

TABELA DE HONORÁRIOS OU JUSTA REMUNERAÇÃO?

*João Bosco Leopoldino da Fonseca**

POSICIONAMENTO DO CADE

Vem sendo periodicamente submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a tormentosa questão das “*tabelas de honorários*”, que já foi objeto de decisões, mas que merece uma nova análise à luz de novas possibilidades de visualização do problema.

O problema do alinhamento de preços, por meio de tabelas ou outros instrumentos de comunicação e de informação, já foi objeto dos seguintes processos:

- I. *Sindicância 100/89* – Utilização de tabela de preços mínimos – Associação Nacional de Armazéns Gerais – ANAG.¹
- II. *Processo Administrativo 53/92* – Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES.²
- III. *Processo Administrativo 54/92* – Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde e Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de Pernambuco.
- IV. *Processo Administrativo 61/92* – FENASEG v. AMB, decidido em 14 de fevereiro de 1996.
- V. *Processo Administrativo 62/92* – Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo – AHESP.³

* Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Juiz Federal aposentado. Advogado militante.

¹ Franceschini, J. I. G., *Introdução ao direito da concorrência*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 433.

² *Revista do IBRAC*, v. 2, n. 2, p. 27.

³ CADE, Relatório de atividades do período compreendido entre 09/03/94 e 08/03/96, s.d., mimeo. p. 13.

- VI. *Processo Administrativo 145/93* – Sindicato Brasiliense de Hospitais.
- VII. *Processo Administrativo 011518/94-06* por provocação do CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde contra Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe; Sociedade Médica do Estado de Sergipe – SOMESE; Conselho Regional de Medicina do Estado de Sergipe – CREMESE; e Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe, julgado em 28 de julho de 1999.
- VIII. *Processo Administrativo 08000.011520/94-40* – CIEFAS contra Sociedade de Medicina de Alagoas, Conselho Regional de Medicina do Estado de Alagoas, Sociedade Alagoana de Radiologia, Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas – SINDHOSPITAL.
- IX. *Processo Administrativo 08000.020238/94-52* – Associações de Armazéns Gerais de Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Tocantins.
- X. *Processo Administrativo 08000.000125/95-02* – Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos.
- XI. *Processo Administrativo 08000.018302/96-99* – Associação Brasileira da Indústria de Armazenagem Frigorificada.
- XII. *Processo Administrativo 08012.007460/97-74* – COOPANEST-SE – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Sergipe.
- XIII. *Processo Administrativo 0801* – COOPANEST-BA – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia, julgado em 27 de setembro de 2000.

No PA 61/92, no qual a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização apresentou representação contra a Associação Médica Brasileira – AMB, acusando-a de impor uniformização de conduta entre concorrentes, por meio da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários médicos, a Conselheira Neide Malard emitiu o seguinte entendimento:

“Os argumentos da AMB não são de natureza concorrencial, e sim corporativistas. Insiste a Associação em sua prerrogativa de proteger a classe médica, afirmando que sua atuação não está sujeita à legislação de defesa da concorrência. Não tem, porém, autorização

legal para disciplinar a formação de preços no mercado de prestação de serviços médicos”.

No PA 62/92, em que a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo foi acusada de influenciar a adoção de conduta uniforme entre seus associados ao editar tabela de preços, o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho assim se expressou sobre a questão:

“Ao admitir, entretanto, que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, por certo não estarei acolhendo o entendimento de que a adoção de tabelas se constitua em uma ilegalidade per se, mesmo porque, como assinala a ilustre Conselheira-Relatora,⁴ o nosso ordenamento jurídico, após a edição da Lei 8.884/94, consagrou o sistema do abuso, em que se requer que a determinação da ilicitude de determinada conduta se faça no contexto do mercado, na análise das circunstâncias que cercam cada caso (...)”

Adiante, acrescenta o mesmo Conselheiro:

“De fato, é mesmo de se inferir que tais tabelas não terão trazido qualquer benefício aos usuários dos serviços, inibidos que são de exercer livremente sua escolha, em um mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos; também, preços tabelados tampouco beneficiam as entidades contratantes dos serviços, que não conseguem negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento.”

No PA 08000.011520/94-40 o Conselheiro Ruy Santacruz deixou elucidada a divergência entre a consideração de classe de preço justo para o preço justo de mercado:

“(...) o preço justo é, por definição, aquele que surge como resultante das forças de mercado, isto é, das condições da oferta e da demanda. Não existe preço justo se fixado por uma das partes. Tabelas de preços elaboradas por concorrentes, ou por entidades que congre-

⁴ A Conselheira-Relatora Neide Terezinha Malard havia proposto o arquivamento do processo, vez que a representada teria reconhecido “que sua conduta pode infringir a ordem econômica e declara sua total submissão à lei, determinando às suas regionais a imediata cessação da prática, em clara demonstração de que o objeto de sua conduta não era causar prejuízo à concorrência”.

gam concorrentes, visam, de uma maneira geral, a obtenção de preços que não seriam alcançados na sua ausência.

“Sendo assim, é preciso admitir que o artigo 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos demais concorrentes – mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo –, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado (...)”.

No voto que proferi no PA 011518/94-06, manifestei-me sobre o conteúdo do processo, do seu encaminhamento e da defesa elaborada pelas entidades, nos seguintes termos:

“Os autos comprovam a existência de conduta concertada de agentes, manifestada pela imposição de tabela aos prestadores de serviço médico, mediante ameaças de punição ao movimento classista de boicote à prestação de serviço aos beneficiários do Grupo CIEFAS.

A defesa das representadas, baseada na legitimidade de representatividade da classe médica e de defesa por remuneração condigna, não justificou a conduta ilícita de imposição de uniformidade de preços. Em nenhum momento as Representadas deixaram de admitir a fixação de preços e a imposição aos seus associados. Esse ato ilícito pode ser confirmado às fls. 18-19, nas quais consta comunicado ao CIEFAS, nos seguintes termos:

“Somente atenderemos aos beneficiários desse órgão de Assistência Médica, mediante a utilização plena da Tabela de Honorários Médicos da AMB, em vigência”.

Os elementos existentes no processo levaram-me a proferir o voto, cujo cerne está nos seguintes termos:

“Concluindo, não se questiona que as entidades representativas da classe médica detenham o direito de lutar pela valorização do trabalho de seus associados, que se interponham na relação médico-

Planos de Assistência, quando se acharem lesados de alguma forma por esses, ou mesmo nas negociações pacíficas para a formação de convênios, visto que, como assinala Lúcia Helena Salgado, ‘os custos de transação envolvidos na renegociação de contratos são sem dúvida elevados, e associações e sindicatos apresentam-se como intermediários naturais nesse processo’. Com certeza também não lhes é proibido elaborarem uma planilha de custos, dando origem a uma tabela ou lista de procedimentos, que seja. Não obstante, não há nenhuma justificativa legal e econômica para que ditem aos médicos associados o preço que devem atribuir a seus serviços.

“A liberdade de mercado é princípio vital protegido pela legislação antitruste tanto do consumidor, quanto do ofertante, em arbitrar seu próprio preço, disputando as preferências do consumidor. O equilíbrio entre essas duas forças se dá de forma natural e qualquer tentativa de imposição artificial de preços é causa de mal-estar econômico.

“Os sindicatos, associações e conselhos não têm a sua atividade caracterizada como intuito de cartelização, pois são entidades sem fim lucrativo legitimamente dotadas de representatividade para deliberar sobre as condições de trabalho de seus associados. Todavia, são agentes cartelizadores na medida que obrigam aos prestadores de serviço que são agentes de mercado, sujeitos pois às leis concorrenciais, a estabelecerem preços uniformes de seus serviços. Esse fato, prejudica os dois lados do mercado. Em relação aos médicos, colocam-se em igualdade de valor serviços que são desiguais, posicionando num mesmo patamar médicos mais preparados e melhores prestadores de serviço que outros, da mesma forma, igualando atendimentos de melhor qualidade com outros inferiores. Da parte do consumidor, é ele desfavorecido ao ser destituído de sua liberdade de escolha, pois não pode utilizar-se do critério de qualidade e de valor-utilidade para definir suas preferências em relação ao serviço oferecido.

“Assim sendo, considero ilícita a conduta das Representadas (...)”

No Processo Administrativo 08000.011517/94-35, em que foi relator o Conselheiro Mércio Felsky, em voto que delineou todo o contexto da matéria discutida, foi mais uma vez condenada a adoção de tabela para

orientação de preços de serviços médicos. Em decorrência daquela decisão, levantou-se uma onda de protestos.

