislação antitruste.*

42. *O entendimento encontra amparo no art. 15 da Lei 8.884/94 (art. 31 da Lei 12.529/2011), que dispõe expressamente: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituída de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.*

43. *Assim, qualquer um que pratica ato restritivo à concorrência está sujeito à legislação antitruste, ainda que sua atividade não tenha fins lucrativos e, independentemente de se tratar de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado.*

44. *O fato de a atuação das representadas estar amparada pela liberdade de associação, direito fundamental expressamente assegurado na Constituição Federal, não afasta a conclusão. O referido direito, obviamente, não é absoluto, e deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática, daí a necessidade de compatibilizá-lo com os princípios constitucionais da ordem econômica, notadamente a livre concorrência e a livre iniciativa.*

45. *Ademais, como acertadamente destacou a SDE, os médicos, ao disponibilizarem um serviço no mercado e assumirem os riscos de sua atividade, exercem de maneira incontestada atividade econômica, caracterizando-se como verdadeiros concorrentes. Dessa forma, a atuação das representadas, ao estipular e*

negociar coletivamente os preços dos honorários médicos, pode afetar a concorrência no mercado de serviços médico-hospitalares. Daí por que não há dúvidas de sua submissão à Lei 8.884/94.

46. Diante das considerações, acima é forçoso reconhecer a competência da autoridade antitruste para analisar as condutas praticadas pelas representadas. Com isso, não se quer dizer que eventuais peculiaridades das atividades exercidas por profissionais liberais sujeitas à regulação de conselhos profissionais criados por lei devam ser totalmente desconsideradas na análise. Ocorre que tais características não se prestam para afastar a incidência da lei antitruste, mas sim para assegurar que a aplicação desta ocorra de forma coerente, como se verá mais à frente.” (PA 08012.001591/2004-47. Representante: SDE ex officio. Representados: Associação de Médicos de Hospitais Privados de Distrito Federal e outros. Voto Conselheira-Relatora Ana Frazão. Data 05.09.2015).

Neste contexto, no último dia 11⁵, o Tribunal do CADE realizou ampla discussão acerca de metodologias de análise de

⁵ Na mesma sessão, o CADE condenou 11 sindicatos e a Federação Nacional de Corretores de Imóveis (Fenaci) por tabelamento de preços irregular na prestação de serviços de corretagem. A penalidade envolve entidades nos estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Sergipe, além do Distrito Federal. A prática anticompetitiva consistia na imposição de valores mínimos previstos em tabelas de honorários, que deveriam, obrigatoriamente, serem seguidas por todos os corretores de imóveis quando tivessem seus serviços contratados, conforme determinavam resoluções elaboradas pelo Conselho Federal de Corretores de Imóveis (Cofeci). Processo Administrativo [08700.004093/2020-18](https://www.gov.br/cade/pt-br/tribunal-do-cade-condena-tabelamento-de-precos-por-sindicatos-de-corretagem-de-imoveis). Para mais informações, acesse: <https://www.gov.br/cade/pt-br/tribunal-do-cade-condena-tabelamento-de-precos-por-sindicatos-de-corretagem-de-imoveis> .

tabelamento de preços, condenando, ao final, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de Goiás (CRECI-GO)⁶ por influência à conduta comercial uniforme nos serviços de corretagem em Goiás. Isto porque, as investigações realizadas pela Autarquia identificaram, no sítio eletrônico do CRECI-GO, documentos de caráter anticompetitivo⁷, relacionados à imposição de tabelamentos mínimos de preço⁸. Não se tratava de mera recomendação ou sugestão, mas de imposição.

⁶ Processo administrativo nº 08700.000284/2022-72. Além da multa de R\$ 320 mil pelo ilícito concorrencial, o Tribunal determinou à entidade que todas as referências remanescentes à tabela de preços, ao código de ética e aos contratos com valores pré-estabelecidos apurados fossem retirados de seus endereços eletrônicos, bem como proibiu a instrução de regulamentos, sindicâncias e procedimentos administrativos e demais meios para punir, retaliar ou ameaçar os corretores de imóveis de Goiás que não adotem os preços estabelecidos pelas entidades especializadas. - Fonte: CADE. Decisões. Cade condena conselho de corretagem de imóveis de Goiás por tabelamento de preços. Publicado em 11.09.2024. Disponível em : <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-conselho-de-corretagem-de-imoveis-de-goias-por-inducao-a-conduta-uniforme-relacionado-a-tabela-de-preco> . Acesso em 13.09.2024.

⁷ Documentos; (i) uma tabela de honorários contendo percentuais a serem cobrados por serviços de corretagem da categoria; (ii) uma versão desatualizada do código de ética dos corretores de imóveis, o qual contém instruções relativas à obrigatoriedade de cobrança de honorários em acordo com as tabelas de precificação aprovadas pelo Conselho, assim como previsões de penas para o descumprimento de tal mandamento; e (iii) um modelo de contrato com valores referentes a honorários já preestabelecidos.

