

CONSULTAS NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO (1994-2023): UM ESTUDO EMPÍRICO

Arthur Sadami (USP, São Paulo)

Julia Braga (UnB, Brasília)

Mateus Bernardes (USP, São Paulo)

RESUMO: O presente estudo visa à investigação do regime jurídico do instituto da consulta no direito concorrencial brasileiro, bem como à assimilação de como a mobilização desse mecanismo se portou ao longo de quase três décadas de sua existência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ao abranger tanto o regime da Lei nº 8.884/1994 quanto o da Lei nº 12.529/2011, esta pesquisa apresenta um panorama de como esse mecanismo foi empregado em diferentes contextos legais durante esse período. Este estudo igualmente explora as potencialidades e os desafios desse tipo de instrumento na tutela concorrencial brasileira, especialmente enquanto meio de aprimorar a comunicação entre regulados e regulador no controle sobre condutas e estruturas anticompetitivas, de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes econômicos em relação à regulação da concorrência no Brasil e de uniformizar precedentes estabelecidos pelo CADE. Ao fim, esta pesquisa busca contribuir para uma compreensão mais ampla do papel das consultas nesse cenário, considerando sua natureza regulatória singular, em contraste com outras ferramentas tradicionais disponíveis à autoridade de defesa da concorrência brasileira.

Palavras-chave: Regulação; Direito concorrencial; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Consultas; Estudo empírico.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO, 2.O REGIME JURÍDICO DA CONSULTA ENTRE A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011, 3.CONSULTAS E A PRÁTICA DO CADE: LEVANTAMENTO EMPÍRICO DOS CASOS ANALISADOS SOB A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011, 3.1.Metodologia, 3.2.Resultados, CONCLUSÕES, REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 15

1. INTRODUÇÃO

A regulação é um fenômeno de manifestação intrinsecamente *complexa*.⁴⁴⁵ O próprio conceito de “regulação” adquire uma ampla variedade de usos e aplicações, especialmente diante da diversidade de fenômenos genericamente incluídos sob esse rótulo.⁴⁴⁶ Contudo, para além de sua polissemia, a própria formatação institucional do Estado regulador contemporâneo⁴⁴⁷ evidencia outra dimensão da complexidade da governança econômica. Se, em um plano, a regulação se desenvolve calcada em propósitos diversos (e algumas vezes conflitantes), influenciando as estratégias de intervenção escolhidas para sua concretização,⁴⁴⁸ em outro, abordagens mais realistas a respeito desse fenômeno indicam sua natureza inerentemente descentralizada e policêntrica – isto é, marcada pela sua heterogeneidade, fragmentação, interdependência com outros sistemas e ausência de centros únicos de governança.

445 A respeito da ideia de complexidade em sistemas de governança, assumindo a interdependência e correlação de fatores e causas, conferir: BYRNE, David; CALLAGHAN, Gillian. **Complexity Theory and the Social Sciences: The State of the Art**. 2ª ed. Londres: Routledge, 2022.

446 Nesse sentido, é o levantamento empírico realizado por Chrtistel Koop e Martin Lodge, evidenciando o escopo vasto do termo “regulação”, além de uma relativa escassez de tentativas de definição direta e explícita na literatura: KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 11, n. 1, p. 95-108, 2015.

447 A respeito do surgimento desse modelo de governança estatal e de sua diversidade em realidades institucionais distintas, conferir: LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept. **Law & Policy**, Hoboken, v. 35, n. 1-2, p. 29-50, 2013; e BRAITHWAITE, John. The Regulatory State? In: GOODIN, Robert E. (Org.) **The Oxford Handbook of Political Science**. Oxford: Oxford University, 2011.

448 Um exemplo disso é a divisão tradicional de estratégias regulatórias por motivos de: (i) correção de falhas de mercado; e (ii) à garantia de direitos humanos ou de solidariedade social. Conferir: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. Oxford: Oxford University, 2012, p. 15-24. Mesmo que uma interpretação mais abrangente dessas diferentes motivações assuma sua, em algum grau, sua confluência, em torno da ideia de interesse público, a coexistência de distintos objetivos a orientar a regulação se apresenta como um campo heterogêneo e, por vezes, conflituoso.

