



Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SEPN 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano, - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8453 - www.gov.br/cade

Processo Administrativo nº 08700.000284/2022-72

Representante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – *Ex-officio*

Representado: Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 5^a. Região (CRECI/GO)

Advogado: Fernando de Pádua Silva Leão Júnior

Conselheiro-Relator: Diogo Thomson de Andrade

VOTO DO RELATOR – CONSELHEIRO DIOGO THOMSON DE ANDRADE

VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. INFLUÊNCIA À ADOÇÃO DE CONDUTA COMERCIAL UNIFORME OU CONCERTADA ENTRE CONCORRENTES. MERCADO DE CORRETAGEM DE IMÓVEIS DO ESTADO DE GOIÁS. PARECERES DA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL, PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELA CONDENAÇÃO. CONDENAÇÃO. MULTA.

1. O sistema legal brasileiro, conforme o art. 36 da Lei nº 12.529/2011, aproxima-se das categorias de ilícitos por objeto e por efeitos, as quais atraem metodologias de análise distintas.

2. A avaliação da ocorrência de influência a adoção de condutas comerciais uniformes ou concertadas entre concorrentes pela adoção de tabelas (art. 36, incisos I e IV c/c §3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011), deve se dar a partir da consideração que se trata de um ilícito por objeto. Nesse contexto, aplicam-se dois níveis de presunção de ilicitude: (i) uma presunção absoluta de ilicitude aplicável à utilização de tabelas para o consumidor final, devido à sua nítida relação com cartéis *hard core*; e (ii) uma presunção relativa de ilicitude para os demais casos, abrangendo discussões não apenas sobre a ausência de autoria e materialidade, mas também questões como a obrigatoriedade ou facultatividade da adoção da tabela, a estipulação de preços mínimos ou máximos, a influência no comportamento dos filiados, o uso como forma de compensação e/ou a vinculação a alguma imunidade antitruste decorrente de regulação pública.

3. A homologação de tabelas, mesmo sem caráter impositivo de fato, caso estas representem influência à adoção de conduta comercial uniforme, causa danos à concorrência.

VOTO

1. INTRODUÇÃO^[1]

1. Trata-se de Processo Administrativo (“PA”) instaurado em 29.12.2022 por meio do Despacho SG nº 19/2022 (SEI 1166490) com o propósito de investigar suposta prática anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, prevista no art. 36, incisos I e IV c/c §3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, no mercado de serviços de corretores de imóveis no estado de Goiás, em face do Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 5ª Região (“CRECI/GO”).

2. A íntegra do relatório foi disponibilizada antecipadamente (SEI 1439783), apresentando detalhes relativos ao andamento processual e os atos instrutórios realizados no âmbito deste Processo Administrativo.

1.1. Representado

3. O Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 5ª Região do estado de Goiás (CRECI/GO) é uma autarquia pública federal com funcionamento disciplinado pela Lei nº 6.530/78. O órgão está vinculado ao Conselho Federal dos Corretores de Imóveis (“COFECI”), ambos possuindo personalidade jurídica de direito público e estando ligados ao Ministério do Trabalho.

4. O Representado – juntamente com sua entidade superior, o supracitado COFECI, e os demais Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis – integra o “Sistema COFECI-CRECI”, que opera em âmbito nacional, sendo responsável por fiscalizar e disciplinar a atividade dos corretores de imóveis (art. 5º, da Lei nº 6.530/78).

1.2. Relação com o Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71

5. Para a compreensão da conduta em escrutínio, cumpre evidenciar previamente a relação do presente PA com o Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71, que instruiu este feito, uma vez que estão relacionados ao contexto do Sistema COFECI-CRECI.

6. O Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71 foi instaurado pela Superintendência-Geral do Cade (“SG/Cade”) em 27.10.2016 com a finalidade de apurar a ocorrência de infrações à ordem econômica conforme previsto no art. 36, I e IV, § 3º, I e II da Lei nº 12.529/11 diante da:

*(...) existência de uma superposição de instrumentos normativos internos que impõem aos corretores imobiliários a cobrança de honorários de acordo com tabelas elaboradas pelos respectivos sindicatos e homologadas pelos conselhos regionais, além de condições comerciais anticompetitivas, relacionadas à contratação de serviços de corretagem de imóveis com exclusividade. Tais imposições decorreriam do fato de que o **descumprimento dos valores estabelecidos nas referidas tabelas e a formalização de contratos sem previsão de exclusividade seriam passíveis de punição por desvio ético, conforme previsto na Resolução-COFECI nº 326/95, que instituiu o Código de Ética dos corretores de imóveis, e na Resolução-COFECI nº 485/95 (NOTA TÉCNICA Nº 83/2016/CGAA6/SGA2/SG/CADE, SEI 0257000).***

7. Em resumo, a relação entre as condutas destacadas e o Sistema COFECI-CRECI se deu pelo fato de os Conselhos Regionais dos Corretores de Imóveis (CRECIs) utilizarem sua competência, conforme o art. 17, IV, da Lei nº 6.530/78, para homologar tabelas de preços de serviços de corretagem, elaboradas e aprovadas pelos sindicatos respectivos, mas fiscalizando seu cumprimento. Essa fiscalização era embasada no Código de Ética profissional instituído pelo COFECI juntamente com suas Resoluções, que estabeleciam punições para o descumprimento da tabela.

8. No que toca ao COFECI e outros 22 CRECIs que figuravam como Representados no referido processo, aprovou-se, no ano de 2018, na 119ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade (“SOJ”) o

Requerimento de TCC nº 08700.005133/2017-43 (SEI 0458739), e na 130ª SOJ, o Requerimento de TCC nº 08700.003794/2018-15 (SEI 0526776).

9. Com o intuito de adequar seu sistema normativo à Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”, Lei nº 12.529/2011), destacam-se as seguintes obrigações – dentre outras – assumidas especificamente pelo COFECI no TCC firmado (SEI 0455612) no tocante às tabelas de preço:

a) O compromisso de **modificar** dispositivo de seu Código de Ética Profissional:

Alterar o inciso V do artigo 6º do Código de Ética Profissional:

Art. 6º - É vedado ao Corretor de Imóveis:

[...]

V – receber **comissões em desacordo com a Tabela aprovada ou vantagens que não correspondam a serviço efetiva e licitamente prestado.**

Art. 6º - É vedado ao Corretor de Imóveis:

[...]

V – receber comissões ou vantagens que não correspondam a serviços efetiva e licitamente prestados.

b) O compromisso de **revogar** integralmente sua Resolução nº 334/92 e parcialmente sua Resolução nº 1.256/2012:

Revogar integralmente Resolução-COFECI nº 334/92, que prevê em seus artigos 1º e 5º:

Art. 1º - Os Conselhos Regionais, ao homologarem as Tabelas de Honorários apresentadas pelos Sindicatos, obedecerão aos seguintes limites máximos:

I – Para intermediação de locação, o valor correspondente a 01 (um) aluguel mensal, sem prejuízo da cobrança dos honorários devidos pelos serviços de administração;

II – Para a administração de imóveis, um percentual de até 12% (doze por cento) do montante dos recebimentos mensais, salvo hipótese de aluguel garantido, por todo tempo de duração da locação;

III – Para a elaboração de contrato de locação de imóveis, um percentual de até 5% (cinco por cento) sobre o valor de um ano

Art. 5º - O não cumprimento da presente Resolução, inclusive dos limites fixados nas Tabelas homologadas ou baixadas pelos CRECIs, ou, na sua falta, os limites fixados por esta Resolução, sujeitará o infrator às penalidades legais previstas para faltas graves.

Revogar o quarto “Considerando” e o art. 2º e parágrafo único da Resolução-COFECI nº. 1.256/2012, que dispõem:

CONSIDERANDO que é obrigação do Corretor de Imóveis, pessoa natural ou jurídica, **respeitar a tabela mínima de honorários homologada por seu respectivo Regional** (Conselho Regional de Corretores de Imóveis)

Art. 2º - Nos contratos a que se refere o artigo 1º, os profissionais e empresas inscritos no Regional terão que **obedecer à tabela de honorários mínimos homologada pelo Regional.**

Parágrafo Único – Dos honorários a que se refere este artigo, não poderão ser deduzidos valores para compensação de premiações por produtividade, taxas de gerenciamento, de coordenação o qualquer outro tipo de desconto, seja a que título for.

c) E o compromisso de **revogar** todas as demais eventuais resoluções que possam ser contrárias à livre-concorrência.

10. Assim, como um dos resultados do TCC, foi encerrada a obrigação dos corretores de imóveis de obedecer às tabelas de honorários no contexto do Sistema COFECI-CRECI diante da compreensão que, apesar da Lei nº 6.530/78 prever a possibilidade de elaboração de tabelas de preços para a profissão de Corretor de Imóveis, não há amparo legal que justifique o caráter obrigatório e impositivo dessas tabelas.

11. Evidencia-se que o CRECI/GO não foi incluído entre os Representados neste caso devido à ausência de indícios de violação à ordem econômica por parte da referida autarquia durante o período em que o processo foi instaurado.

12. À época das investigações, em resposta ao Ofício nº 2614/2016/Cade (SEI 0208094), o CRECI/GO esclareceu que, apesar da fiscalização do cumprimento da tabela de honorários ser autorizada pelo COFECI, em virtude de decisão proferida na ação judicial nº 583897520124013400 não exigia o acatamento de tal norma.

1.3. Conduta e conjunto probatório do presente Processo Administrativo

13. A partir da investigação desenvolvida pela SG/Cade foram identificados, em 14.01.2022, no sítio eletrônico do Representado (<https://crecigo.gov.br>), documentos que denotariam a influência à adoção de conduta comercial uniforme entre os corretores de imóveis ligados àquele Conselho, quais sejam:

- a) Uma tabela de honorários contendo percentuais a serem cobrados por serviços de corretagem da categoria;
- b) 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
- c) Um modelo de contrato com valores referentes a honorários já preestabelecidos.

14. Tal conjunto probatório é explorado de modo aprofundado ao longo do presente voto.

15. Tendo em vista a necessidade de análise da conduta de tabelamento de preço a partir do histórico deste Tribunal, inicialmente me debruçarei sobre considerações em relação à tipificação de ilícitos no âmbito do direito antitruste, explorando diferentes modelos analíticos e padrões heurísticos advindos das jurisprudências europeia e estadunidense, analisando por fim como a definição de presunções de ilicitude e regras de análise se dá no contexto brasileiro.

16. Na sequência, realizo um exercício de análise da jurisprudência brasileira com base em um conjunto amplo de julgados, explorando como a conduta de tabelamento foi analisada por este Conselho e apresentando meu entendimento sobre a caracterização da conduta e o padrão de análise a ser utilizado em relação a ela. Além disso, realizo uma breve sistematização/modelagem de possibilidade e testes lógicos/regras de julgamento para a avaliação de condutas de tabelamento.

17. Por fim, passo a análise do caso concreto, aplicando o modelo de análise desenvolvido ao longo do voto e avaliando o conjunto probatório do presente Processo Administrativo sob esta ótica.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTRUÇÃO DE TIPOS DE ILÍCITO E REGRAS DE JULGAMENTO NO CONTROLE DE CONDUTAS

18. A observação do histórico de análise de condutas relacionadas a tabelas de preços e honorários e, mais especificamente, de comportamentos de indução à conduta comercial uniforme por meio, justamente, da utilização de tabelas está diretamente associada, na jurisprudência deste Tribunal, a um debate mais amplo relacionado à construção de tipos de ilícito e regras de julgamento na análise de condutas concorrencialmente sensíveis.

19. Para a avaliação desta relação e das diferentes perspectivas de julgamento da conduta sob análise, é necessário, primeiramente, a consideração do caráter globalizado e muitas vezes entremeado pela formação de conceitos e tipologias alheios ao ordenamento legal brasileiro do direito concorrencial e da política antitruste de conjunto.

20. Ainda que tal debate, ao longo deste voto, seja em alguma medida revisitado, para fins da análise aqui desenvolvida cabe, por ora, apenas a consideração de que esta dinâmica tem por efeito a consecução de modelos de avaliação e julgamento por parte deste Conselho típicos do direito comparado.

21. Tal característica consuma-se a partir da utilização de duas heurísticas com origens, estruturas e fundamentos distintos para a determinação da natureza dos ilícitos concorrenciais, a citar:

I - os **standards probatórios** (metodologias de análises) desenvolvidos pela jurisprudência estadunidense de **standard per se e regra da razão (rule of reason)**; e

II - as **espécies** distintas de ilícitos concorrenciais dispostas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) de **ilícito por objeto e ilícito por efeitos**.

22. A existência concomitante destas duas estruturas de análise consolidadas no direito concorrencial a nível internacional **tem levado os julgadores a aplicação de metodologias de análises diversas** no ato de caracterização de ilícitos antitruste. Nas palavras de Frazão (2017):

Ao contrário da regra da razão e da regra per se, os ilícitos por objeto e por efeitos constituem espécies distintas de ilícitos concorrenciais, ainda que, em última análise, a diferenciação tenha como principal desdobramento a aplicação de metodologias diversas de análise.^[2]

23. Tendo em vista a relevância destes dois conjuntos de instrumentos analíticos no âmbito da jurisprudência brasileira e, conseqüentemente, da análise da conduta avaliada no caso concreto, passo a uma breve síntese das principais características e elementos de diferenciação entre os dois padrões de análise.

2.1. Paradigma estadunidense: *standard per se* vs. regra da razão

24. De modo sintético, no que se refere ao binômio *standard per se* vs. regra da razão, o paradigma de análise estadunidense consolida a utilização de estipulações acerca dos níveis de evidência que devem ser alcançados para provar a existência do ilícito concorrencial (*standards probatórios*).

25. Tais padrões permitem a autoridade julgadora antitruste, dependendo da conduta examinada, realizar uma análise mais ou menos detalhada das variáveis envolvidas no caso concreto. Neste sentido, a regra *per se* é um parâmetro que dispensa a autoridade antitruste de proceder com uma análise mais aprofundada da conduta sob investigação.