No Processo Administrativo 08000.012252/94-38, em que figuraram como representados o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro – CRM-RJ, Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro e Sociedade Médica do Rio de Janeiro, decidiu-se mais uma vez contrariamente à adoção da “tabela de honorários médicos”.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Uma análise do tratamento conferido por tribunais dos Estados Unidos e da União Européia revela que a questão da proibição de adoção de tabelas deixa evidente a rejeição comum da adoção de tabelas num relacionamento de mercado, porque teria como efeito eliminar a concorrência.

Um primeiro caso, referente à tabela de serviços advocatícios, foi objeto de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*. Ante a tabela de honorários advocatícios elaborada pela Associação de Advogados no Estado da Virgínia, o Juiz BURGER observa que as tabelas de honorários, mesmo que indicativas ou aconselhadoras (*advisory*), constituem combinação de preço (*price fixing*), condenáveis por isso mesmo.⁵ Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais.⁶

⁵ “Moreover, in terms of restraining competition and harming consumers like petitioners the price-fixing activities found here are unusually damaging. A title examination is indispensable in the process of financing a real estate purchase, and since only an attorney licensed to practice in Virginia may legally examine a title, consumers could not turn to alternative sources for the necessary service. All attorneys, of course, were practicing under the constraint of the fee schedule. (...) These factors coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record respondents’ activities constitute a classic illustration of price fixing” (421 U.S. 773).

⁶ “In arguing that learned professions are not ‘trade or commerce’ the County Bar seeks a total exclusion from antitrust regulation. Whether state regulation is active or dormant, real or theoretical, lawyers would be able to adopt anticompetitive practices with impunity. We cannot find support for the proposition that Congress intended any such sweeping exclusion. The nature of an occupation, standing alone, does not provide sanctuary from the Sherman Act” (421 U.S. 773).

Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso *National Society of Professional Engineers v. United States*, decidido em 1978,⁷ em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o Juiz STEVENS salienta que a concorrência é a melhor forma para a boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato, a qualidade, o serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato.⁸

Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, decidido pela Suprema Corte em 1979,⁹ e também no caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society*.¹⁰

A jurisprudência européia também vem trilhando o mesmo entendimento. O Conselho da Concorrência francês, ao apreciar a elaboração de tabela de honorários advocatícios (“*mercuriale*”) pela seção de advogados da região de Rennes, mesmo admitindo que não tivesse força constringente, ainda que fosse meramente informativa para os advogados e para a clientela, entendeu que aquela tabela se constituía numa ação concertada para fixação uniforme de honorários e condenou a seção de Rennes a não mais publicar a tabela e ao pagamento de multa correspondente a 40.000F.¹¹

⁷ 435 U.S. 679.

⁸ “The Sherman Act reflects a legislative judgment that ultimately competition will produce not only lower prices, but also better goods and services. (...) The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain – quality, service, safety, and durability – and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers. (...) In sum, the Rule of Reason does not support a defense based on the assumption that competition itself is unreasonable.”

⁹ 441 U.S. 1, Justice White delivered the opinion of the Court.

¹⁰ 457 U.S. 332. Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

¹¹ Décision n. 96-D-79, de 3 de dezembro de 1996. Dentre os “*consideranda*”, destaque-se o seguinte: “Mais considérant que, par la diffusion du document en cause, le barreau des avocats de Rennes a pu conduire ses membres à fixer leurs honoraires, non selon les propres conditions d’exploitation de leurs cabinets, mais à partir des indications reproduites dans la ‘mercuriale’; que, d’ailleurs, par déclaration du 12 avril 1994, le bâtonnier a indiqué que la ‘mercuriale’ constituait ‘pour la clientèle (...) une première approche des honoraires proposés et pour les confrères une incitation à respecter une certaine mesure (...) Étant rappelé que les avocats peuvent être

Decisão análoga foi proferida em caso de uma difusão da “recomendação tarifária”, substituída pelo “documento de análise dos orçamentos” e de um coeficiente de margem aconselhada, promovida pelo sindicato dos produtores de filmes publicitários. O documento estabelecia, a título indicativo, a fixação de valor de cada rubrica orçamentária, incluindo os salários, o valor de pagamentos por prestações, encargos sociais, acrescentando-se uma margem aconselhada à razão de 33,33%. O Conselho da Concorrência francês, mais uma vez, entendeu que estaria havendo uma incitação manifesta para alinhamento de preços das prestações, entravando o livre jogo da concorrência.¹²

Também o Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras foi condenado a cessar a prática do alinhamento de preços de serviços, com a condenação das tabelas (“*barèmes d’honoraires*”), com multas que chegaram a 5.000.000F.¹³

salariés depuis le 1er janvier 1992, la mercuriale était susceptible de s’appliquer aux honoraires perçus par les avocats stagiaires ou collaborateurs pour leur clientèle propre’; *qu’ainsi, la ‘mercuriale’ a pu avoir un effet anticoncurrentiel*”.

¹² Décision n. 92-D-32, de maio de 1992. Afirma o Conselho: “Considérant que l’élaboration et la diffusion par le S.P.F.P. d’un pourcentage uniforme de marge plus frais généraux destiné à être appliqué sur la base d’un document également établi par lui et faisant ressortir, d’une part, des taux de salaires déterminés par application de majorations aux salaires mentionnés dans des conventions collectives, d’autre part, les prix que pratiqueraient les principaux prestataires constituent, pour les producteurs de films publicitaires, une incitation manifeste à aligner les prix de leurs prestations; que le dit syndicat ne peut utilement prétendre que ces initiatives avaient pour seul objet une meilleure information de ses membres, alors qu’elles excèdent manifestement les limites de l’objet social d’un syndicat et qu’elles avaient pour objet et en tout cas pourraient avoir pour effet d’entraver le libre jeu de la concurrence; que la circonstance que le système de détermination des prix ainsi recommandé n’a pas été appliqué par la totalité des producteurs ou qu’il a fait l’objet d’une application discontinue ne suffit pas à retirer à cette pratique son caractère anticoncurrentiel”.

¹³ Décision n. 91-D-55, de 3 de dezembro de 1991, do Conselho da Concorrência, de que se extrai o seguinte texto: “Mais considérant, sur le premier point, qu’il suffit que l’information diffusée ait pu entraîner des effets anticoncurrentiels pour qu’elle entre dans le champ de l’article 7 de l’ordonnance du 1er décembre 1986; que la recommandation d’utiliser l’indice I.G.E., fût-ce uniquement pour actualiser ou réviser les contrats en cours, revêtait en elle-même un caractère anticoncurrentiel; que cette recommandation n’était pas nécessaire à la mise en oeuvre de la décision du Conseil Supérieur de ne plus fixer la valeur de l’unité de compte; (...) qu’en fixant ainsi, de manière normative et détaillée, le contenu des prestations facturées

Observe-se que em todos esses casos existe um órgão de classe que determina a profissionais liberais a adoção de uma tabela para prestarem serviços diretamente aos clientes. Diante disso, os clientes não terão escolha de “preço”, pois que todos os profissionais liberais cobrarão dos clientes o mesmo “preço”. Saliente-se que os clientes/consumidores é que vão pagar o “preço” = “honorários”.

FIXAÇÃO DE CONCEITOS

Há que se indagar se o posicionamento acima assumido reflete uma colocação abrangente e definitiva do problema ou se ela admite uma nova abordagem em que se destaque uma diferença de foco. Ou seja, pergunta-se se o conceito de “tabela” inclui todas as formas de pagamento de um bem que se ofereça a qualquer tipo de demanda. Pergunta-se, destarte, se “tabela” inclui a fixação de preços, de honorários, de salários, de remuneração.

Quando se inicia uma discussão que envolve o sentido das palavras empregadas, é conveniente, para poder assumir uma posição, deixar patente qual o sentido de cada palavra. E o sentido das palavras não é algo que se defina isoladamente. Uma palavra não significa por si só. Ela significa dentro de um contexto, e esse contexto, em se tratando de Direito, depende intrinsecamente da situação fática e do sistema do ordenamento jurídico. É bom lembrar a lição de FERDINAND DE SAUSSURE, que ensina que o signo é arbitrário. Cada signo tem o significado que lhe é dado pelo contexto. Quando digo, por exemplo, “sua manga está suja”, posso estar dizendo que “a fruta (manga) que está na sua mão está suja”, ou posso estar dizendo que “a manga de sua camisa está suja”. O sentido da palavra “manga” vai depender do contexto: no primeiro caso, estou diante de uma pessoa com uma “manga” (fruta) na mão; no segundo caso, estou analisando a roupa de uma pessoa que está diante de mim, e vejo que a “manga” de sua camisa está suja.