⁸ Relação deste processo com o PA 08700.004974/2015, que instruiu o processo. Os Conselhos Regionais, nos termos do artigo 17, IV, da Lei 6530/78, utilizam sua competência para homologar as tabelas de preços e serviços de corretagem elaboradas e aprovadas pelos sindicatos respectivos e fiscalizar seu cumprimento, com base no código profissional instituído pelo Cofeci, juntamente com suas resoluções que estabeleciam punições para o descumprimento da tabela. Houve assinatura de TCC no PA

De acordo com o relator do caso, Conselheiro Diogo Thomson⁹, o conjunto de documentos apurados levava os corretores de imóveis do estado de Goiás a crer que deveriam seguir os valores mínimos definidos na tabela de preços e que, em caso de descumprimento, sofreriam sanções. Além disso, o relator considerou, diante da potencialidade lesiva da adoção de tabelas somada às nuances do caso concreto, a citar, grande capacidade do CRECI-GO de influenciar seus credenciados e realidade contrária a obrigatoriedade de seguir tabela, que a conduta causou danos à concorrência, votando em prol da condenação da entidade, seguida por unanimidade pelos demais Conselheiros¹⁰.

Ressaltou, durante o julgamento, que o CADE, no Ofício nº 2547/2018/CADE– que sistematiza alguns riscos aventados em seus julgados no tocante a tabelas –, abordou que a inserção destas em ambientes concorrenciais (i) mitiga a liberdade contratual, (ii) pode reduzir a competitividade entre concorrentes, tendo em vista que pode provocar elevação artificial vinculante no preço final do

08700.004974/2015, em 2018, por meio do qual restou afastada a obrigatoriedade de os corretores obedecerem às tabelas de honorários estabelecidas no sistema Cofeci-Creci, diante da compreensão de que embora a Lei 6530/78 preveja a elaboração das tabelas, não há amparo legal que justifique o caráter obrigatório e impositivo dessas tabelas. À época, Creci-GO não utilizava tabela de preços, tendo em vista proibição por ação judicial - nº 583897520124013400, 33ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

⁹ Processo Administrativo nº 08700.000284/2022-72. Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – *Ex-officio*. Representado: Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 5ª Região (CRECI/GO). Voto Conselheiro Relator. Versão de Acesso Público. Data 13.09.2024. SEI [1443323](#).

¹⁰ Fonte: CADE. Decisões. Cade condena conselho de corretagem de imóveis de Goiás por tabelamento de preços. Publicado em 11.09.2024. Disponível em : <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-conselho-de-corretagem-de-imoveis-de-goias-por-inducao-a-conduta-uniforme-relacionado-a-tabela-de-preco> . Acesso em 13.09.2024.

produto, em prejuízo ao consumidor, seja ele da cadeia de produção ou final, (iii) reduzir incentivos à inovação por levar a um arrefecimento concorrencial e conseqüentemente diminuir a pressão por diferenciação e melhoria contínua, e (iv) levar à queda da qualidade do produto ou serviço em razão da acomodação dos concorrentes. Neste sentido, há uma atuação incisiva do CADE na condenação de entidades representativas das categorias que congregam profissionais liberais que realizam tabelamento de preços. Além disso, também há relevantes julgados de condenações relacionadas à adoção de condutas comerciais uniformes em diferentes órgãos de classe.

Adicionou, ainda, que a seu ver, as tabelas, como conduta anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme, devem ser analisadas como ilícito por objeto:

*“93. Diante das nuances elencadas, entendo que as tabelas como conduta anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (art. 36, incisos I e IV c/c §3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011) devem ser analisadas como **ilícitos por objeto**, considerando dois níveis de presunção de ilicitude:*

*I - Uma **presunção absoluta de ilicitude** aplicável à adoção de tabelas para o consumidor final, como nos casos mencionados de autoescolas, diante de sua nítida similitude com carteis hardcore; e*

*II - Uma **presunção relativa de ilicitude** para os demais casos, abrangendo discussões não apenas da ausência de autoria e materialidade, mas também questões como: (i) se a adoção da tabela é obrigatória ou facultativa; (ii) se estabelece preços mínimos ou máximos; (iii) se influencia o comportamento dos filiados; (iv) se é usada como forma de compensação e/ou (v)*

se está vinculada a alguma imunidade antitruste decorrente de regulação pública com fundamento em legislação específica”.