26. Em contraste, a regra da razão exige uma análise detalhada de uma série de fatores, a fim de demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta, a citar, a estrutura de mercado em que a conduta era praticada; os efeitos potenciais e concretos da restrição sobre o mercado; os propósitos que justificaram sua adoção; as eficiências produzidas; dentre outros^[3], sopesando assim os possíveis benefícios econômicos em termos de diminuição de custos, eficiência produtiva ou incentivos a inovação (Pereira Neto & Casagrande, 2016).^[4]

27. Conforme elabora Hovenkamp (2005), a regra *per se* tem como base um conjunto de presunções e atalhos probatórios que determinam a ilicitude de certa conduta. Trata-se, portanto, de uma

regra empírica, justificando-se pelos altos custos e pelas incertezas presentes nas investigações antitruste.

28. Assim, quando os tribunais têm experiência suficiente com um certo tipo de prática, adota-se a metodologia da categoria *per se*, interrompendo as investigações da conduta em uma fase relativamente inicial.^[5]

29. Os padrões antitruste dos Estados Unidos, neste contexto, ao adotarem uma presunção automática de ilegalidade pela regra *per se* e, ao mesmo tempo, permitirem uma análise abrangente de licitude ou ilegalidade pela regra da razão, conforme apontado por Hovenkamp (2005), deveriam, nas primeiras análises de uma determinada conduta, realizar uma avaliação inicial detalhada dos seus potenciais efeitos anticompetitivos.

30. Ainda segundo o autor, tal conclusão deve ser repetida várias vezes diante de múltiplos argumentos de defesa, de modo que se possa afirmar com confiança que a prática é tão improvável de não prejudicar a concorrência que os custos de investigação individualizada não se justificam.^[6]

31. Dessa forma, o aspecto de maior complexidade da aplicação e avaliação do que se convencionou denominar regra *per se* é a determinação de quando esta deve ser seguida^[7] ou, em outras palavras, quando a observação acumulada de determinada conduta já é suficiente para determinar que não é preciso seguir adiante na análise das nuances da conduta e o contexto em que está inserida como aduz a regra da razão. O exemplo mais relevante de conduta que atrai a aplicação da regra *per se* é justamente o cartel.

32. Entretanto, cumpre destacar que a distinção entre a regra *per se* e a regra da razão é frequentemente extremada tendo em vista que todas as análises legais envolvem considerações *per se*, ou seja, o aprendizado acumulado com base em critérios de teste-falsificação-modificação evolutivos e em graus variados.^[8]

2.2. Paradigma europeu: ilícitos por objeto vs. ilícitos por efeito

33. Já no que diz respeito às categorias de ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos advindas do direito comum europeu, a primeira abrange condutas cujo próprio objeto coloca em risco o ambiente concorrencial, pois, pelo menos em princípio, não é possível identificar nenhum outro objetivo para a prática que não seja a restrição à livre concorrência.^[9]

34. Cabe ressaltar que o “objetivo”, neste contexto, refere-se não à intenção subjetiva das partes, mas ao significado objetivo e propósito destas ao firmarem aquele acordo, considerando seu contexto econômico.^[10]

35. A intenção subjetiva, aliás, conforme destacado pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 (já em referência específica ao ordenamento legal brasileiro), é completamente irrelevante no sistema do direito brasileiro pois, nos termos do *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, restou expresso que a ilicitude “independe de culpa”, ou seja, ocorre independentemente de qualquer análise de elementos subjetivos intencionais.

36. Dessa forma, a caracterização do ilícito por objeto está calcada em uma presunção *iuris tantum* de que a conduta gera os efeitos concorrencialmente nocivos prescritos em lei. Assim, uma vez comprovada a materialidade e autoria da conduta, cabe ao Representado demonstrar que os efeitos presumidos não se verificam ou não poderiam se verificar no caso concreto, de modo a afastar a caracterização de ilicitude.^[11]

37. Os ilícitos por efeitos, por sua vez, não possuem uma presunção de ilicitude com base apenas no objeto da conduta. Cabe à autoridade antitruste comprovar a potencialidade lesiva da prática, ponderando os efeitos negativos com eventuais propósitos legítimos que possam justificá-la.

38. Para isso, é essencial uma análise mais aprofundada dos efeitos (não necessariamente quantitativos) da conduta, o que geralmente exige considerações sobre o mercado relevante, o poder de mercado do agente, as eficiências relacionadas à prática e seus efeitos líquidos etc.^[12]

39. Na hipótese de ilícitos por efeitos não cabe, *a priori*, a inversão do ônus probatório ao acusado, haja vista que não há certeza prévia sobre o impacto anticompetitivo da conduta. Em regra, aliás, a ilicitude

deriva não da ação perpetrada diretamente, que normalmente é uma ação regular da atividade empresarial, mas do abuso representado na realização dessa ação como exercício de um elevado poder de mercado ou posição dominante. Ademais, pode-se observar uma tendência de classificação de condutas unilaterais como ilícitos por efeitos, uma vez que frequentemente há discussões sobre se tais ações promoveram a concorrência ou apenas a prejudicaram.

40. Buscando simplificar as discussões realizadas até o momento, resumo as características e diferenças entre o *standard per se* e a regra da razão, bem como entre o ilícito por objeto e por efeitos no **Quadro 1**, abaixo:

Quadro 1 – Características e diferenças entre os diferentes paradigmas de análise ^[13]

	Jurisprudência estadunidense		Jurisprudência europeia	
	<i>Standard Per Se</i>	Regra da Razão	Ilícito por Objeto	Ilícito por Efeito
Metodologia de análise	Simplificada	Densa	Simplificada a Semi-densa	Densa
Características das metodologias de análise	Redução da investigação a estágios mais iniciais relacionados à comprovação materialidade e execução, ou seja, sem a necessidade de se adentrar em estrutura e poder de mercado	Ampliação da investigação para estrutura de mercado, os efeitos potenciais e concretos, propósitos que justificaram sua adoção, eficiências produzidas, entre outros	Comprovação do objeto da conduta, sendo desnecessária a comprovação da sua potencialidade lesiva	Sopesando os efeitos ilícitos com eventuais propósitos legítimos que podem justificar a prática sob exame
Presunção de ilicitude	Absoluta	Não há	Absoluta ou Relativa	Não há
Titular do ônus probatório	Acusado	Não há. Defesa e acusação com ônus balanceados	Acusado	Não há. Defesa e acusação com ônus balanceados

Fonte: elaboração própria

2.3. Metodologias de análise, casos particulares e contexto de aplicação

41. No que tange às metodologias de análise, cabe também considerar que grande parte da discussão gira em torno das possibilidades de apresentação de defesas por parte dos acusados. Em casos nos quais as autoridades julgadoras entendem que há uma presunção absoluta de ilicitude ou aplicam a regra *per se*, as defesas geralmente se limitam a (i) a conduta não existiu/era impossível ou (ii) o agente não a praticou ou a praticou em situação de excludente de ilicitude (legítima defesa, cumprimento de dever legal, estado de necessidade).

42. No entanto, **a escolha da metodologia de análise pode ser contestada** por argumentos que demonstrem que o efeito negativo presumido da conduta não se sustenta, levando a uma mudança no entendimento histórico das decisões judiciais.

43. Um exemplo é a superação do precedente *Schwinn* pelo caso *Sylvania* na Suprema Corte dos EUA, em que o uso de restrições de distribuição foi reconhecido como uma forma de superação do efeito *free-*

rider – e, conseqüentemente, melhora no ambiente competitivo de conjunto –, em vez de ser considerado um método de cartelização que não exigiria análises aprofundadas para sua caracterização enquanto ilícito. ^{[14][15]}

44. Além disso, da comparativa do quadro acima é possível notar que infrações por objeto atraem uma metodologia de análise que em muitos pontos se aproxima da regra *per se*, calcada em presunções históricas de ilicitude, **mas que, entretanto, permite a adoção de presunções relativas de ilicitude, o que engloba, conseqüentemente, discussões além das aceitas pela regra *per se* estadunidense.**

45. Neste sentido, cabe o destaque sobre **o caráter não intercambiável entre os dois tipos de ilícito em razão de uma diferença fundamental entre a racionalidade da análise prescrita pelas heurísticas e tradições jurídicas estadunidense e europeia.** Esta mesma lógica vale para as sutilezas da análise referente à regra da razão e de ilícitos por efeitos, não exploradas neste voto em razão da conduta aqui analisada.

46. Ademais, a existência concomitante destes dois tipos analíticos e, como destacado anteriormente, sua influência na jurisprudência brasileira muitas vezes implica confusões em relação à utilização de tipos de ilícito alheios à Lei de Defesa da Concorrência brasileira, como é o caso da utilização do *standard per se* como uma forma de tipificação de ilícito, quando na realidade este configura-se – como bem coloca Schuartz (2002) – enquanto um *stop sign*, ou seja, uma norma de economia processual^[16], mas com cabimento para contextos específicos, o que não parece ser o caso da vasta maioria das ações econômicas especificadas sob a conduta ora investigada.

47. Em relação à utilização da regra *per se* no caso de investigações de carteis (como carteis *hardcore* e de licitação^[17]), este Conselho vem se debruçando sobre a discussão teórica e prática da aplicação de tal entendimento no ordenamento legal brasileiro, como é explicitado em voto-vogal do Conselheiro Victor Oliveira Fernandes no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67 (SEI 1100569):

35. *Existe uma discussão teórica relevante, porém, sobre qual seria o espaço para apresentação de defesas econômicas em sede de investigações de cartel. Esse debate envolve definir se carteis clássicos ou hard core no direito concorrencial brasileiro devem ser tratados (i) como infrações per se nos moldes da tradição estadunidense ou (ii) como infrações por objeto por influência do direito comunitário europeu.*

36. *Não se trata de mera diferenciação teórica. Mesmo que sob os dois enquadramentos a autoridade não suporte o ônus probatório de demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta, no regime europeu de infrações por objeto do art. 101 do TFUE, admite-se que o investigado apresente defesas que demonstrem que uma determinada prática colusiva sob não foi capaz de gerar efeitos anticompetitivos no contexto econômico específico da investigação. Por outro lado, sob o regime estadunidense da regra per se, a presunção de dano gerado a partir da configuração do acordo restritivo da Seção 1 do Sherman Act é absoluta e não admite qualquer refutação econômica.*

37. *A meu modo de ver, o regime de presunção de ilicitude construído na jurisprudência nacional para o tratamento de carteis hard core acabou se colocando de maneira muito mais próxima ao tratamento de uma infração per se do que ao tratamento de ilícitos por objeto. A discussão em relação a outras práticas colusivas é mais complexa, havendo a possibilidade de se defender infrações por objeto, por exemplo, em infrações de influência de conduta comercial uniforme.*

48. Incorporando o entendimento do Conselheiro, compreendo que especificamente para este conjunto de condutas coordenadas, *cartéis hardcore*, incluindo, mas não de forma exclusiva, suas formas clássicas e de licitação – e reforço que neste único e particular contexto – a jurisprudência brasileira consolidou a utilização da regra de análise *per se* como uma espécie de sinônimo por similitude do critério de tipo observado na Lei de Defesa da Concorrência, isto é, a caracterização de ilícito por objeto.

49. Em suma, tal importação de critérios do direito estrangeiro deve se dar dentro do marco de adaptação destes enquanto regras de julgamento e, na medida que a jurisprudência os incorpore enquanto testes lógicos com finalidades específicas, são uteis como ferramentas analíticas estritas.

50. Isto posto, cabe o reforço do acúmulo institucional brasileiro que define o tipo de ilícito por objeto (que, repiso, não é intercambiável com a norma *per se* enquanto tipificação de ilícito) e, afora as situações de grande acúmulo da autoridade julgadora para contextos específicos - como nos casos de *cartéis*

hardcore, cabe a interpretação apresentada pelo Conselheiro Victor no voto supracitado, sendo fundamental a incorporação da complexidade da avaliação contextual, como é o caso justamente das infrações de conduta comercial uniforme citadas no excerto referenciado e avaliadas no presente voto.

51. Deste modo, ainda que a adoção de uma espécie de *standard per se* possa ser entendida como um atalho analítico/teste lógico^[18] relativamente razoável em contextos bastante específicos (novamente, como nos casos dos cartéis supracitados), reforço que:

I - Tipologias de ilicitude advindas de origens distintas não devem ser confundidas/intercambiadas sem as devidas considerações;

II - O ordenamento legal brasileiro não estabelece o critério *per se* enquanto tipo de ilícito, mas sim tal critério é estabelecido pela jurisprudência (por interpretação legal, portanto) como norma analítica de julgamento;

III - Tal atalho analítico não deve ser adotado de forma indiscriminada para os demais tipos de conduta, sobretudo antes que haja uma reiterada jurisprudência e análise destes tipos dada a necessidade de análise de particularidades relacionadas ao contexto de adoção de cada conduta; e

IV - Demonstra-se mais útil diante do marco legal brasileiro, em que o tipo infracional é genérico (art. 36, *caput*, incisos I a IV), sendo os tipos específicos de conduta meramente exemplificativos (art. 36, §3º), a adoção de regras de julgamento que se adequem aos contextos específicos investigados e não, aprioristicamente, a tipos de conduta.

52. A seguir, exploro justamente a relação entre tipos de ilícito e regras de julgamento especificamente a partir do que é estabelecido no direito brasileiro, repisando alguns dos pontos destacados anteriormente à luz da Lei de Defesa da Concorrência.

2.4. Avaliação a partir da jurisprudência brasileira e suficiência da tipificação preconizada pela Lei de Defesa da Concorrência

53. Inspirada nas categorias de infrações do direito concorrencial europeu, a distinção entre ilícitos por objeto e ilícitos por efeito foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei nº 8.158/91 e mantida tanto na Lei nº 8.884/94 quanto na atual Lei nº 12.529/2011.