É óbvio que será necessário, primeiramente, definir cada situação jurídica, cada grupo de relações jurídicas em que se coloca cada um desses conceitos. É certo que o padeiro que oferta pães em sua padaria não recebe nem honorários pelo pão que vende, nem salário, nem remuneração *stricto*

par les géomètres experts, sans relation avec les éléments de coûts réels constatés dans chaque cabinet, lesquels peuvent varier en fonction de leur productivité, la nomenclature confère aux prix un caractère artificiel”.

sensu. Da mesma forma, o profissional liberal que estabelece o valor do seu serviço também não recebe preço, nem salário, nem remuneração. Cada um desses termos expressa um conceito que decorre naturalmente da relação jurídica em que se insere.

Não resta dúvida de que o termo “preço” reflete a contrapartida que se dá em resposta ao recebimento de um bem, quer seja ele material, quer seja imaterial. Mas, num sentido estrito, preço significa a contrapartida pela oferta de um bem material. Desta forma, o preço é a contrapartida de uma oferta de pães, de um livro, de um saco de cimento etc. Mas “preço”, em sentido estrito, não é a contrapartida pela realização de uma palestra.

Donde se deduz que o tipo de relação jurídica é que vai determinar o conceito dessa contrapartida por um bem que se ofereça a um demandante.

Quando se trata de uma relação jurídica de prestação de serviço liberal, em que cabe falar de “honorários”, não tem cabimento falar em “tabela de honorários”, porque isso significaria ou a imposição ou o acordo para fixação do valor a ser pago. O profissional liberal fixa o “preço” que entende dever ser pago pelo seu trabalho, levando em conta a sua competência profissional, a dificuldade da questão com que se defronte, os riscos eventualmente decorrentes de sua atuação, a capacidade financeira de quem requisita seus serviços, o local em que seus serviços devam ser prestados, o tempo que vai despender para executar o serviço, o proveito que poderá ser obtido por aquele que é alvo dos serviços etc.

Não tem qualquer sentido, tratando-se dessa situação, fixar qualquer “tabela”. É por isso que, nos casos acima, referentes a “honorários advocatícios” ou “honorários de engenheiros ou de geômetras”, os tribunais se posicionaram contra o “efeito tabela”. E foi esse também o enfoque utilizado pelo CADE quando decidiu as questões anteriormente mencionadas.

Trata-se, nessas situações, de um órgão de classe que “tabela” o valor dos trabalhos a serem prestados, por profissionais que se encontram numa relação de horizontalidade, quando, aí sim, se poderia falar de um efeito de cartelização e, conseqüentemente, da eliminação do direito de escolha do consumidor.

O mesmo enfrentamento conceitual se apresenta quando se trata de uma relação de verticalidade, entre o fabricante de um produto e os distribuidores. Nesses casos se põe a discussão da fixação de preço mínimo, ou de fixação de preço máximo, ou de preços de venda aconselhados. Será interessante, a esse respeito, uma leitura do Regulamento 2.790, de 12 de

dezembro de 1999, e da Comunicação 2.000/C 291/01, de 13 de outubro de 2000, da Comunidade Européia, que regem com amplitude esses aspectos.

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

Este campo de relações jurídicas – de caráter trabalhista – é paralelo àquele que no Direito da Concorrência se esclarece com recurso ao conceito de mercado relevante.¹⁴

NOVO CASO – NECESSIDADE DE REFLEXÃO

Em julho de 2004 ajuizou-se uma representação contra as Entidades representativas dos médicos de Minas Gerais, tendo como motivação, apresentada de forma errônea e enganosa, a questão das “tabelas de honorários” (Processo 08012.005101/2004-81).

É necessário, para o reexame que ora se propõe, apreender o contexto da questão, e para isso será útil extrair do relatório elaborado pela Secretaria de Direito Econômico os itens que revelam o cerne da questão, e nos quais se afirma:

- Que a conduta denunciada pelo representante “é a prática concertada para imposição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (‘CBHPM’) a seus associados”.
- Que para isso o Conselho Regional de Medicina editou a Resolução 253/2004.
- Que o mercado relevante identificado pela SDE é o da “prestação de serviços médico-hospitalares”.

¹⁴ Cf. Comunicação 97/C 372/03, da Comissão, de 9 de dezembro de 1997. Este mesmo conceito é trabalhado no Regulamento 2.790/99 e na Comunicação 2.000/C 291/01, de 13 de outubro de 2000 – Linhas Diretrizes sobre as Restrições Verticais.

- Que os representados, CRM/MG, AMMG, SINDMED/MG e FEMCOM, são entidades representativas da categoria médica no Estado de Minas Gerais e, “por serem os Representados entidades de destaque que representam a categoria médica no Estado de Minas Gerais, deflagra-se que têm inequívoca capacidade de influenciar seus filiados/associados na medida em que, presumidamente, detêm, conjuntamente, considerável poder de mercado”.
- Que os termos da Resolução 253/2004 não deixam dúvidas quanto ao poder de influência que detêm no tocante à adoção da tabela CBHPM, que afirma ser violação a postulados éticos da medicina a cobrança de honorários em desconformidade com a CBHPM.

Para servir de sustentáculo para a decisão, o Relatório menciona a decisão do CADE no voto proferido no PA 08000.000125/95, de 6 de maio de 1998, verbis: “O sindicato de categoria econômica ou associação de empresas pode ser um instrumento capaz de influenciar conduta comercial uniforme. Para caracterizar essa prática anticoncorrencial é preciso que haja restrição concreta da liberdade individual do agente de decidir por si só” (Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos).

Ao analisar a “conduta” que teria sido a motivadora da representação, a Secretaria de Direito Econômico afirma:

- Que transparecem nos autos indícios de que os Representados, conjuntamente, estão atuando ativa e organizadamente para direcionar os médicos do Estado de Minas Gerais a uma conduta concertada;
- Que os representados estariam conduzindo os médicos ao movimento de suspensão do atendimento médico;
- Que esta suspensão seria uma forma de impor “tabela uniforme de preços”;
- Que estariam assim os representados interferindo no mecanismo natural de formação dos preços dos honorários médicos.
- Que estariam eles tentando implantar a “tabela” denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (“CBHPM”).
- Que estas medidas teriam como “efeito” a uniformização dos preços dos honorários cobrados pelos procedimentos médico-hospitalares no Estado de Minas Gerais;

- Que tais medidas teriam como efeito, ainda, a “criação de um verdadeiro bloco econômico em atuação no Estado de Minas Gerais”.
- Que a “suposta influência para a adoção de tabela uniforme de honorários médicos por parte dos Representados poderá dificultar o funcionamento e o desenvolvimento não só das operadoras atingidas pelo movimento, mas também, em médio a longo prazo, de grande parte ou de todas as operadoras em atuação no mercado”.

Invoca-se ainda o pensamento da Conselheira Neide Teresinha Mallard, no processo PA 53/92, *verbis*: “Não há dúvida de que a elaboração de tabela de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja, prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. (...) O fato inegável é que a adoção de tabela de preços por concorrentes faz com que estes escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência” (Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES).

RELACIONAMENTOS JURÍDICOS DISTINTOS

O simples ingresso de uma “representação” junto aos órgãos competentes para adotar medidas de proteção à concorrência no mercado deixa claro que o representante, ou a autoridade que inicia o processo de ofício, entende que se trata de uma relação jurídica de direito da concorrência. É óbvio que a fundamentação adotada deverá centrar-se em argumentos concorrenciais e apoiar-se na legislação de concorrência.

O relatório da SDE partiu de pronto para a conclusão antecipada de que se trata de uma relação de concorrência no mercado.

Não se pode olvidar, entretanto, a existência de diferentes tipos de relações jurídicas dentro do mercado. Podem manifestar-se relações jurídicas entre empresas que produzem, vendem, distribuem, concorrentemente umas com as outras.

Verificam-se no mercado relações horizontais entre elementos que se situam no mesmo nível da cadeia de produção. Existem relações verticais, que se estabelecem entre elementos que se situam em diferentes níveis da cadeia, apresentando-se a relação entre produtor e distribuidor.

Existem também no mercado as relações entre fornecedores e consumidores, quer sejam estes consumidores finais, numa visão minimalista

(protegidos pela Lei 8.078/90), quer sejam consumidores numa visão maximalista, aí compreendidas empresas que fornecem matéria-prima e os consumidores desses insumos.