Ademais, resumiu os pontos analisados em seu voto, de modo a possibilitar o desenvolvimento de um algoritmo hermenêutico que contribua para uniformizar um padrão de análise desta conduta. São eles:

I - Determinação enquanto ilícito por objeto: tendo em vista o elemento objetivo da infração referente à aplicação de uma tabela de preços, esta deve ser considerada a priori como uma forma de restrição à concorrência, sendo entendida, portanto, como uma forma de ilícito por objeto, ensejando a análise de presunções distintas de ilicitude;

II - Análise de possíveis “imunidades antitruste” e distorções de utilização: anteriormente a quaisquer outros exercícios de análise, deve ser considerado se a tabela é ou não disciplinada por legislação específica, configurando uma espécie de imunidade antitruste. Sendo este o caso, não cabe análise posterior. Ainda assim, é central avaliar se a utilização efetiva da tabela cumpre precisamente a finalidade estabelecida pela norma, caso contrário (cenários de distorção da utilização vis-à-vis a legislação), volta-se à análise de sua presunção de ilicitude sob a espécie de ilícito por objeto;

III - Caracterização do alvo do tabelamento e adoção de presunção absoluta: em caso de tabelas voltadas ao consumidor final, deve ser aplicada presunção absoluta de ilicitude, configurando de antemão a natureza anticoncorrencial da conduta, dado que o repasse de preços se dá diretamente ao consumidor;

*IV - **Caracterização do alvo do tabelamento e adoção de presunção relativa:** em quaisquer outros cenários, cabe a aplicação de presunção relativa de ilicitude focada na avaliação do contexto em que se insere a tabela, isto é, a análise das condições econômicas e jurídicas nas quais esta está circunscrita. Neste caso, o uso/aplicação da tabela pode ou não resultar anticompetitivo;*

*V - **Análise efetiva das condições econômicas e jurídicas:** na sequência, deve ser avaliada a relação de mercado e as particularidades econômicas e jurídicas que determinam a aplicação da tabela. Neste ponto se dá a análise das relações entre os agentes no mercado, elemento que pode ser sintetizado na relação entre o poder de mercado/posição dominante dos agentes envolvidos. O **Gráfico 3** sintetiza de modo esquemático essas relações, que são exploradas de modo aprofundado a seguir.*

*VI - **Avaliação de elementos adjacentes/específicas ao conjunto probatório:** por fim, são considerados elementos particulares, como mecanismos de coerção, ameaça e boicote, relações específicas entre os elos do mercado ou entre diferentes entidades/agentes/profissionais, acordos de negociação coletiva etc. Trata-se de análise das particularidades de cada caso para além da dinâmica de mercado em si”*

Destacou, ainda, o relevante papel do CRECI-GO, na medida em que tem a competência de decidir acerca das inscrições de profissionais e empresas, manter registros profissionais, emitir carteiras e certificados, impor sanções disciplinares conforme a legislação vigente, dentre outras, ou seja, a entidade detém uma grande capacidade de influência sobre os seus credenciados,

“*consubstanciado assim o poder de influência à adoção de conduta comercial uniforme no mercado relevante*”. Desta forma, e em razão deste fato, ressaltou jurisprudência da Autarquia no sentido de que a caracterização da conduta não está vinculada ao caráter impositivo da tabela.

“49. Observa-se que as entidades representativas têm sido punidas mesmo quando não há evidências de coação contra associados para adotar os valores definidos na tabela. Nesses casos, a existência de condições estruturais favoráveis à prática anticoncorrencial e de um relevante poder de influência das associações tem sido considerada suficiente para a caracterização da infração à ordem econômica.” (PA 08012.004020/2004-64. Representante: Ministério Público da Bahia. Representado: Conselho Regional de Medicina da Bahia – CMEB. Voto Conselheira Relatora Ana Frazão. Data 15.10.2014. SEI 0001396. Pág. 98.-207)¹¹

E, por fim, esclarece que embora “*seja possível que, em determinadas situações, se leve em consideração a natureza e a característica não sugestiva de algum tipo de tabela na análise da licitude/ilicitude da conduta não basta para isso a mera nomenclatura da mesma como sugestiva. A facultatividade eventual da tabela tem que advir de um contexto, que envolve o de poder de mercado/posição dominante de quem emite, o marco legal, a ausência de possibilidade de coerção/retaliação, a existência de poder compensatório ou de fatores de competição mitigantes, etc.*”

Dentro deste cenário, depreende-se que, na última sessão de julgamento, novos estândares de análise da conduta foram

¹¹ No mesmo sentido: 08012.006764/2010- 61; 08012.009566/2010- 50; 08700.000719/2008- 21.

estabelecidas pela autoridade antitruste, visando à padronização da análise e a uniformização da jurisprudência, que guiarão a apuração dos demais casos envolvendo a sugestão/fixação de tabelas de honorários. Há diversos casos sob análise do CADE¹², no que concerne ao tabelamento, e esses padrões estabelecidos na última sessão de julgamento, dão as nuances, não apenas de como tais casos serão decididos, mas trazem diretrizes que deverão ser observadas pelas associações, sindicatos e conselhos, de modo a se enquadrarem à legislação concorrencial, evitando os prejuízos ao mercado e às sanções decorrentes de seu descumprimento.

¹² Como exemplo, podemos citar: a. Processo Administrativo 08012.006641/2005-63. Representante Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Representado Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; b. Processo Administrativo 08700.002566/2017-47. Representante CADE *ex officio*. Representados Associação de Repórteres Fotográficos e Cinematográficos do Estado de São Paulo (ARFOC) e outros; c. Processo Administrativo nº 08000.019160/2010-14. Representante Sindicato da Indústria Audiovisual do Estado de São Paulo – Siaesp. Representados Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo – Sated e outros.