54. Neste contexto, conforme apontado pela i. Conselheira Camila Pires-Alves em seu recente voto-vogal no Processo Administrativo nº 08700.005438/2021-31 (Miriri), não se negligenciando que a escolha de uma metodologia de análise inevitavelmente importa inspirações de outras jurisdições que estão assentadas em seus contextos legais, além da própria evolução do debate no direito concorrencial, é preciso considerar sobre os prós e contras e a adequação dessa escolha levando em conta as nossas especificidades, tendo em conta que:

(1) que nos aproximamos mais da versão por objeto/por efeito, do que per se/regra da razão, embora reconheça que não há prejuízo, ao contrário, há ganhos, na adoção de critério per se para cartéis; e (2) que a exigência de demonstração de efeitos importada da discussão europeia não deve ser aplicada sem reflexão à análise pela regra da razão para qualquer conduta.

55. Deste modo, reforço minha interpretação de que as infrações à ordem econômica brasileira de competência deste Cade, no que tange a defesa da livre concorrência (art. 170, IV e parágrafo único, da CRFB/88) encontram-se dispostas no art. 36, da Lei nº 12.529/2011, dividindo-se em **duas espécies**:

I - **Ilícitos por objeto** (“*que tenham por objeto*”), que são aqueles cuja conduta presumidamente visa causar dano à livre concorrência; e

II - **Ilícitos por efeitos** (“*possam produzir os seguintes efeitos*”), que são aqueles cuja conduta, mesmo que não tenha o objetivo explícito de causar dano à livre concorrência resulta, em um efeito líquido negativo à ordem econômica brasileira, ainda que potencial, não sendo eximidos pela comprovação de ausência de intenção da parte.

56. Não há uma pré-classificação definida entre ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos, pois a lei adota uma tipificação aberta em sua caracterização, permitindo a autoridade julgadora maior liberdade na determinação do ilícito dentro dos limites legais estabelecidos.

57. Consequentemente, conforme entendimento do i. Conselheiro Victor Oliveira Fernandes em seu voto-vogal também no Processo Administrativo nº 08700.005438/2021-31 (Miriri), o “**enquadramento de uma determinada prática anticompetitiva ao abrigo de um teste jurídico que demanda maior ou menor demonstração de efeitos anticompetitivos corresponde, em última instância, a uma decisão de política pública**” (destaques autorais).

58. Assim, como bem evidenciado pelo Conselheiro no voto supramencionado, a escolha da metodologia jurídica abarca a consideração de múltiplos fatores, como o conhecimento acumulado na literatura econômica sobre os possíveis efeitos pró-competitivos ou anticompetitivos das práticas investigadas, a avaliação dos custos dos erros tipo I e tipo II, e a experiência passada na aplicação dos padrões de prova (Kalintiri, 2020)^[19], além, é claro da análise da jurisprudência da própria autoridade em casos do tipo, avaliando-se seus diversos aspectos como padrão de prova, distribuição histórica dos ônus e presunções aplicáveis.

59. Por conseguinte, no contexto da Lei nº 12.529/2011, cabe a autoridade julgadora, diante de uma acusação de ilícito concorrencial, primeiramente determinar, com base na jurisprudência e nas diretrizes da autoridade antitruste, se está lidando com um ilícito por objeto ou por efeitos.

60. Em se tratando de ilícito por objeto, como reforça o Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69, “*não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante*” (SEI 0088664).

61. Ademais, ainda em caso de ilícito por objeto, é necessário avaliar o nível de presunção de ilicitude atribuído à conduta. Por exemplo, cartéis possuem uma presunção de ilicitude máxima (absoluta), enquanto outras condutas podem ter uma presunção de ilicitude relativa, permitindo um exame mais aprofundado com algumas considerações sobre o contexto econômico e jurídico da conduta.

62. Logo, como previamente destacado, é justamente neste espaço demonstrativo que alguns dos tipos de tabelas de preço podem ser analisados, sendo necessária a identificação não apenas da definição do tipo de ilícito, **mas sim – e fundamentalmente – a construção de um conjunto de testes e regras de julgamento que permitam, justamente, a captura das especificidades, efeitos potenciais e características relacionadas ao contexto em que se insere a conduta, isto é, às condições econômicas e jurídicas nas quais esta está circunscrita.**

3. MECANISMOS DE AVALIAÇÃO APLICADOS À CONDUTA DE ESTIPULAÇÃO DE TABELAS DE PREÇO

63. Superadas as questões relacionadas às possíveis metodologias de análise a serem adotadas por este Conselho na apreciação de ilícitos antitruste *lato sensu*, passo agora a examinar especificamente a sua escolha para a conduta de adoção de tabelas, caracterizada como influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, conforme previsto no art. 36, incisos I e IV c/c §3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, que é a conduta em análise no caso concreto.

64. Busca-se nesta seção sintetizar a jurisprudência sobre a conduta em análise e apresentar uma modelagem preliminar para a interpretação e avaliação lógica desta.

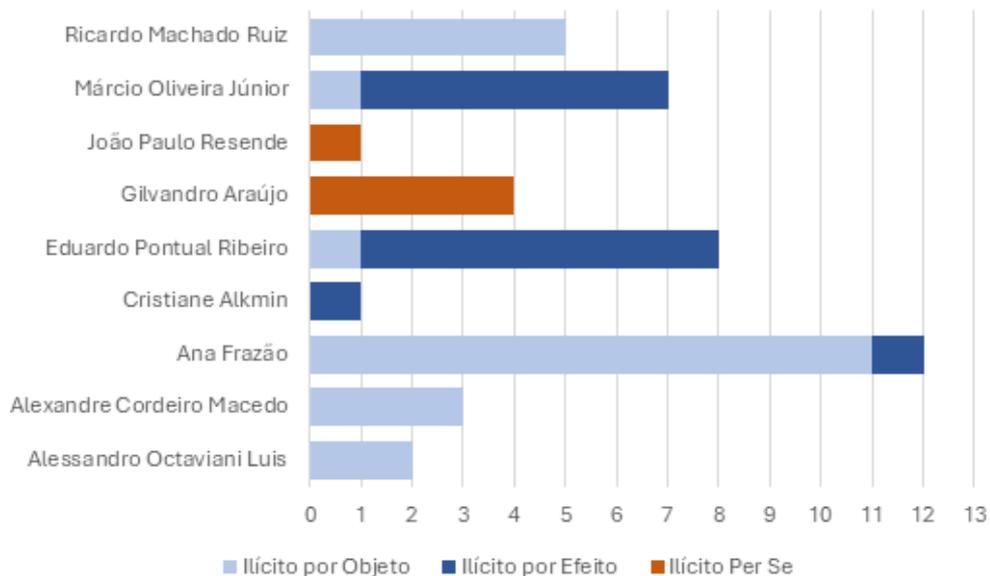
3.1. Análise da jurisprudência do Cade e caracterização da conduta

65. Um ponto de partida relevante para o entendimento de como a construção de tipologias e estruturas de análise aplica-se ao caso da conduta de interesse é a averiguação e levantamento da evolução do padrão de análise adotado por este Conselho nesta seara.

66. Em um esforço de resposta a esta questão, destaca-se estudo realizado por Farani & Baqueiro (2018) que avaliou 47 (quarenta e sete) Processos Administrativos em que o Cade julgou práticas de tabelamento, considerando o período desde a vigência da Lei nº 12.529/2011 até julho de 2018.

67. O levantamento das autoras conclui que “[a] construção jurisprudencial do CADE das categorias de ilícito adotadas em casos de tabelamento de preços ainda não conseguiu alcançar um nível razoável de uniformidade quanto à sua aplicação e segurança jurídica”, elemento sintetizado pelo **Gráfico 1**, proveniente do mesmo estudo.^[20]

Gráfico 1 – Metodologia de análise nos votos dos Conselheiros-Relatores



Fonte: Reconstrução a partir de Farani & Baqueiro (2018)

68. Pode-se observar a dissonância na metodologia de análise adotada com base na síntese dos posicionamentos dos Conselheiros-Relatores nos casos examinados, em que se nota a existência de três categorias de ilícito na jurisprudência deste Tribunal – por objeto, por efeitos e *per se*, representando respectivamente 53,5%, 34,9% e 11,6% do conjunto de julgados analisados.

69. Como discutido em tópico anterior, os achados da pesquisa demonstram precisamente a existência de avaliações de tabelas de preço a partir de sua tipificação enquanto ilícito *per se*, elemento que, na minha visão, não deveria aplicar-se automaticamente a este tipo de conduta tanto por sua já destacada inexistência na lei brasileira como forma de tipificação de ilicitude, quanto pela difícil adequação de sua natureza lógica à conduta em tela.

70. Em síntese, repiso o ponto já explorado em tópico anterior: a utilização de um *standard per se* não deve se dar a partir da definição de um tipo de ilícito específico, mas sim enquanto uma regra de julgamento que pode ser aplicada a uma formatação específica de tabela, conforme a jurisprudência do Cade. Novamente, vale ressaltar a existência de contextos bastante particulares em que, por similitude, a jurisprudência brasileira estabeleceu a regra de análise como uma espécie de tipificação, caso dos já citados cartéis *hardcore* e cartéis de licitações.

71. Entendo, por conseguinte, que o modelo de análise deve focar na avaliação dos ilícitos por objeto ou por efeitos, respeitando as diretrizes normativas e o contexto específico de cada caso.

72. Ato contínuo, buscando ampliar o escopo de análise de precedentes da conduta sob escrutínio, meu gabinete realizou pesquisa jurisprudencial com base em casos levantados pela Seção de Apoio à Gestão

Processual (SAGPRO) do Cade envolvendo condenações por condutas comerciais uniformes ou concertadas relacionadas ao uso de tabelas.

73. A partir de um recorte temporal especificado entre 1995 e 2022, estabeleceu-se uma amostra inicial de 165 casos, dos quais foram filtrados 132 julgados excluindo-se aqueles em que a tabela era utilizada apenas como meio de viabilização de uma conduta-fim, como é o caso de carteis.

74. Dentre este segundo conjunto amostral, foram selecionados os votos que mencionavam expressamente a metodologia de análise utilizada para averiguar a ilicitude da conduta, uma vez que, na maioria dos casos, não há comentários detalhados a respeito.

75. Com base nessa metodologia conservadora, restaram, ao final, 36 julgados sistematizados no **Quadro 2**, abaixo:

Quadro 2 – Padrões de análise em julgados do Cade de adoção de tabelas

Processo Administrativo	Setor econômico	Metodologia de análise	Referência
08012.009381/2006-69	Serviços de saúde	“Esclarecido a dúvida sobre se as entidades de autogestão são concorrentes entre si, reinvoco o argumento traçado acima quanto à proibição, pela legislação da concorrência, de condutas entre agentes concorrentes, para formar convicção no sentido de que essa conduta deve sim ser considerada ilícita, por objeto ”	SEI 0143776, §27
08012.000758/2003-71	Serviços de saúde	“[...] é possível que esses arranjos negociais coletivos resultem em ganhos de eficiência e gerem efeitos positivos no mercado, ao garantir melhor equilíbrio de barganha entre as partes, diminuição nas falhas de mercado e nos custos de transação. Logo, são casos que precisam passar por análises pela regra da razão. ”	SEI 0534749, §182
08012.005101/2004-81	Serviços de saúde	“Considerando o consolidado entendimento do CADE de que tabelas devem ser submetidas à “regra da razão”, entendo que a edição da Tabela CBHPM, associada ao modo como foi utilizada, possui efeitos negativos para a concorrência e não enseja efeito positivo capaz de justificar benefícios ao consumidor final “	SEI 0061989, §60
08012.001591/2004-47	Serviços de saúde	“As especificidades e idiossincrasias destes tipos de organizações sugerem análise específica e a aplicação da regra da razão por parte das autoridades antitruste. ”	SEI 0087848, §178
08012.002874/2004-14	Serviços de saúde	“[...] o CADE vem decidindo em casos análogos que essa negociação coletiva configura um ilícito pelo objeto [...] ”	SEI 0297197, §67
08012.006647/2004-50	Serviços de saúde	“[...] a mera existência de tabela de preços já possui o condão de prejudicar a livre concorrência, constituindo-se como um ilícito por objeto. ”	SEI 0033030, §70
08012.008477/2004-48	Serviços de saúde	“[...] a existência de sanções por descumprimento a tabelas de preços vem sendo entendida pelo Conselho como suficiente para que a tabela deixe de ser considerada concorrencialmente neutra. ”	SEI 1163800, §62
08012.009462/2006-69	Brinquedos	“Em outras palavras, no caso de ilícito por objeto, não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante. Não cabe, portanto, questionar se a ABRINQ pretendia tão somente ‘proteger o mercado brasileiro’, o que importa é verificar que, não obstante esse pleito legítimo, ela buscou concretizá-lo por meios que violaram o direito antitruste.”	SEI 0088664, §88-89
08012.009566/2010-50	Portuário	“Então, a princípio, a conduta analisada no presente caso seria um ilícito concorrencial, pelo próprio objeto. Há, pois, uma presunção de ilegalidade, que dificilmente seria afastada.”	SEI 0321732, §72
08700.006965/2013-53	Serviço de Fotografias	“Considerando a possível divergência sobre a metodologia de análise da influência à adoção de conduta uniforme ou	SEI 0048555, §25