Situam-se no contexto de mercado as relações de proteção e de garantia do ambiente, protegidas por legislação específica e centradas em *conceitos* específicos para esse campo de relações jurídicas.

Existem também no mercado as relações de trabalho, quer sejam as relações entre empregadores e empregados, quer sejam as amplas relações de trabalho.

As relações horizontais e as verticais estão indubitavelmente disciplinadas pela Lei de Concorrência, a Lei 8.884/94.

Mas as relações de trabalho não se incluem entre as relações disciplinadas pela Lei de Concorrência. Seu contexto é absolutamente outro.

Atentos a essa diversidade de contextos jurídicos, em que o contexto dá sentido ao texto, é importante indagar se a representação consubstanciada no PA 08012.005101/2004-81, em que se ataca a CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, teria visualizado corretamente o problema, ou se teria cometido um erro de focalização.

Não é próprio nem adequado incluir dentro de um contexto de relações de trabalho conceitos que são próprios de outro contexto jurídico, o contexto de relações de concorrência.

Tratando-se de formas e valores adequados para remuneração do trabalho dos médicos, elemento fundamental decorrente de um contexto de relações de trabalho, pode-se afirmar que são incompatíveis com esse contexto os conceitos de “tabelas” ou “honorários”, e conseqüentemente não cabe falar de “tabelas de honorários”. Em todo contexto deve haver sempre uma coerência de linguagem.

Posso, pois, afirmar que num contexto de relações jurídicas de trabalho:

- Não existem “tabelas”;
- Não há que se falar em “honorários”;
- Não há imposição de qualquer “tabela”;
- Não existem “condutas concertadas”;
- Não há qualquer violação da Lei de Concorrência.

Pode-se, a toda evidência, afirmar, como será demonstrado pelas razões a seguir expostas, que:

- As associações e sindicatos são “categorias profissionais”;
- Essas categorias se relacionam dentro de um contexto de relações de trabalho;
- Essas categorias discutem os níveis de “remuneração” do trabalho dos médicos;
- A CBHPM é uma verdadeira “planilha de custos do trabalho médico”;
- O que tem havido é um clima de “negociação” entre atores da relação de trabalho;
- Dentro de um contexto de conflito a forma de pressão é a greve (ou algo semelhante).

CONTEXTO DE RELAÇÕES DE TRABALHO

Para um encaminhamento lógico do raciocínio, é importante salientar que no PA 08012.005101/2004-81, que agora tomo como elemento de provocação, o representante *reconhece* essa diferença de *contextos*, pois, ao expor suas razões, afirma peremptoriamente:

“Sem embargo, a discussão sobre reajustes na remuneração de todo e qualquer profissional e/ou serviço, aí incluídos, evidentemente, os profissionais da saúde, está suficientemente regulada, quer pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seus artigos 611 a 624, estabelece as regras para a negociação dos salários de médicos celetistas, quer por normas de Direito Civil e Econômico, que disciplinam os contratos em geral, a exemplo das Leis ns. 8.880/94, 8.884/94 e 9.069/95”.

Esta afirmativa é profundamente provocadora de uma análise mais detalhada do problema. Fica a indagação criativa: a questão que se apresenta para discussão e para decisão dos órgãos governamentais de proteção da concorrência seria realmente uma questão de concorrência ou será essencialmente uma questão de relação jurídica de trabalho?

Para o correto enquadramento da questão, devem-se expor os fundamentos constitucional e legal que regem a espécie.

Depois dessa exposição do ordenamento jurídico brasileiro relativo à matéria que se discute, será oportuno apresentar o pensamento consubstanciado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, em que se expõem todos os fundamentos jurídicos pertinentes à questão.

EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL

O art. 8.º da Constituição Federal, no inciso III, determina que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. É óbvio, portanto, que os sindicatos e as associações não podem furtar-se ao dever constitucional de discutir com os empregadores ou fornecedores de trabalho as relações de trabalho, especialmente as referentes à remuneração.

Vai mais adiante o texto constitucional, ao determinar, no mesmo art. 8.º, no inciso VI, que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Ora, as entidades representativas da categoria profissional dos médicos, no caso do processo que agora serve de provocação, são exatamente os ali mencionados – CRM/MG, AMMG, SINDMED/MG e FEMCOM. Se intervieram em defesa dos interesses de seus representados, nada mais fizeram do que cumprir o mandamento constitucional, ao participar da luta dos médicos por melhores salários, por uma remuneração mais digna.

A Constituição Federal, no art. 7.º, inciso V, estabelece que é direito dos trabalhadores “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”. Donde se vê que é um direito de todos os trabalhadores, independentemente de serem empregados, o estabelecimento de um piso salarial, que leve em conta a complexidade do trabalho.

O texto constitucional, no art. 7.º, inciso VI, ainda impõe o princípio da “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Donde se infere que o salário estabelecido como piso não pode ser alvo de redução, nem mesmo por renúncia do trabalhador.

E o texto constitucional, no art. 7.º, inciso XXVI, impõe o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” de todos os trabalhadores, quer urbanos, quer rurais.

O texto constitucional ainda impõe: “É assegurado o direito de GREVE, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Com isso quer o

Constituinte munir o trabalhador com a força necessária para pressionar o empregador ou o fornecedor de trabalho a participar das negociações.

Não se pode olvidar que o texto constitucional se refere genericamente a direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, que visem à melhoria de sua condição social.

EMBASAMENTO LEGAL

É importante salientar, mais uma vez, que o próprio sindicato representante reconhece, como transcrito acima, que se devem aplicar ao presente caso as disposições constantes dos arts. 611 a 624 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ora, a Consolidação das Leis do Trabalho não trata de “tabelas”, menos ainda de “tabelas de honorários”. Transparece, assim, que a disputa entre associações representativas de médicos e as associações que representam as empresas “financiadoras dos serviços médicos” se situa no campo da “remuneração” ou dos “salários”. Não há qualquer tipo de “tabela”, muito menos “tabela de honorários”.

Fica claro que os conceitos jurídicos de “remuneração”, de “salário” estão situados em campos de relações jurídicas diferentes daqueles de “honorários”.

Honorários são aqueles cobrados por profissionais liberais, que fixam, de acordo com sua competência, sua celebridade, seus honorários. É neste caso que se proibem as “tabelas”. Basta ver a jurisprudência internacional, quer norte-americana, quer européia, em que se condena a elaboração de “tabela” por um órgão de classe para direcionar os honorários mínimos a serem cobrados por profissionais liberais.

NORMAS DA CLT

No processo que analiso, o representante invoca expressamente a aplicabilidade das normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e especificamente os arts. 611 a 624.

Pois vamos a elas.

O art. 611 define a Convenção Coletiva de Trabalho como “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de

categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Aí estão os elementos fundamentais estabelecidos com caráter vinculativo:

- A convenção tem caráter normativo;
- Aplica-se à categoria econômica e profissional: no caso presente, aos médicos;
- Estabelece condições de trabalho: remuneração.

Prosseguindo na trilha admitida e invocada pelo representante, deve-se ver que o art. 613 determina que as convenções e os acordos deverão conter obrigatoriamente, dentre outros itens, “condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência”.

O art. 616 determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”.

E o art. 619 impõe que “nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

E o art. 622 dispõe que “os empregados que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada”.

Desse contexto legal, que o representante expressamente invoca, reconhecendo sua aplicabilidade ao caso agora analisado, decorre a legitimidade da fixação de condições de trabalho vinculativas. Do que se deduz com estrita lógica:

- Tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica;
- Tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica obrigatória e vinculante para todos;
- Tem apoio constitucional e legal a imposição da obrigação de obediência às condições estabelecidas;

- Tem apoio constitucional e legal a imposição de penalidades àqueles que celebrarem contratos individuais infringentes das normas coletivas.

NATUREZA JURÍDICA DA CBHPM

Traçado esse contexto jurídico de confronto disciplinado pela Constituição e pela lei entre duas categorias, a dos médicos, representada por suas associações, e a das empresas financiadoras de serviço médico, representadas também por suas associações, é óbvio que nenhuma delas se aparelha para o confronto sem ter em mãos instrumentos de luta e de convencimento.

Tratando-se de serviços médicos, a serem prestados por profissionais daquela categoria, e de financiamento dos serviços médicos, a ser efetuado por empresas que detenham poder de cobrir as despesas com pagamento daqueles profissionais e dos serviços, terão ambas as partes que colocar na mesa de debate e de discussão uma planilha de custos, que deverá ser avaliada.