Essas diferentes dimensões de complexidade conduzem, invariavelmente, à diferenciação e expansão dos próprios mecanismos disponíveis a reguladores para a estruturação da governança econômica. Assim, cada vez menos a atividade regulatória se vê limitada por abordagens tradicionais de *command-and-control* em esquemas *top-down* entre Estado e agentes regulados, em benefício de estratégias regulatórias mais participativas, diversas e flexíveis.⁴⁴⁹

A regulação da concorrência, dentro desse contexto, é um exemplo dessa extensão para além dos seus campos de atuação mais tradicionais, como o controle de condutas anticompetitivas e de estruturas. O engajamento das autoridades de defesa da concorrência em atividades regulatórias menos usuais, visando a diversificação de seu rol de atividades, é uma realidade, na medida em aquilo que era historicamente considerado o propósito máximo da tutela concorrencial (bem-estar de consumidores) passa a ser questionado, englobando valores não-mercado, tais como desigualdade, proteção ambiental e política de emprego.⁴⁵⁰

Um exemplo clássico e até mesmo anterior a essa tendência de transformação da política concorrencial é a própria ideia de atividades de *advocacy* por autoridades de defesa da concorrência. Nesse contexto, uma autoridade concorrencial pode influenciar na formulação de políticas públicas que possam vir a comprometer o ambiente competitivo, contrariando o *lobby* de grupos de interesse ou mesmo abordagens estatais mais intrusivas por um governo de ocasião.⁴⁵¹ No

449 A compreensão desse tipo de ferramental regulatório foi especialmente desenvolvida por estudos acerca da ideia de *responsive regulation*, que são pautados não apenas no antagonismo de interesses entre regulador e regulado, mas também na possibilidade de sua cooperação. Conferir: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University, 1992.

450 Nesse sentido, conferir os comentários de Eleanor Fox a respeito dos impactos dessas transformações sobre possíveis reformas institucionais da política concorrencial estadunidense: FOX, Eleanor. The battle for reform of US antitrust law. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 11, n. 2, p. 179-184, 2023.

451 Conferir: BANCO MUNDIAL; ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **A Framework for the Design and Competition Law and Policy**. Nova York; Paris, 1998, p. 93-100.

Brasil, enquanto manifestação dessa tendência, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) assume a relevância de atividades de *advocacy* e, com frequência, emite documentos oficiais ou notas técnicas por meio de seus órgãos internos nesse sentido.⁴⁵²

Outro exemplo no caso brasileiro muito menos explorado de diversificação de seu ferramental regulatório são as realizações de consultas, previstas na legislação concorrencial nacional desde a Lei nº 8.884/1994, por agentes regulados. A consulta constitui um instrumento por meio do qual é facultado a esses atores requerer a emissão de opinião vinculante pelo CADE, diante de uma situação concreta, a respeito de interpretação legal atinente à sua competência, seja em sede de controle de condutas, seja em sede de controle de estruturas, nos termos do art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.529/2011.

Vale destacar, assim, que em teoria o instituto tem, ao menos, três funções centrais. Primeiro, a consulta possibilitaria um aprimoramento na comunicação entre regulados e regulador no controle sobre condutas e estruturas anticompetitivas, viabilizando um canal distinto para sua identificação e coibição. Segundo, o instrumento permitiria a diminuição da insegurança jurídica a agentes econômicos, relacionada à licitude de atos ou práticas que possam eventualmente ser considerados como anticompetitivos. Por fim, trata-se também de mecanismo de uniformização de precedentes a respeito de uma determinada matéria concorrencial.⁴⁵³

Apesar da aparente utilidade e singularidade desse mecanismo à tutela concorrencial brasileira, para o qual não há um equivalente exato em outras jurisdições,⁴⁵⁴ existe uma notável falta de estudos a seu

452 Conferir informações a respeito de tais documentos disponíveis em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/advocacy>>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

453 Conferir: SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 111-112; e FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 218-219.

454 Vale destacar que ainda que o Regulamento nº 1/2003 permita entre seus considerandos (38) a “orientação informal” a empresas em razão de “questões novas ou não resolvidas” atinentes à legislação concorrencial a nível europeu, tais orientações não consistem em posicionamentos vinculantes. De maneira similar,

respeito.⁴⁵⁵ Mais drástico ainda é a ausência de estudos que busquem compreender como de fato o CADE tem mobilizado esse mecanismo regulatório ao longo das décadas. A presente pesquisa, portanto, se destina à tentativa de suprir essa lacuna, propondo uma investigação desse instituto, compreendendo como ele foi efetivamente empregado durante em distintos marcos legais, bem como suas possibilidades e dificuldades dentro da tutela concorrencial brasileira.

Dessa forma, este estudo se dividirá em duas partes centrais, para além desta introdução e sua conclusão. Em sua primeira seção, busca-se compreender os principais aspectos do regime jurídico desse mecanismo dentro da legislação concorrencial nacional, sob o regime tanto da Lei nº 8.884/1994 quanto da Lei nº 12.529/2011. Em sequência, sua segunda seção apresenta um panorama do *enforcement* do CADE no endereçamento desse tipo de procedimento ao longo de quase três décadas.