08700.000719/2008-21	Serviço de Segurança Privada	concertada sob a regra per se ou sob a regra da razão, adoto postura conservadora e opto pela segunda alternativa. "Como enquadrada em prática ilícita pelo objeto , a identificação da influência à adoção de conduta uniforme, especialmente em relação à disseminação de tabela de preços, não necessita de uma análise de poder de mercado ou uma comprovação sobre a possibilidade de que a conduta cause efeitos deletérios à concorrência e ao bem-estar do consumidor." "Por fim, destaca-se que as práticas anticoncorrenciais de influência à uniformização não se vinculam, para a sua punibilidade, à concretização de efeitos econômicos negativos. [...] Já tive a oportunidade de me manifestar a respeito em voto-vista no Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01[11], dizendo que: (...) por se tratar de ilícito por objeto , a análise antitruste acerca da referida conduta dispensa a consideração de elementos adicionais, tais como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado, dado que a potencialidade lesiva é presumida do próprio objeto anticompetitivo, decorrendo da comprovação de materialidade da conduta."	SEI, 0961042, pg. 61, §39
08012.008960/2010-71	Concessionárias de veículos	"Assim, este Conselho, a partir do julgamento do supracitado PA, passou a considerar a prática de uniformização de preços por sindicatos ou associações comerciais, ainda que não coercitiva, como conduta ilícita pelo próprio objeto " "A jurisprudência do CADE se consolidou para tratar esse tipo de conduta objetivamente, isto é, um ilícito pelo objeto " "Dessa forma, não seria sequer necessária a comprovação da alteração dos preços praticados para que se possa verificar a materialidade da conduta. Já tive a oportunidade de me manifestar a respeito em voto-vista no Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01[11], dizendo que: (...) por se tratar de ilícito por objeto , a análise antitruste acerca da referida conduta dispensa a consideração de elementos adicionais, tais como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado, dado que a potencialidade lesiva é presumida do próprio objeto anticompetitivo, decorrendo da comprovação de materialidade da conduta."	SEI 1293780, §55-56
08012.008224/1998-38	Reparo de veículos	"Em tal decisão, assentou-se que a influência à adoção de conduta uniforme inscrita na elaboração de uma tabela de preços é um ilícito pelo próprio objeto. "	SEI 0961059, pg. 153, §81
08012.007002/2009-49	Combustíveis	"Entretanto, como afirmado por este Tribunal recentemente a elaboração de tabelas é uma conduta por si só, em virtude da sua ilicitude pelo objeto. " "No presente caso, as tabelas de preço elaboradas pelos sindicatos e homologadas pelos Conselhos Regionais somente representarão infração à ordem econômica, caso sejam de cumprimento obrigatório. "	SEI 0037348, pg. 333, §63
08012.006685/2004-11	Reparo de veículos	"De fato, em regra a edição de tabelas de preços constitui infração antitruste por objeto. " "Também concordo com a Conselheira no sentido de que a conduta perpetrada pelos Representados configura ilícito por objeto , sendo, portanto, rescindível a discussão sobre os efeitos no mercado. "	SEI 1022240, §61
08700.006292/2012-51	Autoescola	"Assim, resta claro que a configuração do fato é incontroversa, restando, pois, a avaliação dos efeitos por ele produzidos , nos termos do art. 20 da Lei 8.884/94, na medida em que me posiciono no sentido de que não há como se dissociar os efeitos líquidos do ato à sua natureza anticompetitiva."	SEI 0026634, §17
08012.003874/2009-38	Autoescola	"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da	SEI 0034707, pg. 166, §70
08700.004974/2015-71	Corretagem de Imóveis		SEI 1303413, §48
08012.001790/2004-55	Serviços de saúde		SEI 0011688, pg. 168, §307
08012.000261/2011-63	Serviços de saúde		SEI 0020070, pg. 205, §9
08012.007042/2001-33	Serviços de saúde		SEI 0169283, pg. 279
08012.012217/2007-10	Serviços de saúde		SEI 0119425, §7

08012.010470/2005-77	Serviços de saúde	<p>impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p> <p>"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p> <p>"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p>	SEI 0107765, §35
08012.002540/2002-71	Serviços de saúde	<p>"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p> <p>"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p>	SEI 0106163, §65
08700.001830/2014-82	Serviços de saúde	<p>"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p> <p>"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão."</p>	SEI 0137128, §46
08012.003706/2000-98	Serviços de saúde	<p>"1. [...] compreendo que a edição de tabelas de preços por associações e sindicatos, bem como a negociação em nome de seus representados extrapolam o âmbito legal de atuação dessas entidades e constituem ilícitos concorrenciais pelo objeto, na medida em que se apresentem como restrições puras à concorrência.</p> <p>5. ainda há grande incerteza na jurisprudência quanto aos critérios que identifiquem quais condutas serão analisadas pela regra da razão, i.e., quais claramente têm uma presunção de licitude, e quais condutas estão sujeitas a uma presunção relativa de ilicitude e inversão do ônus da prova.</p> <p>6. Ademais, em se tratando de uma presunção relativa de ilicitude, também não está claro na jurisprudência quais são os critérios que devem ser atingidos para afastar a presunção de ilicitude. Nesse sentido, é preciso refletir sobre quais seriam os critérios análogos ao artigo 101 do TFEU para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo a esclarecer para os jurisdicionados as suas possibilidades de defesa.</p> <p>7. Portanto, considerando a jurisprudência majoritária desse Conselho, bem como o meu entendimento sobre o regime de</p>	SEI 0144339, §69
08012.008407/2011-19	Serviços de saúde	<p>"1. [...] compreendo que a edição de tabelas de preços por associações e sindicatos, bem como a negociação em nome de seus representados extrapolam o âmbito legal de atuação dessas entidades e constituem ilícitos concorrenciais pelo objeto, na medida em que se apresentem como restrições puras à concorrência.</p> <p>5. ainda há grande incerteza na jurisprudência quanto aos critérios que identifiquem quais condutas serão analisadas pela regra da razão, i.e., quais claramente têm uma presunção de licitude, e quais condutas estão sujeitas a uma presunção relativa de ilicitude e inversão do ônus da prova.</p> <p>6. Ademais, em se tratando de uma presunção relativa de ilicitude, também não está claro na jurisprudência quais são os critérios que devem ser atingidos para afastar a presunção de ilicitude. Nesse sentido, é preciso refletir sobre quais seriam os critérios análogos ao artigo 101 do TFEU para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo a esclarecer para os jurisdicionados as suas possibilidades de defesa.</p> <p>7. Portanto, considerando a jurisprudência majoritária desse Conselho, bem como o meu entendimento sobre o regime de</p>	SEI 0575075, §§1, 5-7

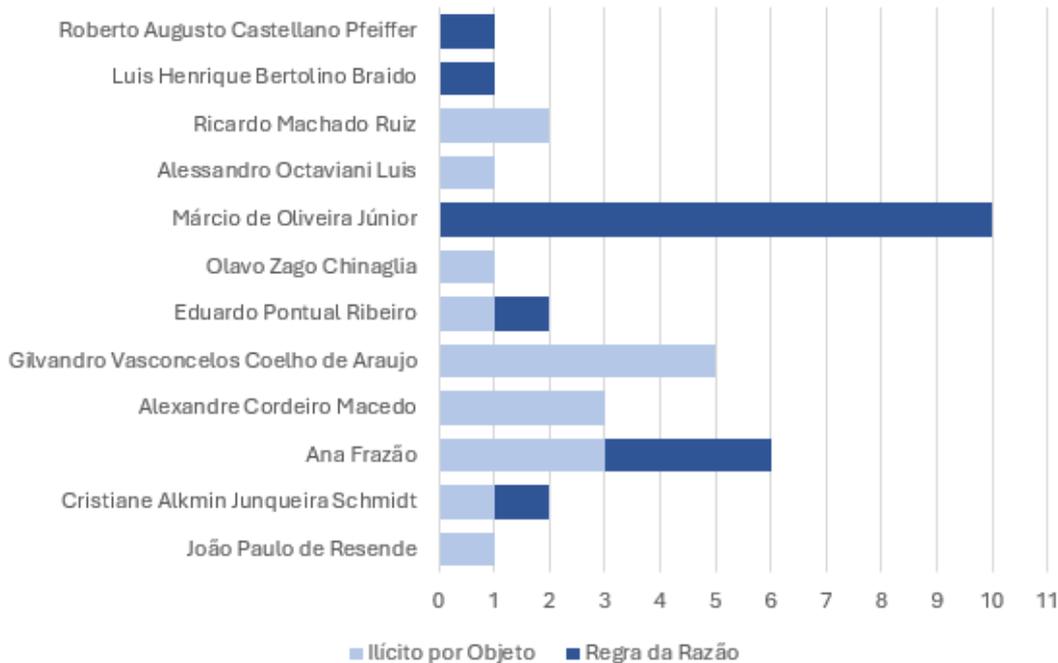
		análise das tabelas de preços, reafirmo que analisarei as tabelas de preço como ilícito por objeto com presunção relativa de ilicitude."	
08700.008551/2013-69	Serviços de saúde	"A reunião de hospitais para imposição de preços caracteriza ilícito pelo objeto , conforme este Conselho vem-se manifestando nos termos do voto-vista do ex Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 [...]"	SEI 0253222, pg. 159, §13
08012.005135/2005-57	Serviços de saúde	"Feitas essas considerações, se a conduta ora em análise apresenta tanto eficiências quanto riscos concorrenciais, é necessário analisar o efeito líquido, baseado na regra da razão , para se concluir sobre a ocorrência ou não de infração. Para tanto, inicia-se pela análise da estrutura do mercado, sobre a qual é importante apresentar sua amplitude [...]"	SEI 0961028, pg. 204, §37
08012.002985/2004-12	Serviços de saúde	"Considerando o consolidado entendimento do CADE de que tabelas devem ser submetidas à ' regra da razão ', entendo que a edição da Tabela CBHPM, associada ao modo como utilizada, possui efeitos negativos para a concorrência e não enseja efeito positivo capaz de justificar benefícios ao consumidor final."	SEI 0012335, pg. 322, §57
08012.001020/2003-21	Serviços de saúde	"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão ."	SEI 0015325, pg. 93, §82
08012.009606/2011-44	Serviços de saúde	"Assim, concluo pela ilicitude da ação coordenada pelas Representadas, que configurou uma conduta ilícita pelo objeto , qual seja, cartel de preços, com o objetivo único de uniformização e elevação dos preços dos serviços prestados pelas Requerentes, em detrimento da Unimed e de seus consumidores."	SEI 0203582, §60
08012.000377/2004-73	Serviços de saúde	"[...] a negociação coletiva em âmbito médico pode ser considerada infração concorrencial quando existentes três elementos: (i) ilegitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (ii) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (iii) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão ."	SEI 0072789, § 163
08012.010187/2004-64	Serviços de saúde	"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão ."	SEI 0085185, §59
08012.006859/2008-61	Serviços de saúde	"Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) (i)legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão ."	SEI 0106996, §16

Fonte: elaboração própria

76. Da breve leitura dos trechos selecionados, é notório que as metodologias de análise destacadas também revelam um padrão relativamente vacilante e dissonante na aplicação da regra *per se*, da regra da razão e na distinção entre ilícitos por objeto e por efeitos.

77. Reforçado as conclusões expostas até aqui, de forma análoga à construção gráfica de Farani & Baqueiro (2018), os resultados da pesquisa realizada pelo meu gabinete são sistematizados no **Gráfico 2**.

Gráfico 2 – Metodologia de análise nos votos condutores de processos administrativos envolvendo adoção de tabelas



Fonte: elaboração própria

78. Ainda que esta segunda seleção filtre apenas os casos analisados sem o estabelecimento de *standards per se*, dada a imprecisão da aplicação desse conceito para este a conduta analisada, nota-se novamente uma confusão de tipificação tendo em vista a Lei de Defesa da Concorrência brasileira, sendo observados – do total de julgados analisados – 51,4% de avaliações sob a especificação de ilicitude por objeto e 48,6% sob a regra da razão.

79. Para além, ressalta-se que nos referidos julgados, o uso da regra *per se* e da regra da razão muitas vezes se deu em contradição às categorias de objeto e efeitos adotadas pela nossa legislação, desconsiderando que a primeira se refere a *standards* probatórios e a segunda a espécies distintas de ilícitos concorrenciais, gerando incertezas acerca do *enforcement* das decisões desta Autarquia.

80. Ainda que se note tal variância, este conjunto relativamente disperso de padrões de análise parte de um ponto comum: o entendimento de que a estipulação de tabelas naturalmente desperta a atenção da autoridade antitruste por implicar a fixação prévia de preços, mesmo que em patamares mínimos e máximos, o que pode causar evidentes distorções concorrenciais

81. Ademais, a adoção de tabelas pode não apenas incentivar a cartelização, mas também acarretar custos sociais associados a práticas colusivas, a citar perdas resultantes de substituições ineficientes por parte dos consumidores, recursos ineficientes aplicados para manutenção do tabelamento e exclusão anticompetitiva. [\[21\]](#)

82. O Cade, no Ofício nº 2547/2018/CADE [\[22\]](#) – que sistematiza alguns riscos aventados em seus julgados no tocante a tabelas –, abordou que a inserção destas em ambientes concorrenciais leva à mitigação da liberdade contratual dos agentes sujeitos a ela para estipulação de seus preços conforme as peculiaridades concretas da pactuação (poder de barganha) e, dessa forma, pode reduzir a competitividade entre concorrentes, tendo em vista a possibilidade de:

- a) Provocar uma elevação artificial vinculante no preço final do produto (repass), em prejuízo ao consumidor, seja ele da cadeia de produção ou final (limitação da possibilidade de barganha);
- b) Reduzir os incentivos à inovação, por levar a um arrefecimento concorrencial e, conseqüentemente, diminuir a pressão por diferenciação e melhoria contínua; e
- c) Levar à queda de qualidade do produto/serviço em razão da acomodação dos concorrentes

83. Neste cenário, considerando o grande volume de julgados da matéria, é possível observar uma atuação incisiva deste Conselho na condenação de entidades representativas das categorias que congregam profissionais liberais que realizam tabelamento de preços.

84. A título de exemplo, um estudo do DEE/Cade demonstrou que – no período entre junho de 1996 a dezembro de 2021 – 88,3% das decisões de julgamento de Processos Administrativos referentes a tabelas médicas resultaram em condenação^[23].