Os médicos e suas associações deverão demonstrar por que querem receber uma remuneração mais elevada. Para isso têm que discriminar os custos que incidem sobre seu trabalho.

As empresas financiadoras de serviço médico, ao se opor à pretensão dos médicos e de suas associações, deverão também demonstrar de maneira calculada por que querem pagar menos do que o pretendido pelos médicos.

Trata-se de uma disputa entre pessoas de elevado nível de conhecimento, de elevado nível ético. Não se compadece com esse elevado nível de profissionalismo a colocação em mesa de pretensões levianas, sem qualquer suporte técnico, tecnológico, científico, ético.

Não se trata de dizer somente “nós queremos x por cento de aumento”, ou “nós somente concordamos com menos x de aumento”. É preciso demonstrar as razões, os fundamentos fáticos, científicos e éticos da pretensão ou da negativa de pretensão.

A “Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos” dá resposta adequada a essa exigência de fundamentação fática, científica e ética da pretensão. É a partir dessa “CBHPM” que terá sentido e seriedade uma discussão.

Dentro do contexto das relações jurídicas de trabalho, este é o caminho a ser percorrido. Chegando-se ao termo das negociações, o resultado adquire vinculatividade. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, nos dispositivos acima mencionados, fulmina de nulidade de pleno direito qualquer contratação particular que desobedeça ao resultado final da negociação coletiva.

Não se pode, pois, falar em “tabela”, menos ainda de “tabela de honorários”, menos ainda de “cartelização de preços médicos”.

PREÇOS?

Não há dúvida de que os bens adquiridos num supermercado têm um preço. Trata-se de mercadoria que adquirimos para a subsistência, para o bem-estar, ou mesmo para o deleite e diversão. Mas são mercadorias. E elas têm um preço.

Tratando-se de prestação de serviços médicos, não estamos diante de mercadorias. Aqui o trabalho do profissional médico tem, sim, um custo operacional, mas tem, sobretudo, um conteúdo ético.

A esse bem de suma complexidade não se paga com preço. Remunera-se. E aqui as duas vertentes já assinaladas: ao profissional liberal pagam-se honorários médicos, fixados livremente por ele, de acordo com a sua competência, com a dificuldade dos procedimentos a serem adotados, e também (por que não?) de acordo com o ambiente social em que vive; já o profissional médico que se vincula a um Plano de Saúde ou a uma Seguradora recebe dessas empresas uma remuneração, cujo valor é fixado numa negociação coletiva entre as respectivas associações.

CONFLITOS DE NORMAS?

Por um lado, vê-se, pois, que a Constituição e as normas da Consolidação das Leis do Trabalho estabelecem um contexto normativo específico para as relações de trabalho. Por outro lado, a mesma Constituição e as normas contidas na Lei 8.884/94 criam outro contexto normativo. Entendido o ordenamento jurídico como um sistema, em que as normas disciplinam campos fáticos diferentes, deve-se deduzir a compatibilidade desses diversos subcontextos e a sua compossibilidade.

Do que se deduz que as normas que regem o contexto das relações de trabalho não devem ser aplicadas ao contexto criado pela aplicação da Lei 8.884/94. E a situação inversa também é verdadeira: as normas que regem a concorrência empresarial não podem ser utilizadas para reger o campo normativo das relações de trabalho.

Aquelas normas trabalhistas, que protegem toda e qualquer relação de trabalho, não conflitam com as normas contidas na Lei 8.884/94. São dois campos de aplicação distintos.

A relação entre as operadoras de Planos de Saúde e de Seguros de Saúde e os médicos que prestam serviços médicos aos clientes é uma relação de trabalho. E a contraprestação pelo trabalho desenvolvido pelos médicos se chama remuneração.

Os Planos de Saúde e as Seguradoras estabelecem os valores das mensalidades, independentemente de os segurados se valerem, ou não, dos serviços dos médicos.

Os médicos não se colocam numa situação de concorrência, nem com os Planos de Saúde, nem com os consumidores de serviços médicos. Não existe relação concorrencial no presente caso.

Donde se depreende que houve grave equívoco tanto na representação quanto no r. despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico, que enquadrou como concorrencial uma situação jurídica completamente alheia ao contexto do Direito da Concorrência.

A JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA ATUAL

Esta questão de uma relação jurídica de trabalho e de sua diferença da relação jurídica de concorrência foi analisada por vez primeira pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, no caso Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie,¹⁵ decidido em 1999. Saliente-se que foi a primeira vez em que o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre o aparente conflito e a compatibilidade e compossibilidade entre relações de trabalho e relações de concorrência.

¹⁵ Caso C-67/96, de 21 de setembro de 1999.

Naquele caso será importante apreender a suma do pensamento do Tribunal, mas a lição mais contundente se recebe nas palavras do Advogado-geral.

A ementa do acórdão do Tribunal traz o seguinte pensamento:

“2 Resulta de uma interpretação útil e coerente dos artigos 3, alíneas g) e i), do Tratado [que passou, após alteração, a artigo 3, n. 1, alíneas g) e j), CE], 85, n. 1, do Tratado (atual artigo 81, n. 1, CE), 118 e 118-B do Tratado (os artigos 117 a 120 do Tratado foram substituídos pelos artigos 136 CE a 143 CE) que acordos concluídos no âmbito de negociações coletivas entre parceiros sociais com vista a atingir objetivos de política social, tais como o melhoramento das condições de emprego e de trabalho, devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objeto, como não abrangidos pelo artigo 85, n. 1, do Tratado.”

O conteúdo da decisão assim ementada é que as relações decorrentes de negociações coletivas escapam ao âmbito de aplicação das normas de concorrência contidas no art. 85, n. 1, do Tratado de Roma, cuja numeração foi alterada para art. 81, n. 1. Logicamente, a fixação de remuneração e de outras condições de trabalho estão ao largo da incidência do art. 81, n. 1, do Tratado.

O Advogado-geral JACOBS salienta que é a primeira vez, em 1999, que o Tribunal é chamado a analisar a questão da relação entre as regras da concorrência e os acordos realizados por negociação coletiva entre parceiros sociais.

Procura demonstrar que essa posição não é absolutamente original, pois que posicionamentos idênticos já eram praxe em outros ordenamentos jurídicos. Parte, então, JACOBS do estudo comparativo das legislações e dos posicionamentos jurisprudenciais.

- Na FRANÇA o Conselho da Concorrência, depois de ter examinado os efeitos restritivos das convenções coletivas concluídas entre parceiros sociais, ou depois de ter feito uma apreciação global dos fatores anticoncorrenciais que elas comportam e de suas vantagens no plano social, considerou que a maioria das cláusulas

submetidas a seu exame eram compatíveis com as regras francesas da concorrência.¹⁶

- Na FINLÂNDIA a lei de concorrência exclui de seu campo de aplicação os acordos relativos ao mercado de trabalho.
- Na DINAMARCA o art. 3.º da lei de concorrência prevê sua não-aplicação às condições de remuneração e de trabalho.
- Na ALEMANHA a lei de concorrência exclui certos domínios da economia e certos acordos de seu campo de aplicação material. A Corte Federal do Trabalho afirmou que “as convenções coletivas concluídas entre parceiros sociais escapavam em princípio ao campo de aplicação material das regras de concorrência. O Bundesarbeitsgericht fundamentou seu posicionamento em diversos pontos. O Bundesarbeitsgericht constatou, a título preliminar, que as negociações coletivas constituem uma das atividades protegidas em virtude dos direitos fundamentais conferidos pelo art. 9, parágrafo 3, da Grundgesetz (Lei Fundamental alemã). Afirma ainda que o mercado do trabalho beneficia-se, politicamente, de um estatuto especial.
- No REINO UNIDO é tradição que o direito da concorrência não seja invocado para tratar das questões de direito do trabalho.¹⁷
- Nos ESTADOS UNIDOS as atividades dos sindicatos escapam em princípio à interdição dos acordos enunciada no art. 1.º da

¹⁶ Decisão 92-A-01, de 21 de janeiro de 1992, Syndicat français des assureurs-conseils. Deliberou o Conselho que “a designação de um organismo de previdência, que é a expressão da escolha exercida pelos parceiros sociais, não é, enquanto tal, contrária ao direito da concorrência, por outro lado, a cláusula de designação de um organismo de previdência e a escolha do regime correspondente são elementos constitutivos da economia da convenção. O Conselho sustenta ademais que a extensão das cláusulas relativas à previdência é um elemento de igualização das condições de exploração das empresas que se encontram no campo de aplicação da convenção ao mesmo tempo em que é um fator de progresso econômico e social”.