85. Além disso, também são encontrados relevantes julgados de condenações relacionadas à adoção de condutas comerciais uniformes em diferentes órgãos de classe, como destacado pelo **Quadro 3**:

Quadro 3 – Condenações pela adoção de tabelas para órgãos de classe

Processo Administrativo	Representados
08012.006764/2010-61	Sindicato dos Fabricantes e Vendedores de Placas de Sinalização de Trânsito e Veiculares do Estado da Bahia – SINPLAVB, Associação dos Fabricantes e Revendedores de Placas, Letreiros e Afins do Estado da Bahia – APL, Comercial de Placas Fagundes Ltda., Siplar Serviços de Recuperação e Comércio Ltda., Pituba Sinalização e Serviços Ltda., Comércio de Placas Salvador Ltda., AFX Comércio e Serviços Ltda., Rosivaldo Pinto Lopes (R. Placas), Aky Tudo Comércio e Serviços Ltda. – ME, Replac Inovações Ltda. e Marco Antônio Freitas Ribeiro (Presidente da APL), Bahia Placas Comércio Ltda. ME, Jorge Guilherme Silva de Itapetinga ME (JC Placas), Mega Placas Ltda. e Almeida Mota Placas Ltda.
08012.009462/2006-69	ABRINQ- Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa.
08012.009566/2010-50	Sindicon - Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres do Litoral Paulista, Sindisan - Sindicato das Empresas de Transporte Comercial de Carga no Litoral Paulista, Sindicam - Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens da Baixada Santista, José Luiz Ribeiro Gonçalves, Davi Santos de Lima, Marcelo Marques da Rocha e José Nilton Lima de Oliveira.
08012.000456/2012-94	Sindicato das Empresas de Conservação, Manutenção e Instalação de Elevadores do Estado de São Paulo – SECIESP.
08700.006965/2013-53	Sindicato dos Fotógrafos, Lojistas e Cinegrafistas do Estado do Piauí - SINDFOLCEPI e Francisco das Chagas Machado Sobrinho.
08700.000719/2008-21	Sindicato das Empregas de segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo - SESVESP; José Adir Loiola, José Jacobson Neto.
08012.008960/2010-71	Sindicato dos Concessionários e Distribuidores de Veículos do Pará e Amapá, Roberto Russel da Cunha, Atlas Veículos Ltda., Invencível Veículos Ltda., Viale Automóveis Ltda., Revemar – Revendedora de Veículos Marabá Ltda., J.C. Maranhão Comércio e Representações Ltda. – Macom Veículos, Importadora de Ferragens S.A., Fênix Veículos Ltda., Green Star Peças e Veículos Ltda., Montecarlo Veículos Ltda., Motobel Veículos Ltda., Nippon Veículos Ltda., Toulon Veículos Ltda., Zucavel – Zucatelli Veículos Ltda., Betral Veículos Ltda. e Moselli Veículos Ltda.
08012.008224/1998-38	AGF Brasil Seguros S/A, A Marítima Cia. de Seguros Gerais, Finasa Seguradora S/A., General Accident Cia. de Seguros (atual Royal & Sunailiance Cia. De seguros), Generali do Brasil Cia. Nacional de Seguros, J. Maluceili Seguradora S.A, Cia. de Seguros Minas Brasil, Nacional Companhia de Seguros, Unibanco AIG Seguros & Previdência, Novo Hamburgo Cia de Seguros Gerais (atual União Novo Hamburgo S.A), Cia. Paulista de Seguros (atual Liberty

Processo Administrativo	Representados
	Paulista Seguros), Porto Seguros Cia. de Seguros Gerais, UAP Seguros Brasil S/A (atual AXA Seguros Brasil S.A), Cia. União Seguros Gerais (atual Novo Hamburgo S.A), ITAUSEG Seguros, Vera Cruz Seguradora S/A, Bradesco Seguros, Real Previdência e Seguros, Sul América Seguros, Sindicato das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização no Estado de São Paulo - SINDSEG/SP e Sindicato das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização no Estado do Paraná - SINDSEG/PR.
08012.007002/2009-49	Juarez Alvarenga Lage e Sindicato das Empresas de Transporte de Combustível e Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais - Sinditanque-MG.
08012.007301/2000-38	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Piauí - SINDIPETRO-PI e José Duarte Saraiva.
08012.006685/2004-11	Sindicato dos Concessionários e Distribuidores de Veículos – Sincodiv/DF, Roberto de Oliveira Lima, Luis Fernando Machado e Silva, Autohaus DF Comércio de Veículos e Peças Ltda., Bali – Brasília Automóveis Ltda., Brasal – Brasília Automóveis Ltda., Brasal Importados Ltda., Brasília Motors S.A., Bravesa - Brasília Veículos S.A., Coima Veículos Ltda., C.V.P Comercial de Veículos e Peças Ltda., Dakar Automóveis Ltda., DF Veículos Ltda., Disbrave Dist. Brasília de Veículos S.A., Esave Veículos, Grand Premier Veículos Ltda., Jorlan S.A. - Veículos Automotores Im&S, Kyoto Star Motors Ltda., Moto Agrícola Slavieiro S.A., Nara Veículos Ltda., OK Automóveis Peças e Serviços Ltda., Olympique - Distribuidora de Veículos, Orca Veículos Ltda., Planeta Veículos Ltda., Premier Veículos Ltda., Premiere Distribuidor de Veículos Ltda., Quality Hyundai Veículos Peças e Serviços Ltda., Saga S.A. Goiás de Automóveis, Saint Moritz Distribuidor de Veículos, Smaff Automóveis S.A., Taguato - Taguatinga Autom. e Serv. Ltda., Tecar DF Veículos e Serviços Ltda., Única Brasília Automóveis Ltda. e Welt Motors Ltda.
08012.000261/2011-63	Brazilian Educational & Language Travel Association (Associação Brasileira de Organizadores de Viagem Educacionais e Culturais - BELTA), Associação Brasileira das Operadoras de Turismo (BRAZTOA), Fórum das Agências de Viagens Especializadas em Conta Comerciais (FAVECC), Federação Nacional do Turismo (FENACTUR), Michel Tuma Ness, indicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo (SINDETUR-SP), Marciano Gianerini Freire e Associação Brasileira de Agências de Viagens de São Paulo (ABAV-SP).

Fonte: elaboração própria

86. Nos casos de tabelamento de preços para consumidores finais elaborados por autoescolas e outros atores relacionados a elas, ficou evidente a sua identificação como um ilícito por objeto e adesão a uma presunção absoluta de ilicitude semelhante à regra *per se* norte-americana, diante de seu uso para estabelecimento e controle de preços, ou seja, pró cartelização. O **Quadro 4**, abaixo, sistematiza os casos analisados:

Quadro 4 – Adoção de tabelas para consumidores finais, padrão de análise e presunção de ilicitude

Processo Administrativo	Conduta	Método de análise
08012.011791/2010-56	O processo analisou a conduta dos Centros de Formação de Condutores (autoescolas) e despachantes em Santa Bárbara D'Oeste/SP, que estabeleceram tabelas de preços vinculativas para os consumidores finais de seus serviços . Essas tabelas, organizadas pela ADESB0, entidade de classe responsável, impunham sanções, incluindo a exclusão do quadro associativo, para os que não as seguissem. Como mecanismo de controle, a ADESB0 passou a gerenciar a emissão dos boletos pagos as autoescolas, eliminando a discricionariedade destas na negociação e fixação de preços, e suprimindo eventuais políticas de descontos.	A conduta foi considerada um ilícito por objeto , dispensando quaisquer considerações a priori sobre a potencialidade de efeitos ou sobre a produção concreta destes, nos termos do voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior (SEI 0159349).
08700.006292/2012-51	O processo analisou a conduta do Sindicato dos Centros de Formação de Condutores de Pernambuco ("SINDCFC/PE") e de seu Presidente Luiz de Oliveira	A conduta foi considerada um ilícito por objeto , dispensando quaisquer

Processo Administrativo	Conduta	Método de análise
08012.000415/2003-15	<p>Lima Filho por suposta prática de influência à adoção de conduta uniforme. Tal conduta, denunciada pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco ("MP/PE"), teria sido cometida por meio (i) de elaboração e divulgação de tabela de preços dos serviços do setor direcionadas aos consumidores finais e (ii) de fiscalização do devido cumprimento desse documento padronizador.</p> <p>O processo analisou a conduta do Sindicato das Autos e Moto Escolas e Centros de Formação de Condutores Classes "A", "B" e "AB" do Distrito Federal (SINDAUTO) e seus dirigentes, que estabeleceu e impôs tabelas de preços mínimos a serem cobrados pelas autoescolas na Cidade do Gama-DF. O SINDAUTO, como entidade representativa da categoria no Distrito Federal, elaborou essas tabelas, que especificam os preços a serem praticados por diversos serviços, como matrícula, exame prático de direção e aulas práticas de direção. As tabelas, obtidas junto à Autoescola Globo, comprovam a efetiva divulgação e imposição dos preços pelo sindicato.</p>	<p>considerações a priori sobre a potencialidade de efeitos ou sobre a produção concreta destes, nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo (SEI 0026634).</p> <p>A conduta foi considera um ilícito por objeto, dispensando quaisquer considerações a priori sobre a potencialidade de efeitos ou sobre a produção concreta destes, nos termos do voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz (SEI 0016265, pp. 163-183)</p>
08012.003874/2009-38	<p>O processo analisou a conduta do Sindicato dos Proprietários de Centros de Formação de Condutores de Minas Gerais (SIPROCF-C-MG), que, com o auxílio da empresa Areal Consultoria Gerencial (ARCAL), elaborou e divulgou planilhas de custo e tabelas de preços mínimos para serem seguidos por seus afiliados. Nessas tabelas, constam advertências sobre a prática de preços inferiores aos estabelecidos, propondo retaliação aos descumpridores e intimidando os sindicalizados que desejassem praticar preços mais competitivos.</p>	<p>A conduta foi considera um ilícito por objeto, dispensando quaisquer considerações a priori sobre a potencialidade de efeitos ou sobre a produção concreta destes, nos termos do voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz (SEI 0034707, pp. 142-176).</p>

Fonte: elaboração própria.

87. Entretanto, é possível identificar cenários em que o uso de tabelas foi considerado lícito, principalmente no mercado relevante de saúde suplementar.

88. Tal qual evidenciado pelo caderno do Cade "Mercado de Saúde Suplementar: Condutas" (2021), a dinâmica de negociação entre profissionais de medicina, representados pelas entidades médicas, e operadoras de planos de saúde é marcada por uma assimetria de poder de barganha. Em alguns destes contextos, nota-se uma flexibilização na consideração da ilicitude das tabelas tendo em vista a tese de **poder compensatório**, na consideração de que:

O poder compensatório prevê que os agentes de um mercado possam agir de forma coordenada como forma de se contrapor ao exercício de poder de mercado de outro agente que detenha tal poder um elo subsequente da cadeia produtiva. Por exemplo, se um distribuidor detém poder de monopsonio sobre determinado insumo para o qual há diversos fornecedores, há uma assimetria na barganha da qual (ou em que) o monopsonista se beneficia. Para equilibrar essa relação, seria aceitável que, em determinadas condições os fornecedores também se unissem e negociassem com o distribuidor de forma a contrapor um poder de monopólio ao poder de monopsonio original. ^[24]

89. Como bem destacado pelo Conselheiro Paulo Furquim no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33 (COOPANEST), porém, "(...) a conduta uniforme na comercialização é admissível em

condições bastante restritivas: a) existência de forte assimetria de negociação ex-ante e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; c) que aquilo que seria um 'poder compensatório' não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância".

90. Além disso, **espécies de imunidades antitrustes decorrentes da regulação pública, fundamentadas em lei**, também vêm sendo entendidas como razões que poderiam afastar a ilicitude da conduta, conforme decidido por este Tribunal na Consulta nº 83/2002 (realizada pela Abifarma); no Processo Administrativo nº 08012.012395/1999-15 (CPI vs. ABCFarma e Brasíndice)^[25]; e no Processo Administrativo nº 08012.004869/2008-61 (CMED vs. Laboratórios B.Braun, Halex Istar e Baxter)^[26], nos quais se *“concluiu que a publicação dos preços máximos da CMED não pode configurar uma conduta anticompetitiva, já que (i) a tabela da CMED é feita por um órgão público e regulador do setor, que estipula um preço máximo de medicamentos e (ii) **há a obrigação regulatória de divulgação dos preços máximos autorizados pela CMED, nos pontos de venda [farmácias], para que os consumidores saibam quais são os seus direitos.***^[27]

91. Conforme enfatiza Jordão (2009), esta espécie de imunidade antitruste supramencionada estaria embasada em uma dupla justificativa:

Sob a perspectiva pública, a sua ausência comprometeria a efetividade da política pública que depende do afastamento da concorrência. Afinal, em grande parte dos casos, os objetivos destas políticas só podem ser atingidos através de condutas empresariais que são impostas, autorizadas ou encorajadas pela regulação correspondente. Sob a perspectiva privada, a justificativa da imunidade antitruste reside na proteção da segurança jurídica e das legítimas expectativas que decorrem, para o regulado, do agir estatal. No exemplo extremo, não é razoável que uma empresa seja responsabilizada pelo mero fato de cumprir uma imposição regulatória.^[28]

92. Contudo, é importante destacar que atos que extrapolam estas pretensas imunidades antitruste decorrentes da lei são passíveis de punição por este Conselho. Isso significa que, embora algumas práticas de tabelamento possam estar previstas por legislação/regulação específica para o uso em certos contextos, o Cade pode intervir, e assim o tem feito, e aplicar sanções quando essas práticas ultrapassam os limites legais estabelecidos, visando garantir a competição justa e evitar comportamentos anticoncorrenciais^[29].

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, abarcando 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.

3.2. Esforço preliminar de sistematização de regra de julgamento para a análise de casos de tabelamento de preços

94. Este conjunto de regras de julgamento e de testes lógicos para a avaliação de condutas relativas a tabelas de preço pode ser sintetizado em um modelo simplificado e esquemático, de modo a facilitar a

análise futura da conduta e contribuir para uniformizar um padrão de análise.

95. Resumindo os pontos apresentados anteriormente, é possível o desenvolvimento de um algoritmo hermenêutico para esta função adjudicante:

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^[30]

Gráfico 3 – Síntese esquemática do teste lógico/regra de julgamento

102. De modo espelhado, o **quadrante inferior esquerdo (Q3)** representa o cenário em o agente que estabelece a tabela tem altos níveis de poder de mercado, podendo impor a relação de fixação ao mesmo tempo que esta é aplicada em relação a um agente com baixa capacidade de resposta dado o diminuto poder de mercado. Este é o contexto de uma relação anticompetitiva e que, em seu extremo, relaciona-se a uma situação de tabelamento ao consumidor final que, por definição, não detém poder de mercado, configurando o caso de presunção absoluta previamente descrito.