¹⁷ O Advogado-geral invoca o ensinamento do Professor Richard Whish, na terceira edição de seu livro (1993), para quem, em conformidade com o Restrictive Trade Practices Act 1976, *os acordos relativos aos salários, às condições de trabalho, aos horários de trabalho, não deviam ser notificados*. Já na quinta edição (2003), o mesmo professor, invocando a decisão *Albany International (1999)*, afirma que o Tratado de Roma inclui não somente a adoção de uma política de concorrência, mas também uma política na esfera social.

Lei Sherman, como consequência de uma isenção das relações de trabalho da aplicação das regras de concorrência ('labor exemption'), resultante quer da lei ('statutory exemption'), quer da jurisprudência da Suprema Corte ('non statutory exemption').

- O CLAYTON ACT exclui do Direito da Concorrência os atos unilaterais realizados pelos sindicatos no quadro de conflitos do trabalho. O Clayton Act afirma que “o trabalho assalariado não pode ser tratado como um objeto de comércio”.
- O Congresso promulgou em 1932 o Norris-La-Guardia Act, destinado a estender o campo de aplicação da isenção.
- No caso *United States v. Hutcheson*, a Suprema Corte aponta três condições de aplicação da isenção:
 - 1) Que haja um conflito de trabalho;
 - 2) Que o sindicato aja no quadro de perseguição de suas próprias finalidades;
 - 3) Que o sindicato não aja em concerto com grupos não sindicais.
- No caso *Connell Construction v. Plumbers and Steamfitters Local Union*¹⁸ a Suprema Corte afirmou:

“A isenção extralegal tem origem numa política laboral forte, que promove a associação dos trabalhadores com vista a eliminar a concorrência no domínio dos salários e das condições de trabalho. O êxito obtido pelos sindicatos na organização dos trabalhadores e na uniformização dos salários acabará por afetar a concorrência de preços entre os empregadores, mas os fins que a legislação laboral se propõe jamais seriam atingidos se esses efeitos no jogo da concorrência entre as empresas fossem considerados como uma violação da legislação antimonopólio. Por essa razão, o Tribunal reconheceu que a política laboral requer uma atitude tolerante no que respeita à diminuição da concorrência empresarial baseada nas diferenças de salários e de condições de trabalho... Contudo, os imperativos da política laboral não conferem aos sindicatos liberdade para imporem diretamente restrições à concorrência entre as empresas que empregam os seus membros. Portanto, se a isenção legal autoriza os sindicatos

¹⁸ Decisão de 2 de junho de 1975, 421 US 616.

a implementar certas restrições ao agirem de forma unilateral..., já a isenção sem caráter legal não oferece semelhante proteção quando um sindicato e uma parte não ligada ao interesse dos trabalhadores concordam em restringir a concorrência num mercado de bens ou serviços”.

Para bem apreender a análise do confronto entre relações jurídicas trabalhistas e relações jurídicas concorrenciais, é importante recorrer a três outras decisões da Suprema Corte norte-americana.

Na primeira dessas decisões, *United Mine Workers of America v. Pennington*,¹⁹ a maioria dos juízes (6 contra 3) entendeu que “uma convenção coletiva relativa aos preços de venda do carvão constituiria, manifestamente, uma violação das regras de concorrência”. Pelo contrário, os salários encontravam-se no âmago das negociações coletivas entre os sindicatos e as entidades patronais. Por isso, o efeito no mercado de produtos decorrente da eliminação da concorrência baseada nos salários entre os empregadores reunidos para negociar convenções coletivas sobre essa matéria não constituía, em princípio, o tipo de restrições que o Congresso pretendia interditar ao adotar o Sherman Act: “[not] the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe”. Portanto, os sindicatos tinham o direito de celebrar acordos salariais com um grupo de entidades patronais negociando em conjunto e procurar obter, no seu próprio interesse e não por acordo com todos ou parte das entidades patronais desse agrupamento, os mesmos níveis de salários junto de outros empregadores.

Num segundo caso, *Meat Cutters v. Jewel Tea Co.*,²⁰ os juízes entenderam que negociações coletivas relativas a assuntos que podem legalmente constituir conteúdo de negociações em virtude do Direito do Trabalho escapavam ao Direito da Concorrência. Afirmaram ainda que a *contratação coletiva* referente a matérias que obrigatoriamente são objeto de negociação ao abrigo das leis do trabalho não estava, pela sua própria natureza, subordinada à legislação antimonopólio.

Num terceiro caso, *Brown v. Pro Football*,²¹ a maioria dos juízes (8 contra 1) considerou que a isenção por via não legislativa escudava os acordos celebrados após o fracasso das negociações entre várias entidades pa-

¹⁹ Decisão de 7 de junho de 1965, 381 US 657.

²⁰ Decisão de 7 de junho de 1965, 381 US 676.

²¹ Decisão 116 S. Ct. 2116 (1996).

tronais com o objetivo de fazer vigorar as condições constantes da última proposta em matéria de salários por eles formulada de boa-fé, no pressuposto de que tal conduta pertencia indubitavelmente ao domínio do direito do trabalho e da política laboral. Essa maioria sustentou, em primeiro lugar, que a negociação envolvendo uma multiplicidade de entidades patronais constituía um método bem assente, importante e generalizado de contratação coletiva, apresentando vantagens tanto para o patronato como para os trabalhadores.

Procurando fazer uma síntese da visualização do direito comparado, o Advogado-geral expõe o seguinte quadro:

- Podemos resumir as conclusões desta síntese comparativa como segue:
- Em todos os sistemas examinados as convenções coletivas entre parceiros sociais estão, em certa medida, excluídas da interdição de formação de cartéis anticoncorrenciais. No entanto, essa exclusão não é ilimitada.
- Os fundamentos legais dessa isenção e os mecanismos jurídicos do seu reconhecimento diferem largamente. Assim, deparamos com:
- o primado do direito fundamental de contratação coletiva (Alemanha);
- uma disposição expressa de isenção contida na legislação antimonopólio ou noutras leis (Dinamarca, Finlândia, isenção legal nos Estados Unidos);
- elaboração jurisprudencial (isenção por via jurisprudencial nos Estados Unidos);
- a exigência de determinado requisito para que se verifique a violação da proibição da formação de cartéis, que normalmente não está presente nos acordos em questão (Alemanha);
- a aplicação das condições gerais de violação da proibição de formação de cartéis de forma que conduzam ao resultado pretendido (França);
- a prática tradicional de não aplicar as regras de concorrência às relações laborais (Reino Unido).

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS

O ordenamento jurídico é uma organização normativa de todos os aspectos da vida social. Tais aspectos refletem tendências de diversos setores da coletividade, e a diversidade leva a conflitos que se resolvem sempre na unidade por força dos princípios estabelecidos na Constituição. Essa permanente tensão entre as diversas categorias que integram o sistema jurídico, longe de ser negativa, é altamente criadora e incentivadora da vitalidade do ordenamento.

Assim é que um contrato estritamente obediente aos cânones do Direito Comercial tem que ser submetido ao órgão de concorrência para que este, à luz dos princípios do Direito da Concorrência, se pronuncie sobre a aceitabilidade daquele contrato num contexto de mercado.

O Direito reflete normativamente a diversidade fática da atuação do homem na sociedade. A uma diversidade fática corresponde uma diversidade jurídica. Na vida real existem diferentes contextos em que o homem se integra, sem viver em perpétuo conflito. Desde o nascimento ele faz parte do contexto fático familiar (em que existem regras específicas), com o seu crescimento e desenvolvimento passa a fazer parte do contexto fático educacional (também com seu conjunto de regras específicas), mais adiante se defronta com um contexto em que lhe é necessário trabalhar (aí também surge um conjunto de normas peculiares) e pode então optar por trabalhar por conta própria constituindo uma empresa (surge novo contexto de normas). Mas verifica, logo, que há outros trabalhadores e outras empresas (com normas específicas de convivência, conflitos e soluções específicas). Na medida em que se concretiza esse desenvolvimento, a vida real e a normatividade se complicam e se interimplicam, sem se excluírem.

Em estudo em que analisa a articulação entre o Direito Civil, o Direito Comercial e o Direito da Concorrência, LOUIS VOGEL²² salienta que ao Direito Civil compete a proteção subjetiva dos operadores, enquanto ao Direito da Concorrência, a proteção objetiva do mercado. O Direito da Concorrência tem por vocação assegurar o bom funcionamento do mercado, estabelecendo regras para impedir o poder de monopólio.

Diferentemente desse objetivo econômico do Direito da Concorrência, o Direito Comercial e o Direito Civil têm em sua própria origem a vocação

²² VOGEL, Louis. L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence, *Revue de la Concurrence et de la Consommation* n. 115, mai-juin 2000, p. 6-11.

para reger as relações privadas, garantindo o respeito à liberdade contratual e reparando os danos provenientes do desrespeito a essa mesma liberdade.

Como já dissemos, no mercado encontramos relações de trabalho que são objeto de normas específicas, mas que devem ser vistas como integrantes do mesmo sistema normativo a que pertencem as normas que regulam a concorrência. Essa análise revelará a compatibilidade ou a incompatibilidade de cada conjunto normativo.

As convenções coletivas de trabalho são acordos e, como todo acordo, restringem. Resta saber se essa restrição é razoável, aceitável e mesmo criadora dentro do sistema. Não se pode deixar de lembrar, a este propósito, a lição de Louis Brandeis no julgamento do caso Board of Trade of City of Chicago, em 1918. Disse ele, e a Suprema Corte vem repetindo esse ensinamento reiteradamente em inúmeros julgamentos, que “a legalidade de um acordo não pode ser determinada por um teste tão simples quanto afirmar que ele restringe a concorrência. Todo acordo relativo ao comércio, toda regulação do comércio, restringe. Vincular, restringir, é de sua própria essência. O verdadeiro teste da legalidade é se a restrição imposta é de tal sorte que meramente regula e talvez por isso mesmo promova a concorrência ou se é de tal sorte que possa suprimir ou mesmo destruir a concorrência. Para aferir esta questão o tribunal deve ordinariamente considerar *os fatos* peculiares ao negócio a que a restrição é aposta, sua condição antes e depois que a restrição foi imposta, a natureza da restrição e seu efeito, concreto ou provável. A história da restrição, o perigo que se supõe existir, a razão para adotar o remédio em questão, o propósito ou a finalidade que se procura alcançar, são todos fatos relevantes”.²³

²³ “But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts” (Board of Trade of City of Chicago v. United States [1918] 246 U.S. 231).

Donde se vê que um acordo que aparentemente ou verdadeiramente restringe, como é da própria essência de qualquer acordo restringir, não cai, somente por isso, no campo de aplicação do Direito da Concorrência, por estar submetido a regras de outro campo de organização jurídica.

Como se evidenciou acima, um ordenamento jurídico alberga vários campos de organização fática e normativa. Assim, as normas que estabelecem regras para a convivência no âmbito do trabalho não conflitam com as que regulam a atividade concorrencial dos agentes do mercado. No mundo real os participantes de cada um desses âmbitos interagem, inter-relacionam-se, dão origem a conflitos. O que verdadeiramente compõe estes focos de tensão e de convergência é o ordenamento jurídico. Observa a este respeito o Advogado-geral JACOBS:

“Todos os sistemas jurídicos encerram, potencialmente, tensões entre estas duas categorias de disposições. É admitido que as convenções coletivas normais sobre matérias que constituem a essência das negociações coletivas, tais como os salários ou outras condições de trabalho, restringem a concorrência entre os trabalhadores: estes não se podem oferecer para trabalhar por um salário de nível inferior ao mínimo acordado. No entanto, o objetivo principal dos sindicatos e do processo de negociação coletiva é precisamente evitar uma «corrida ao mais baixo» dos empregados no tocante aos salários e às condições de trabalho. Essa é a razão pela qual as negociações coletivas são encorajadas por todas as ordens jurídicas nacionais, por instrumentos jurídicos internacionais e, especificamente, pelo próprio Tratado; além disso, a legislação comunitária no domínio do emprego contém disposições detalhadas sobre as medidas a pôr em prática, tanto por meio de negociações coletivas como por via legislativa. Se tais acordos estivessem sujeitos à proibição do artigo 85, n. 1, seria necessário solicitar à Comissão um certificado negativo ou uma isenção. Porém, e devido à sua própria natureza, tais acordos não se inserem facilmente no quadro das regras de concorrência.

“Os autores do Tratado ou não estavam conscientes do problema ou não conseguiram chegar a acordo sobre uma solução para o mesmo. Por esse motivo, o Tratado não fornece indicações claras nesta matéria. Nestas circunstâncias, há que seguir uma orientação de acordo com princípios de interpretação bem estabelecidos. Uma vez que ambas as categorias de disposições constituem normas do Tratado, situadas ao mesmo nível da hierarquia das fontes de direito,

nenhuma delas deveria ter primazia absoluta sobre a outra, e nenhuma delas deveria ser completamente esvaziada de conteúdo. Uma vez que as disposições do Tratado que promovem as negociações coletivas pressupõem que as convenções coletivas são, em princípio, legítimas, o artigo 85, n. 1, não pode ter sido concebido com vista à sua aplicação às negociações coletivas entre parceiros sociais sobre temas essenciais das mesmas, tais como os salários e outras condições de trabalho. Logo, as convenções coletivas entre parceiros sociais em matéria de salários e de condições de trabalho deveriam ficar automaticamente fora do âmbito de aplicação da legislação da concorrência.

OS PLANOS DE CARGOS E SALÁRIOS

Faz parte das disputas em negociações coletivas de trabalho a pretensão de implantar-se um Plano de Cargos e Salários.

Ao levar adiante esta pretensão, os sindicatos e associações representativas de empregados elaboram eles próprios o Plano de Cargos e Salários que entendem aceitável. Como o próprio nome está a dizer, o Plano hierarquiza os cargos e fixa os salários de acordo com essa hierarquia.

Ninguém, ao que se saiba, alguma vez insurgiu-se contra tais Planos de Cargos e Salários, ninguém impugnou a hierarquização dos cargos e dos salários. Sempre se entendeu que essa “tabela” de cargos e salários é uma necessidade no mundo das relações de trabalho.

Ora, este também foi o pensamento do Advogado-geral JACOBS, acolhido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia:

“Existem ainda considerações de ordem prática que reforçam esta conclusão de princípio.

“Admite-se geralmente que a negociação coletiva entre parceiros sociais permite evitar conflitos laborais onerosos, reduz os custos inerentes aos compromissos graças a um processo de negociação coletiva regido por determinadas regras e aumenta a previsibilidade e transparência. Um certo equilíbrio no poder de negociação de ambos os lados favorece a adoção de soluções equilibradas para cada um dos parceiros e para a sociedade em geral.

“Além disso, se bem que suscetíveis de restringir a concorrência entre trabalhadores assalariados, as convenções coletivas em matéria

de salários, duração ou outras condições de trabalho provavelmente não terão um efeito restritivo significativo na concorrência entre empregadores. Quanto à concorrência no lado da procura no mercado de trabalho, normalmente cada empregador continua a ser livre de oferecer condições mais vantajosas aos seus trabalhadores. Quanto à concorrência nos mercados de produtos ou serviços em que os empregadores operam, faço notar, em primeiro lugar, que as convenções em matéria de salários ou de condições de trabalho só harmonizam um de entre os vários fatores de produção. Logo, somente um aspecto da concorrência é afetado. Em segundo lugar, e como demonstra a prática da Comissão, a proximidade do mercado do fator em causa constitui um importante critério de avaliação do caráter sensível das restrições. No caso das convenções coletivas em matéria de salários e condições de trabalho, o preço final dos produtos ou serviços em causa será influenciado por muitos outros fatores antes de estes chegarem ao mercado. Em terceiro lugar, e este constitui, talvez, o elemento mais importante, os custos dos fatores de produção só aparentemente são harmonizados, uma vez que, em termos econômicos, e ao contrário do que acontece com as matérias-primas, o trabalho não é um bem homogêneo. O fato de os trabalhadores auferirem a mesma remuneração nominal não significa que os seus custos reais para os respectivos empregadores sejam idênticos. Os custos reais só se podem determinar tendo em conta a produtividade dos trabalhadores. A própria produtividade é determinada por muitos fatores como, por exemplo, a qualificação profissional, a motivação, o ambiente tecnológico e a organização do trabalho. Todos estes fatores podem ser influenciados pelos empregadores e, na realidade, são-no. É precisamente isso que constitui o objetivo de uma gestão eficiente dos recursos humanos. Logo, existe realmente uma forte concorrência no capítulo do trabalho enquanto fator de custo. Finalmente, poderemos considerar que dois fatos apóiam empiricamente a tese da inexistência de efeitos significativos na concorrência: por um lado, foi preciso esperar 40 anos para que fosse submetido ao Tribunal de Justiça o primeiro caso de compatibilidade entre uma convenção coletiva e o artigo 85 do Tratado e, por outro, na resenha da questão nos direitos nacionais que acima apresentei, não existe um único caso que se refira a convenções normais versando sobre salários e condições de trabalho.”