103. Por fim, o **quadrante superior esquerdo (Q2)** denota uma relação em que ambos os lados não apresentam poder de mercado, reduzindo a capacidade de imposição por parte do agente que exerce o tabelamento em relação a seus filiados, mas também ampliando a capacidade de repasse de preços dada o baixo espaço para incorporação de preços na margem do elo afetado pelo tabelamento. Neste contexto, configura-se um cenário possivelmente anticompetitivo que deve ser cotejado com outros elementos relacionados ao caso concreto sob análise.

104. O esforço aqui desenvolvido busca apresentar um modelo preliminar de heurísticas, testes lógicos e regras para a análise de condutas relacionadas ao tabelamento de preços. **Não se espera que este seja um desenvolvimento final de tais mecanismos, mas apenas uma síntese de um possível conjunto de regras de bolso buscando, ao mesmo tempo, refletir e dialogar com a jurisprudência do Cade no tema, e aclarar a forma de distribuição do ônus probatório entre autoridade e Representado, bem como os diferente *standards* de prova e presunções a eles relativos.**

105. **Obviamente trata-se de um passo adicional e complementar ao esforço mais recente deste Cade de buscar sistematizar e sinalizar melhor as decisões de política pública subjacentes às suas decisões.**

106. Passo, na sequência, à aplicação deste conjunto analítico no âmbito da avaliação do caso concreto.

4. ANÁLISE DO PRESENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO

4.1. Da competência do Cade

107. Inicialmente, cabe destacar que a aplicação da legislação antitruste às entidades representativas – incluindo conselhos de classe, associações e sindicatos – é ponto pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conforme explicitado no art. 31 da Lei nº 12.529/2011 e na jurisprudência deste Tribunal.

108. Tal entendimento pode ser observado de modo sintético nos termos do voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no Processo Administrativo nº 08012.007833/2006-78, caso que resultou na condenação do Conselho Federal de Medicina e outras entidades. Diz o voto: *“a lei, portanto, não estabelece exceções nesse ponto, e a razão para tanto é clara: a capacidade de afetar materialmente o mercado independe da atuação direta nele”* (SEI 0009830, fl. 1707).

4.2. Preliminares e prejudiciais de mérito

109. O CRECI/GO não suscitou preliminares e prejudiciais de mérito em sua defesa. Não obstante, acolho e integro ao presente voto o entendimento dos pareceres da PFE/Cade e do MPF, que atestaram a inexistência de vícios formais neste Processo Administrativo.

4.2.1. Averiguação de mérito da conduta de adoção de tabelas de preço como ilícito por objeto

110. O presente PA, como já mencionado, trata da divulgação no sítio eletrônico do Representado (<https://crecigo.gov.br/>) de documentos que indicariam influência à adoção de conduta comercial uniforme entre os corretores de imóveis vinculados ao CRECI/GO, conforme apurado pelo Cade em 14.01.2022, quais sejam:

111. Uma tabela de honorários contendo percentuais a serem cobrados por serviços de corretagem da categoria, redigida e aprovada pelo Sindicato dos Corretores de Imóveis do estado de Goiás (Sindimóveis-GO), conforme apresentado na **Figura 1**:

Figura 1 – Tabela sugestiva de honorários Sindimóveis-GO, conforme apresentado no sítio eletrônico da entidade



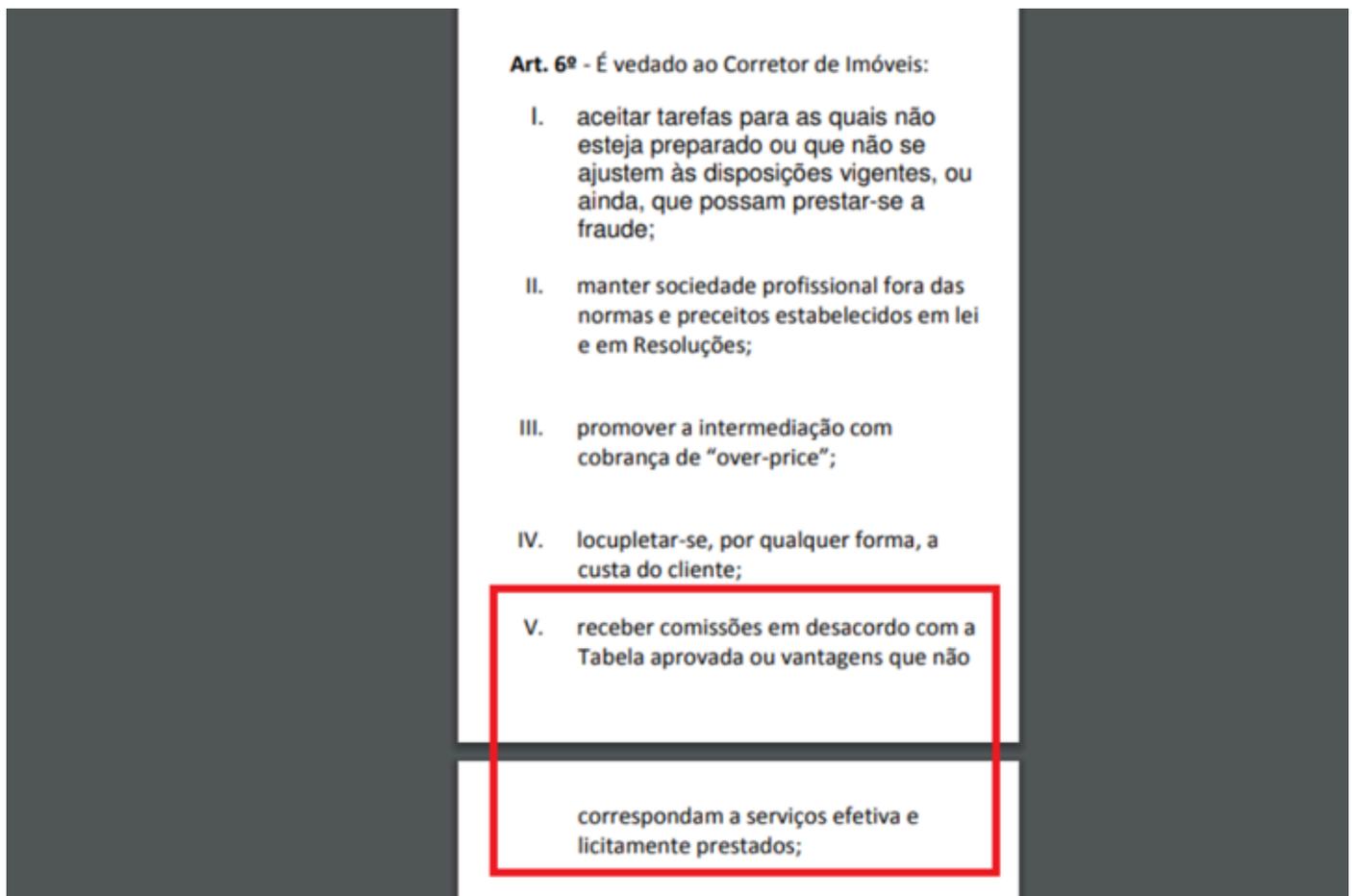
TABELA SUGESTIVA DE HONORARIOS

1. Cabe ao corretor de imóveis, pessoa física ou jurídica, devidamente inscrita junto ao CRECI-GO, Conselho Regional de Corretores de Imóveis, 5ª Região, Goiás contratar o serviço de intermediação na venda, compra ou locação de imóveis, com exclusividade de forma expressa, conforme determina a lei 6.530/78 e resolução nº 458/95 do COFECI - Conselho Federal de Corretores de Imóveis.
2. Fica esclarecido que o corretor de imóveis que pertencia a Categoria Econômica do 3º grupo dos agentes autônomos do comércio do plano da Confederação Nacional do Comércio até o advento da Portaria nº 3.245 de 08 de julho de 1986, do Ministério do Trabalho. Através desta portaria assinada pelo Ministro do Trabalho, Almir Pazzianoto Pinto, a categoria foi transferida para 33º Grupo do Plano da Confederação Nacional das Profissões Liberais, ficando, os Corretores de Imóveis, nivelados aos médicos, advogados, engenheiros e demais profissionais, assim classificados. Dessa maneira, o Governo Federal reconheceu, oficialmente, a importância social do profissional imobiliário, ficando o mesmo com direito de perceber honorários, pelos serviços prestados, de acordo com a tabela elaborada pelo Sindicato da categoria (SINDIMOVEIS) e homologada pelo CRECI de cada região.
3. A presente tabela deve ser observada nos contratos celebrados, especialmente quanto aos limites mínimos nela estabelecidos, sendo vedado ao corretor contratar com índice abaixo dos aqui definidos, conforme o ditame do artigo 6º inciso V da Resolução nº 326/92 do COFECI.
4. Constituem, entre outras, infração grave ao código de ética instituído pela resolução nº 326/92 do COFECI, a cobrança de percentuais ou valores superiores ao convencionado na autorização de venda ou contrato de prestação de serviço de intermediação de venda, compra ou locação.

Fonte: SEI 1009692, documento 08.

112. Uma versão anterior e desatualizada do código de ética dos corretores de imóveis, que precede a atualização realizada pelo COFECI após a assinatura de um Termo de Cessão de Conduta ("TCC") com o Cade em 2018, o qual contém instruções relativas à obrigatoriedade de cobrança de honorários em acordo com as tabelas de precificação aprovadas pelos Conselhos regionais, assim como previsões de penas para o descumprimento de tal mandamento, conforme apresentado na **Figura 2**:

Figura 2 – Código de ética, conforme apresentado no sítio eletrônico da entidade



Fonte: SEI 1009692, documento 15.

113. Um modelo de contrato com valores referentes a honorários preestabelecidos, conforme apresentado na **Figura 3**:

Figura 3 – Modelo de contrato com referência a honorários do contratado, conforme apresentado no sítio eletrônico da entidade

Cláusula 4ª - Honorários do contratado¶

1) Para pagamento dos serviços de intermediação o(s) contratante(s) pagará(ão) ao contratado, a título de honorários profissionais, o percentual de ___% (seis por cento), calculado sobre o valor descrito na proposta de compra com o aceite do(s) contratante(s), independentemente da forma de pagamento.¶

2) O pagamento dos honorários ao contratado ocorrerá no momento em que o(s) contratante(s) receber(em).¶

a) o sinal de negócio, se venda em parcela;¶

b) o preço do imóvel, se venda à vista.¶

4) Serão devidos honorários profissionais ao contratado, no mesmo percentual estabelecido no item '1' desta cláusula, se:¶

a) ocorrer arrependimento do(s) contratante(s) após o contratado ter realizado oferecimento de imóvel ou efetuado gastos com a intermediação;¶

b) o(s) contratante(s), após assinar(em) o aceite na proposta de compra (contrato preliminar), por qualquer motivo, não prosseguir(em) com contrato definitivo, nos termos do art. 463 do Código Civil;¶

c) após decorrido o prazo contratual de intermediação, a venda se realizar por fruto do trabalho do contratado, nos termos do art. 727 do Código Civil.¶

Cláusula 5ª - Disposições gerais¶

1) A intermediação objeto do presente contrato é exclusiva nos moldes estabelecidos no art. 726 do Código Civil.¶

2) Cumpra ao contratado apresentar, ao oferecer o imóvel, dados rigorosamente certos, nunca omitindo detalhes que o depreciem, informando às partes dos riscos e demais circunstâncias que possam influenciar o negócio;¶

3) O(s) contratante(s) autoriza(m) o contratado, por sua própria conta, a divulgar o imóvel por qualquer meio publicitário e também a exibi-lo aos interessados mediante prévia autorização.¶

4) O contratado poderá firmar parcerias ou com outros corretores de imóveis com vistas à execução do presente contrato.¶

5) É condição para o fechamento do negócio o aceite do(s) contratante(s) na proposta de compra.

Fonte: SEI 1009692, documento 03.

114. Quanto à apuração de materialidade e autoria, verifica-se que os indícios reunidos nos autos foram obtidos do próprio sítio eletrônico do Representado. Estes indícios não foram contestados pelo CRECI/GO, tornando incontroversa a autoria e a materialidade.

115. No caso em exame, em virtude da Lei nº 6.530/78 o CRECI/GO é entidade associativa que tem abrangência estadual. Dessa forma, no âmbito do presente Processo Administrativo, para averiguação da conduta, considera-se como mercado relevante geográfico^[31] afetado pela conduta o estado de Goiás, de atuação do Representado. Sob a ótica do produto, trata-se de corretagem imobiliária.

116. Passando à análise de mérito propriamente dito, percebe-se que no bojo da conduta em exame está justamente a estipulação de tabela de honorários para os corretores de imóveis do estado de Goiás. Tal tabela estabelecia não apenas os percentuais mínimos cobrados por cada serviço prestado pelo corretor aos seus clientes (como venda e locação de imóveis, administração de carteira de recebíveis, entre outros), mas também o valor mínimo da hora técnica cobrada e até as taxas de locomoção para atendimento (SEI 1009692).

117. Enquanto um ilícito por objeto, conforme entendimento destacado no tópico anterior, a imposição de tabela unilateral presumivelmente gera distorções no mercado e, não sendo descaracterizada por algum excludente de ilicitude, caracteriza ilícito concorrencial previsto na Lei nº 12.529/2011, pois altera os incentivos para que a livre iniciativa alcance uma situação negocial constitucionalmente amparada.

118. Entretanto, sobre a conduta recai uma presunção relativa de ilicitude, cabendo discussões de mérito que afastem tal presunção, conforme sintetizado na modelagem para regra de julgamento previamente disposta.

119. Neste sentido, as defesas do Representado podem ser resumidas nos seguintes pontos:

- a) Em abril de 2018, o título da tabela de honorários em seu sítio eletrônico foi alterado para "Tabela Sugestiva de Honorários", indicando seu caráter meramente sugestivo;

- b) Seguiu a orientação do COFECI de não mais homologar tabelas de honorários, sendo que a última homologação ocorreu em 2008;
- c) Não foram iniciados procedimentos disciplinares contra inscritos que não observaram os valores da tabela, devido a decisão judicial de nº 583897520124013400, exarada pelo Juízo da 33ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal;
- d) A publicação da versão desatualizada do código de ética dos corretores de imóveis em seu sítio eletrônico foi um equívoco;
- e) Não houve intenção de violar as regras do mercado de corretagem imobiliária ou prejudicar a livre concorrência entre os agentes.

120. O CRECI/GO tem competência para decidir sobre inscrições de profissionais e empresas, manter registros profissionais, emitir carteiras e certificados, impor sanções disciplinares conforme a legislação vigente, dentre outras (art. 17, da Lei nº 6.530/78).

121. Percebe-se, portanto, que o Representado detém grande capacidade de influência sobre seus credenciados, consubstanciado assim o poder de influência à adoção de conduta comercial uniforme no mercado relevante supra definido.

122. Conforme já abordado no Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71, nos termos do art. 17, IV, da Lei nº 6.530/78, cabe aos Conselhos Regionais “homologar, obedecidas as peculiaridades locais, tabelas de preços de serviços de corretagem para uso dos inscritos, elaboradas e aprovadas pelos sindicatos respectivos”.

123. Entretanto, o judiciário, conforme apontado pelo próprio CRECI/GO, no Processo nº 0058389-75.2012.4.01.3400, já estabeleceu em decisão transitada em julgado que (i) a imposição de valores mínimos expressos na tabela de honorários da categoria pelo CRECI/GO viola o princípio da liberdade contratual; e (ii) não há previsão legal para aplicação de sanção por descumprimento dos valores previstos na tabela homologada, conforme ementa:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS – COFECI. RESOLUÇÃO Nº 1.256/2012. ARQUIVAMENTO DO CONTRATO DE CORRETAGEM. INEXIGIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. TABELA DE HONORÁRIOS. IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)2. Advirta-se que a “Constituição Federal prevê que a definição de infração, bem como a imposição da respectiva sanção, mesmo administrativa, sujeitam-se ao princípio da legalidade. Assim, para que a multa possa ser aplicada, é necessário que haja expressa previsão legal nesse sentido. 3. Vedação à tipificação de condutas e conseqüente aplicação de multas com previsão em simples ato administrativo (Resolução). Inteligência do art. 5º, II, da Constituição Federal” (AC 550010, rel. Desembargador Federal Francisco Wildo, DJE de 29/11/2012, pág. 403).

*3. Além disso, verifica-se que o arquivamento do contrato de corretagem nos Conselhos Regionais constitui indevida interferência do Conselho Federal de Corretores de Imóveis nos contratos celebrados pelos corretores de imóveis, haja vista que **a imposição dos valores mínimos expressos na tabela de honorários da categoria viola o princípio da liberdade contratual.***

4. “Muito embora a adoção de critérios objetivos na fixação da remuneração de serviços profissionais não fira, por si só, a livre concorrência ou impeça o exercício do trabalho, tem o Superior Tribunal de Justiça entendido que não pode o Conselho Regional de Medicina impor sua tabela de honorários (CBHPM) aos planos de saúde, pois isso violaria a liberdade contratual. Precedentes: (AGTAG nº 2004.01.00.020286-8/MA - Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral - TRF/1ª Região - Sétima Turma - UNÂNIME - D.J. 06/9/2004 - pág. 78.) e (STJ, REsp nº 8.490/RJ, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, T2, maioria, DJ 27/9/1999, pág. 68.)” (AGRAC 0005411-39.2004.4.01.4100/RO, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Sétima Turma, e-DJF1 p. 2545 de 08/05/2015).

5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas. Sentença confirmada

124. Tal entendimento também se coaduna com o art. 724 do Código Civil, que estabelece que “a remuneração do corretor, **se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo**

a natureza do negócio e os usos locais”, não cabendo, dessa forma, imposição dos valores mínimos da tabela sob cotejo.

125. Além disso, o Representado possuía ciência da Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71, tendo prestado informações nos autos que levaram a sua exclusão do polo passivo e tendo ciência da decisão, eis que, conforme apontado em sua própria defesa (SEI 1189404, p. 3), recebeu orientações repassadas pelo próprio COFFECI de não homologação de novas tabelas de honorários.

126. Ainda assim, o Representado, passados quatro anos do Cade firmar o TCC com a COFECI que levou a exclusão de qualquer obrigatoriedade da tabela a partir de suas normativas e, ademais, após a própria decisão judicial impedindo o CRECI/GO de impor a adoção da tabela de preços, manteve em seu sítio eletrônico esta e o código de ética desatualizado que atrelava o seu descumprimento à aplicação de sanções, além dos modelos contratuais com valores prefixados, a despeito da alegação de que a presença do segundo se tratou de equívoco, o que, entretanto, não afasta a legislação antitruste, que é aplicada “independentemente de culpa” conforme destaca o art. 36, caput, da Lei nº 12.529/2011.

127. Cumpre destacar, ademais, que apesar da tese de defesa de alteração do nome da tabela para “tabela sugestiva de honorários”, o mesmo documento continha a seguinte disposição, demonstrando seu caráter impositivo: “A presente tabela **deve ser observada nos contratos celebrados, especialmente quanto aos limites mínimos nela estabelecidos, sendo vedado ao corretor contratar com índice abaixo dos aqui definidos, conforme o ditame do artigo 6º inciso V da Resolução nº 326/92 do COFECI**” (destaques autorais). Assim, também entendeu a PFE e o MPF, evidenciando o teor imperativo da passagem.

128. Neste sentido, os corretores de imóveis eram levados a crer – com base nos documentos presentes do sítio eletrônico do Representado – que deveriam seguir os valores mínimos definidos na tabela de preços e que o seu descumprimento levaria a sanções diante de sua proibitiva exposta no referido artigo 6º inciso V da Resolução supracitada do COFECI, que, entretanto, já havia sido alterado em virtude do TCC firmado entre o Cade e a entidade, conforme ressaltado na alteração de redação destacada abaixo:

Redação anterior	Redação atual
Art. 6º - É vedado ao Corretor de Imóveis: [...] V – receber <u>comissões em desacordo com a Tabela aprovada ou vantagens que não correspondam a serviço efetiva e licitamente prestado.</u>	Art. 6º - É vedado ao Corretor de Imóveis: [...] V – receber comissões ou vantagens que não correspondam a serviços efetiva e licitamente prestados.

129. Assim, conforme destacado pela PFE/Cade, “o simples receio de condenação de natureza ética impediu que os profissionais agissem de forma autônoma, ensejando prejuízo aos consumidores dos serviços prestados” (SEI 1390565). Para além, entendeu o MPF que “a relevante inércia do CRECI/GO em atualizar o Código de Ética em seu Sítio eletrônico, foi suficiente para ensejar (ainda que potencialmente) efeitos negativos no mercado de prestação de serviços de corretagem no Estado de Goiás, tendo em vista que tanto os Corretores de Imóveis quanto a Sociedade Civil em geral deduziram indevidamente que os valores ali previstos tinham caráter obrigatório” (SEI 1399428).

130. Ademais, a divulgação de um modelo de contrato de honorários pelo Representado com valores fixos reforçava a ideia de que o cumprimento da tabela era obrigatório, promovendo uma conduta comercial uniforme entre os profissionais ligados ao Representado.

131. Assim, o agravante da conduta em questão reside no fato de que, embora se pudesse questionar do ponto de vista jurídico-formal o caráter vinculativo da tabela, o sítio eletrônico do Representado apresenta uma realidade contrária, informando aos corretores de imóveis do estado de Goiás que o desrespeito à tabela acarretaria sanções, mantendo a referência de valores pré-fixados.

132. Aliado ao notório poder decorrente de sua natureza de conselho regulador regional de uma profissão, não há dúvidas sobre a capacidade da ação perpetrada de influenciar e promover a adoção de conduta comercial uniforme entre os corretores do estado de Goiás.

133. Logo, mesmo sendo bastante provável, inclusive pela inclusão do código de ética desatualizado no seu sítio eletrônico, a intenção do representado em continuar promovendo a uniformidade no mercado

mesmo após decisão do Cade a que teve ciência, essa análise sequer seria necessária no caso concreto, sendo claro que sua conduta significou influência à adoção de conduta comercial uniforme entre os corretores de imóveis vinculados a ele.

134. Vale repisar ainda o entendimento de que não há necessidade de que a tabela seja impositiva para caracterização da conduta. Tal compreensão vem sendo reforçada pelo Cade desde os primeiros julgados de tabelas de preço, a citar a decisão da Conselheira Neide Terezinha Mallard no Processo Administrativo nº 61/93, cuja representada era a Associação Médica Brasileira. No voto, sustenta-se que *“a conduta se materializa na medida em que se utilizando de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos”*. [32]

135. Conforme destacou a Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.004020/2004-64 que condenou o Conselho Regional de Medicina da Bahia (Cremeb), a jurisprudência do Cade evidencia que *“as entidades representativas têm sido punidas mesmo na ausência de evidências de coação sobre os associados para adotarem os valores definidos na tabela. Nesses casos, a existência de condições estruturais favoráveis à prática anticoncorrencial e o relevante poder de influência das associações têm sido considerados suficientes para a caracterização da infração à ordem econômica”* (SEI 0001396, pp. 98-207, §49, destaques autorais).

136. O mesmo raciocínio é encontrado em decisões do Cade referentes a análise de influência à adoção de conduta comercial uniforme por entidades de classe, condutas estas analisadas enquanto ilícitos por objeto, conforme sintetiza o **Quadro 5**, abaixo:

Quadro 5 – Entendimentos do Tribunal do Cade acerca da ilicitude de adoção de tabelas independente de caráter impositivo

Processo Administrativo	Conduta	Entendimento firmado
08012.006764/2010-61	Elaboração e divulgação de tabelas de preços e divisão do mercado entre concorrentes para criar dificuldades o estabelecimento e funcionamento de outros agentes no mercado de confecção e comercialização de placas automotivas na cidade de Salvador/Bahia.	“O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido incisivo em condenar entidades representativas de classe pela adoção de tabelas de preços, uma vez que tais entidades se utilizam de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, buscando interferir na principal variável econômica. Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos, pois a conduta se concretiza pela simples possibilidade de influenciar a adoção de conduta uniforme , uma vez que a existência da tabela já possibilita a coordenação de agentes de mercado, prejudicando invariavelmente a concorrência.” (SEI 0035121, §26).
08012.009566/2010-50	Articulação do mercado nacional de brinquedos para pleitear aos órgãos públicos que fossem adotadas cotas e importação com base no histórico de cada empresa.	“Em outras palavras, no caso de ilícito por objeto, não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los , como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante.” (SEI 0088664).
08012.009566/2010-50	Tabelamento de preços, e criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes, no mercado de transporte de cargas e contêineres no Porto de Santos.	“Vê-se, então, que a tabela de preços potencialmente benéfica de um ponto de vista social, qual seja, que busca mostrar a realidade do mercado, mas que ainda assim deve ser elaborada com precaução, não tem absolutamente qualquer proximidade com a que foi implementada pelos Representados, que buscaram influenciar o mercado. Além disso, a tabela ora em análise não foi apenas sugestiva, mas impositiva por parte dos sindicatos dos transportadores, o que reforça sua capacidade de gerar prejuízos à sociedade , ferindo os princípios que

Processo Administrativo	Conduta	Entendimento firmado
08700.000719/2008-21	Tabela de preços de serviços de segurança privada amplamente divulgada pelo Representado.	informam a ordem econômica e a lei concorrencial.” (SEI 0321732, §130) “Se já era suficiente a mera sugestão da tabela para caracterizar o ilícito, o SESVESP tem sua conduta agravada por ter sido constatado nos autos o caráter impositivo da tabela, na medida em que prefixa punições aos associados que desviassem dos preços considerados exequíveis por ele e por dificultar a filiação daqueles que também estivessem enquadrados neste desvio.” (SEI 0961042, p. 65, §57)

Fonte: elaboração própria

137. Dessa forma, conforme bem destacado pelo Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, relator do Processo Administrativo nº 08000.015515/97-0222 – *mutatis mutandis* para o setor de corretagem de imóveis –, “a divulgação de uma lista visando à uniformização dos honorários médicos de toda a região, ignorando as particularidades do serviço médico, que varia entre localidades, hospitais e profissionais leva a crer que tal fixação de preços não visa à proteção do consumidor em face de um eventual abuso de preços, mas, que sua função é buscar um valor ideal para a fixação de honorários médicos, sem, no entanto, preocupar-se com o valor de mercado”.

138. 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.

139. Novamente, ressalte-se que no presente caso, estamos falando de uma tabela veiculada pelo Conselho Profissional responsável legal pela fiscalização e regulamentação do exercício daquela atividade na região referida, inclusive com poder sancionatório. A capacidade de influenciar deriva, pois, da natureza jurídica que a própria lei lhe atribui. Ao extrapolar sua competência legal e, ainda que sob o nome de “sugestiva”, estabelecer uma referência de preço e contrato, mencionando a possibilidade de punição, não há como negar que a ação influenciou a adoção de conduta uniforme entre os corretores.

140. Deste modo, reputo configurado o ilícito de influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, prevista no art. 36, incisos I e IV c/c §3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, no mercado de serviços de corretores de imóveis no estado de Goiás, pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 5ª Região (CRECI/GO).

4.2.2. Dosimetria da multa pelo ilícito concorrencial

141. No tocante à prática de infração à ordem econômica quando se trata de pessoa jurídica em relação a qual não é possível a utilização do critério de faturamento bruto, o art. 37, II, da Lei nº 12.529/2011 estabelece que “a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)”.

142. Com a finalidade de balizar os valores da referência legal mencionada, foi solicitado ao Representado e à Receita Federal do Brasil (“RFB”) o montante recebido de contribuição de seus profissionais associados^[33] no último exercício anterior à instauração do Processo Administrativo, em analogia ao art. 37, I, da Lei nº 12.529/2011 e em consonância com o critério de “situação econômica do infrator” (art. 45, da Lei nº 12.529/2011). Entretanto, não houve manifestação do Representado e a RFB informou que **[ACESSO RESTRITO]**.

143. Dessa forma, foi novamente solicitado à Receita Federal do Brasil (RFB) dados econômicos do Representado do exercício social mais próximo ao ano de 2021 – considerando quaisquer outros anos em que

houve eventual declaração de informações. Em que pese a informação da RFB que **[ACESSO RESTRITO]**, em manifestação nos autos (SEI 1422938), o Representado apresentou os dados requisitados referentes ao ano de 2021.