ACORDO ENTRE SINDICATOS

A Lei Sherman e o Tratado de Roma, ao instaurarem uma política antitruste ou uma política de defesa da concorrência, referem-se a “acordos” que sejam suscetíveis de afetar o comércio. O Tratado explicita melhor o alcance desses “acordos”, mostrando que se trata daqueles que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência.

A Lei 8.884/94, tanto no art. 20 quanto no art. 54, refere-se mais genericamente a “atos” que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

Os sindicatos e associações não se caracterizam como empresas, embora o legislador, no art. 15 da Lei 8.884/94, estenda a aplicação da lei a quaisquer associações de entidades ou pessoas. Não exercem eles nenhuma atividade econômica nem têm qualquer finalidade de lucro. Sua finalidade é a de proteger os interesses de seus associados. E uma das formas de concretizar essa proteção é entabular negociações coletivas, com vista à formalização de um “acordo”, principalmente para fixação de condições de trabalho, dentre elas a fixação de remuneração adequada e condizente.

Indaga-se, pois, se este “acordo” estaria incluído no conceito abrangido pelo art. 1.º da Lei Sherman, pelo art. 81, n. 1, do Tratado de Roma, ou ainda pelos arts. 20 e 54 da Lei 8.884/94.

Lembre-se mais uma vez a lição de BRANDEIS, de que todo contrato restringe, pois que é da natureza do contrato restringir. Deve-se aplicar a esse contrato, a esse “acordo”, um teste de conformidade com a Constituição e com a Lei. Existindo essa conformidade, ver-se-á que aquele “acordo” é uma forma de regular as relações num determinado grupo de relações jurídicas. E será, pois, uma forma prevista pelo ordenamento jurídico para promover a concorrência. E, para isso, o Tribunal tem que conferir os fatos, numa apreciação caso a caso.

Pode-se comparar essa posição de BRANDEIS com aquela assumida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, ao adotar o pensamento do Advogado-geral JACOBS, já citado:

“Se bem que suscetíveis de restringirem a concorrência entre trabalhadores assalariados, as convenções coletivas em matéria de salários, duração ou outras condições de trabalho provavelmente não terão um efeito restritivo significativo na concorrência entre empregadores. Quanto à concorrência no lado da procura no mercado de tra-

balho, normalmente cada empregador continua a ser livre de oferecer condições mais vantajosas aos seus trabalhadores. Quanto à concorrência nos mercados de produtos ou serviços em que os empregadores operam, faço notar, em primeiro lugar, que as convenções em matéria de salários ou de condições de trabalho só harmonizam um de entre os vários fatores de produção.”

ACORDO OU FORMA DE CONCERTAÇÃO

É indiscutível que o próprio conceito de negociação coletiva implica que cada uma das partes defenda os seus próprios interesses.

É certo que nem os trabalhadores nem seus órgãos representativos são empresas. Sendo assim, pergunta-se se uma convenção coletiva celebrada entre eles poderia ser equiparada a um acordo celebrado entre empresas concorrentes.

Além das motivações de ordem social, em que se procura o benefício maior de cada categoria profissional, existem motivações econômicas. O debate que se trava entre as associações representativas tem por finalidade evitar maiores conflitos, com custos mais elevados, quer para as categorias envolvidas, quer também, indiretamente, para a sociedade como um todo, conseguindo-se ao final maior previsibilidade e transparência relativamente aos custos de produção.

O acordo que tem como conteúdo e finalidade estabelecer a remuneração justa e adequada é a própria essência das negociações coletivas realizadas entre entidades representativas de categorias profissionais que se defrontam no mercado, e não afeta outras entidades. Daí por que as regras de concorrência não se aplicam a essas situações. É com esse direcionamento que o Advogado-geral JACOBS se dirige ao Tribunal de Justiça:

“Concluo que o artigo 85, n. 1, não é aplicável *ratione materiae* às convenções coletivas celebradas entre as duas partes de um setor de atividade pelas quais as entidades patronais acordam pagar determinada contribuição de pensão por cada trabalhador pertencente a esse setor, uma vez que tais acordos são acordos coletivos celebrados de boa-fé entre parceiros sociais sobre matéria que constitui a própria essência das negociações coletivas, tais como salários e condições de trabalho, que não afetam diretamente mercados terceiros nem outras entidades. Nem nos casos vertentes o artigo 85, n. 1, se aplica *ratione*

personae aos trabalhadores assalariados ou aos sindicatos porque, no contexto das negociações coletivas, nenhum deles está a agir como uma empresa, na aceção das regras de concorrência. Quanto aos dois acordos tácitos entre as entidades patronais, visando um deles o estabelecimento de um regime de pensões setorial único gerido em conjunto pelos parceiros sociais e o outro a apresentação, juntamente com os sindicatos, de um pedido ao ministro competente solicitando a declaração da obrigatoriedade de participação, o artigo 85, n. 1, embora aplicável em princípio, não é infringido, uma vez que nenhum dos acordos restringe a concorrência.”

POSIÇÃO DOMINANTE

Não tem qualquer sentido afirmar que os sindicatos ou associações representativas de médicos sejam detentores de posição dominante no mercado. Aliás, no confronto entre sindicatos ou associações de trabalhadores que lutam por melhores condições de trabalho, por melhor remuneração, e os sindicatos de entidades que representam empresas que se valem da mão-de-obra desses trabalhadores, o que se pode afirmar com toda segurança é que estes últimos é que detêm poder de mercado.

Os sindicatos que reúnem Planos de Saúde e Seguradoras que oferecem serviços de saúde são detentores de enorme poder de mercado, competindo entre eles para dominar os mercados. Basta ver decisões do CADE referentes a Planos de Saúde que dominam o mercado, opondo barreiras à entrada de outros planos em determinada localidade.

Às associações e sindicatos de trabalhadores assiste o direito, e até mesmo a obrigação decorrente de mandamento constitucional (art. 8.º, inciso VI, da Constituição Federal), de promover negociações coletivas de trabalho.

E quando tais associações, em nome de seus médicos associados, se propõem recusar-se a trabalhar para determinados planos, estão eles valendo-se de direito constitucionalmente assegurado (art. 9.º, da Constituição Federal). Sendo assim, o recusar-se a trabalhar para quem não quer participar de negociações coletivas, descumprindo o mandamento constitucional que diz ser “obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, é um direito constitucionalmente garantido.

CONCLUSÃO

As considerações desenvolvidas nos permitem chegar a algumas conclusões, que podem ser sucintamente expostas:

1. O ordenamento jurídico brasileiro, como um sistema complexo de todas as relações jurídicas, estabelece as normas que regem o bloco de relações de trabalho e o de relações de concorrência.
2. As normas pertencentes a esses dois blocos estão numa relação de compatibilidade e de compossibilidade.
3. As normas que regem as relações de trabalho convivem harmoniosamente com as que disciplinam as relações de concorrência.
4. A Constituição brasileira e a legislação infraconstitucional disciplinam as relações de trabalho, em que se inserem as normas que regem convenções coletivas destinadas a estabelecer de forma vinculante as condições de trabalho, dentre elas a remuneração.
5. No embate entre entidades representativas de trabalhadores e as que representam as empresas criam-se condições de trabalho que obrigam as partes negociadoras e seus associados.
6. A remuneração estabelecida por meio desses acordos se traduz em parâmetros remuneratórios iguais para todos os pertencentes a essas categorias.
7. A esses acordos e parâmetros salariais não se aplicam as regras próprias do contexto normativo da concorrência.
8. Daí por que se conclui que não tem qualquer sentido falar em “tabelas de honorários médicos” como tentativa de incluí-las no contexto do Direito da Concorrência, porque a ele efetivamente não pertencem, até mesmo porque não é adequado falar de “tabelas”, menos ainda de “tabelas de honorários”, e menos ainda de “tabelas de honorários médicos”, em se tratando de relações de trabalho.
9. Donde poder-se dizer que os órgãos de concorrência são absolutamente incompetentes, *ratione materiae* e *ratione personae*, para analisar a questão, obviamente, porque não se trata de questão de concorrência, nem entre concorrentes.