144. Assim, verifico que, em relação ao ano referência das informações apresentadas – 2021 –, a receita do CRECI/GO foi de **R\$ 2.970.015,54 (dois milhões, novecentos e setenta mil, quinze reais e cinquenta e quatro centavos)**, que, atualizada pela SELIC conforme o Guia de Dosimetria de Multas de Cartel do Cade, consolida-se em **R\$ 4.042.298,08 (quatro milhões, quarenta e dois mil, duzentos e noventa e oito reais e oito centavos)**.

145. Na sequência, conforme orienta o referido Guia, em casos de tabelamento de preços a alíquota de referência para o cálculo de multa varia de 5% a 8%. Aplicando-se essa alíquota à receita dos Representados mencionada anteriormente, obtêm-se, respectivamente, os valores de **R\$ 202.114,90 (duzentos e dois mil, cento e quatorze reais e noventa centavos)** e **R\$ 323.383,85 (trezentos e vinte e três mil, trezentos e oitenta e três reais e oitenta e cinco centavos)**. Estes valores são utilizados como base para definir as multas conforme o art. 37, inciso II, da Lei nº 12.529/2011.

146. Finalmente, para determinação o valor da multa no intervalo referenciado acima, valho-me dos critérios estipulados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011 para fins de majorantes e minorantes. A seguir, elenco tais elementos e os observo à luz do caso concreto:

I - **Em relação à gravidade da infração**, entendo que a infração é de razoável gravidade pois a conduta do Representado, na qualidade dos representantes dos corretores de imóveis do estado de Goiás, tem alta capacidade de prejudicar a livre concorrência, por meio da adoção das práticas aqui comprovadas que, inclusive, utilizou-se de subterfúgios (utilização de resolução revogada acerca de sanções pelo descumprimento da tabela, e mera alteração do nome para “sugestiva”) para a continuidade de prática já considerada ilegal pelo Cade. ^[34] Logo, considero esse elemento como agravante na fixação da pena;

II - **Em relação à boa-fé do infrator**, não é possível atribuir boa-fé ao Representado tendo em vista a precedência do Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71 e, inclusive, pela existência de decisão judicial que reforçava o entendimento quanto a ilegalidade da prática no estado de Goiás (processo judicial nº 0058389-75.2012.4.01.3400). ^[35] Assim, considero este elemento como agravante;

III - **Em relação à vantagem auferida ou pretendida pelo infrator**, houve fixação artificial de valores mínimos de honorários cobrados por corretores de imóveis no estado de Goiás. ^[36] Sendo assim, ainda que se trate de conselho profissional, portanto entidade sem fins lucrativos, o que poderia afastar a ideia de vantagem econômica a ser diretamente auferida ou pretendida pelo Representado, a conduta tem por finalidade uma fixação de preços mínimos baseados num modelo único de contratação, em uma conduta assemelhada a uma conduta colusiva, que visa a extrair o máximo de excedente do consumidor e tende a significar, na prática em preços mais altos e qualidade mais baixa em prejuízo do consumidor final. Considero esse elemento ser um fator agravante;

IV - **Em relação à consumação ou não da infração**, entendo que esta foi consumada quando a tabela de honorários permaneceu publicada no sítio eletrônico do Representado, com disposições impositivas e com referência à Resolução antiga – também publicada no sítio eletrônico – que, por sua vez, vinculava seu descumprimento à imposição de sanção, influenciando a adoção a conduta comercial uniforme. Os modelos de contratos apresentados no sítio eletrônico também já continham porcentagens pré-definidas, ambas condutas cujo conteúdo é ilegítimo e impositivo. ^[37] Portanto, considero este fator agravante;

V - **Em relação ao grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros**, considero o grau de perigo elevado na medida que, embora já houvesse decisão judicial e do Cade impedindo a utilização da tabela e do código de ética nos termos utilizados pelo Representado, a conduta busca induzir corretores e consumidores a erro, levando corretores de imóveis do estado de Goiás a crer que o

desrespeito à tabela acarretaria sanções e, assim, os coagindo a uniformização de sua cobrança de honorários a despeito de preocupação com o valor de mercado, afetando o consumidor final.^[38] Por conseguinte, também considero este quesito como agravante;

VI - **Em relação aos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado**, não foi possível calcular os efeitos econômicos negativos da infração, de modo que considero este elemento não aplicável ao presente caso;

VII - **Em relação à situação econômica do infrator**, não consta dos autos qualquer fator que caracterize alguma peculiaridade relacionada aos Representados que deva ser considerada para a dosimetria da pena. Logo, considero este elemento neutro para fins de dosimetria.

VIII - **Em relação à reincidência**, esta não foi observada por parte dos Representados. Por tal razão, considero este elemento não aplicável para fins de dosimetria.

147. Deste modo, tendo em vista os parâmetros de teto e piso utilizados no item 169 e ss. acima, além da análise dos elementos presentes no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, fixo o valor da multa em **R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais)**.

DISPOSITIVO

148. Por todo o exposto, voto pela condenação, com base no art. 36, incisos I e IV c/c §3º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, e pelo estabelecimento de multa no valor de **R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais)**, com base no art. 37, inciso II, da Lei nº 12.529/2011 em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 5ª Região (CRECI/GO).

149. Determino ainda, ao CRECI-GO que remova de seus endereços eletrônicos todas as referências remanescentes à tabela de preços, ao código de ética desatualizado aqui mencionado e aos contratos com valores pré-estabelecidos apurados no âmbito deste processo administrativo.

150. Ademais, determino que se abstenha de instituir regulamentos, sindicâncias e processos administrativos ou de recorrer a quaisquer outros meios para punir, retaliar ou ameaçar os corretores de imóveis do estado de Goiás que não adotem os preços tabelados pelas entidades especializadas.

151. Por fim, recomendo à SG/Cade que oficie, da forma que entender mais cabível, o COFECI, solicitando informações sobre as medidas de fiscalização e orientação adotadas junto aos Conselhos Regionais, com o objetivo de garantir o cumprimento da legislação vigente, especialmente no que se refere à proibição do tabelamento impositivo de honorários e, também, com vistas de assegurar a efetividade dos termos do TCC firmado com o Cade, que está em fase de monitoramento.

152. É o voto.

DIOGO THOMSON DE ANDRADE

Conselheiro-Relator

[assinado eletronicamente]

[1] Este voto contou com a contribuição de Paulo Henrique de Oliveira, Luiza Camilo de Souza, Gabriela Wilxenski Rodrigues e Ingrid Rachel Barbosa.

[2] FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

[3] Idem, p. 290-291.

[4] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

[5] HOVENKAMP, Herbert. The Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its practice. Third Edition. Thomson West: 2005, p. 255-256.

[6] Idem, p. 47-48.

[7] Ibidem, p. 257.

- [8] Segundo Frazão (2017), para Hovenkamp (2005) “em um contexto ideal, na primeira vez em que a conduta for submetida ao escrutínio da autoridade antitruste, deverá haver o exame integral e completo de seus efeitos anticompetitivos, antes de se concluir pela ilicitude da prática. A conclusão deverá se repetir inúmeras vezes, em face de múltiplos argumentos de defesa, até que seja possível concluir, com relativa segurança, que a possibilidade de aquela prática não ser lesiva à concorrência é tão remota que não se justificam os custos de investigação caso a caso” (p. 291), daí, em algum nível, mesmo na análise pela regra da razão já se indicaria um processo paulatino de aprendizado resultante em pressuposições gradualmente incorporadas nas análises antitruste.
- [9] FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, p. 292.
- [10] WHISH, Richard. Competition Law. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 116: “There are some types of agreement the anti-competitiveness of which can be determined simply from their object; the word “object” in this context means not the subjective intention of the parties when entering into the agreement, but the objective meaning and purpose of the agreement considered in the economic context which it is to be applied”.
- [11] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97-98.
- [12] FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, p. 293.
- [13] Em relação ao titular do ônus probatório no contexto de ilícito por objeto, Pereira Neto & Casagrande (2016, p. 95-96) notam que “(...) o CADE tem apontado a necessidade de que, mesmo para caracterizar uma infração por objeto, seria necessário demonstrar que os efeitos visados seriam *prima facie* passíveis de serem alcançados”. Tal lógica analítica representa, em alguma medida, a adaptação do paradigma europeu ao conceito de “efeitos, ainda que potenciais” apresentado na Lei de Defesa de Concorrência brasileira. Por conseguinte, ainda que haja algum espaço para a necessidade de demonstração de efeitos e, portanto, de balanceamento de ônus mesmo que sob o tipo de ilícito de objeto, a avaliação destes efeitos pode ser somente potencial, desonerando a autoridade do ônus de prova e, simultaneamente, dando maior espaço para determinadas estruturas de defesa por parte dos acusados.
- [14] POSNER, Richard A. The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision. University of Chicago Law Review, 1997.
- [15] CABRAL, Mario André Machado. Capítulo 8: Continental T. V., Inc., Et Al. V. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977). In.: RENZETTI, Bruno Polônio (Org.). Jurisprudência Concorrencial Americana e sua Influência no Brasil: estudos em homenagem a Mário Machado Cabral. Londrina, PR: Thoth, 2024.
- [16] SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, p. 97-135, 2002.
- [17] A jurisprudência do Cade, conforme exposto pelo Conselheiro Carlos Emanuel Joppert Ragazzo no voto do Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77 (Cartel de Peróxidos), classifica os cartéis em licitações como uma forma de cartel hardcore, caracterizados pela perenidade e institucionalização dos acordos ilícitos. Esses cartéis criam mecanismos permanentes de coordenação entre os concorrentes, como monitoramento e punição, impossibilitando qualquer ganho líquido ou elemento pró-competitivo. Por esta razão, optou-se pela adoção de uma regra de análise per se análoga à observada no âmbito de cartéis clássicos.
- [18] IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. Legal tests in EU competition law: Taxonomy and operation. Journal of European Competition Law & Practice, v. 10, n. 7, p. 424-438, 2019.
- [19] KALINTIRI, A. Analytical shortcuts in EU competition enforcement: proxies, premises, and presumptions. Journal of Competition Law and Economics, v. 16, n. 3, 2020, p. 297.
- [20] SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em caso de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizados. 2018.
- [21] HOVENKAMP, Herbert. The Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its practice. Third Edition. Thomson West: 2005.
- [22] Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 379-391, set./dez. 2018.
- [23] Vide caderno do Cade de “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas”, 2021, Tabela 02, p. 33.
- [24] Vide caderno do Cade de “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas”, 2021, p. 68.
- [25] SEI 0831247, pp. 266-271.
- [26] SEI 0083273, pp. 140-151.
- [27] Vide explicação do caderno do Cade de “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas”, 2021, p. 57-58.
- [28] JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições Regulatórias à Concorrência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. Nota de rodapé 266, pg. 146.
- [29] Este é o caso do Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14 (Conselho Federal de Contabilidade), em que, nos termos do voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, “a Câmara Técnica do CFC excedeu os limites do exercício regulamentar e se pôs diante de atuação abusiva em relação aos profissionais submetidos ao seu poder de polícia” (SEI 0073441), estabelecendo a ilegalidade na aplicação efetiva da tabela (a despeito e sua prescrição legal em outro formato) e posteriormente firmando TCC com a Representada, buscando ativamente evitar a reincidência de comportamentos anticompetitivos. Caso análogo pode ser observado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004974/2015-71 (COFECI), relatado pelo Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido (SEI 1303413).
- [30] Tais modelos buscam simplificar a regra de análise, mas o universo efetivo de condutas apresenta contextos e situações específicos e que necessitam de análise caso a caso para estabelecimento do efeito líquido. De modo sintético e exemplificativo, a existência de imunidades antitruste a partir de legislações específicas pode gerar situações complexas para a análise: uma forma de utilização de tabelamento autorizada por lei pode ser ineficiente, porém legal. Do mesmo modo, em um cenário de negociação coletiva, o tabelamento pode ser eficiente, porém ilegal dado que é acompanhado de coerção/boicote/ameaça. Analogamente, em um cenário extremo de presunção relativa de ilicitude, a tabela só pode ser considerada ilegal a partir de uma combinação entre poder de mercado, nexos causal e ausência de eficiências, o que a aproximaria de um conduta por efeitos. Nota-se, portanto, que diversos elementos devem ser avaliados e combinados para uma análise efetiva da conduta.
- [31] Conforme estabelecido no voto do Conselheiro-Relator Eduardo Pontual Ribeiro no Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01 (SEI 0004968, pp. 113-145, §35), faz-se mister para a avaliação de condutas o uso do conceito de mercado

relevante afetado pela conduta que, para sua identificação, “parte-se dos consumidores envolvidos na conduta e dos produtos e serviços cobertos, de forma análoga à delimitação em atos de concentração”.

[32] Vide caderno do Cade de “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas”, 2021, pg. 36.

[33] Os rendimentos de entidades sem faturamento também foram levados em consideração para aplicação de multa nos Processos Administrativos nº 08012.002874/2004-14, nº 08012.008477/2004-48, nº 08012.005374/2002-64, nº 08012.001591/2004-47, nº 08012.009381/2006-69, nº 08012.000643/2010-14 e nº 08012.000456/2012-94.

[34] Vide Processos Administrativos nº 08012.000456/2012-94 e nº 08012.008960/2010-71.

[35] Vide Processos Administrativos nº 08012.003048/2003-01 e nº 08012.005101/2004-81.

[36] Vide Processos Administrativos nº 08012.000456/2012-94 e nº 08700.006965/2013-53.

[37] Vide Processos Administrativos nº 08012.000456/2012-94, nº 08700.006965/2013-53 e nº 08700.000719/2008-21.

[38] Vide Processos Administrativos nº 08012.000456/2012-94 e nº 08700.006965/2013-53.



Documento assinado eletronicamente por **Diogo Thomson de Andrade, Conselheiro**, em 13/09/2024, às 12:55, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site sei.cade.gov.br/autentica, informando o código verificador **1443323** e o código CRC **6E808721**.