2. O REGIME JURÍDICO DA CONSULTA ENTRE A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011

O primeiro registro institucional da consulta pode ser localizado à época dos debates do Projeto de Lei nº 3.712/1993, que daria origem à Lei nº 8.884/1994. Nessa ocasião, sustentou-se que, “na linha adotada pelas legislações antimonopolistas mais modernas, como a do Japão,

nos EUA há possibilidade de requerer *informal interpretations* não-vinculantes da Federal Trade Commission a respeito do Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001>>; <<https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-informal-interpretations/about-informal-interpretations>>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

455 A única exceção relevante consiste em dissertação de mestrado apresentada por Flavio Augusto Ferreira do Nascimento, que, no entanto, possui um escopo empírico mais limitado que o proposto por esta pesquisa. Conferir: NASCIMENTO, Flavio Augusto Ferreira. **A Importância do Procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a Efetividade das Normas de Defesa da Concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

deverá a lei antitruste brasileira regular [...] os mecanismos de consulta prévia sobre a legitimidade de atos e ajustes”.⁴⁵⁶

Com a promulgação da Lei nº 8.884/1994, ficou a cargo do plenário do CADE “responder a consultas sobre matéria de sua competência” (art. 7, inciso XVII) a respeito da “legalidade de atos ou ajustes que de qualquer forma possam caracterizar infração da ordem econômica” (art. 59). Pouco tempo depois, a própria redação do art. 59 foi revista pela Lei nº 9.069/1995, permitindo à autoridade de defesa da concorrência “responder a consultas sobre acordos que importem em concentração econômica”.

Em nível infralegal, também podem ser localizados desenvolvimentos relevantes do tema. Inicialmente, a Resolução CADE nº 10/1997, que estabeleceu o primeiro Regimento Interno do CADE, dispunha que os interessados poderiam apresentar consultas sobre “legitimidade de atos suscetíveis de acarretar restrições da concorrência ou concentração econômica” (art. 25). Tais submissões deveriam ser acompanhadas da “indicação precisa do seu objeto, bem como da tese do consulente devidamente fundamentada” (art. 26, inciso I), e da “comprovação do legítimo interesse no caso” (art. 26, inciso II).

O procedimento da consulta passaria ainda por revisões nas Resoluções CADE nº 18/1998 e nº 45/2007. A primeira dessas revisões estabeleceu um conjunto de regras específicas para disciplinar esse mecanismo, dentre as quais destacam-se: (i) a delimitação de seu escopo para práticas em tese ou em andamento (art. 3º) e atos e contratos em tese (art. 5º); e a declaração de que as decisões do CADE nesse tocante não possuíam caráter vinculante (art. 11). Por seu turno, a segunda dessas revisões resultou de uma reforma ampla

456 Conferir a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.712/1993 de relatoria do Deputado Fabio Feldmann. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=215260>>. Acesso em: 9 de set. de 2023. Destaca-se, contudo, que analisando-se o Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act nº 54/1947) japonês não foi possível localizar qualquer menção à referida disposição correspondente ao instituto da consulta.

do Regimento Interno do CADE, que voltava a englobar previsões específicas a respeito do procedimento de consulta, revogando a Resolução CADE nº 18/1998, ainda que não implicasse em mudanças significativas do texto infralegal anterior.

Diante das incertezas e preocupações envolvendo segurança jurídica e previsibilidade após a obtenção de resposta à eventual consulta, existia uma percepção geral de que durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 houve baixa utilização do instituto. À época da discussão do Projeto de Lei nº 3.937/2004 que visava alterar a legislação concorrencial nacional, foi, inclusive, pontuado que “instituto definitivamente não pegou”.⁴⁵⁷

Com a promulgação da Lei nº 12.529/2011 algumas modificações substantivas se foram operadas no tratamento desse mecanismo. Nesse sentido, o art. 9, § 4º, da referida lei estabelece expressamente que o CADE poderia responder consultas apenas sobre atos ou práticas “em andamento”. Em outras palavras, a legislação atual passou a não admitir mais a consulta sobre conduta em tese – como o fazia o antigo regime jurídico do instituto. Justamente aí também se estabeleceu o requisito legal de que as consultas, para serem admitidas, fossem “acompanhada[s] dos respectivos documentos” (art. 9, § 4º).⁴⁵⁸

457 E continua: “até porque as consultas submetidas tendem a ser sobre condutas em tese. Naturalmente, a avaliação de quaisquer condutas depende de uma série de particularidades das regras subjacentes as quais apenas serão conhecidas quando a conduta já estiver ocorrendo”. Conferir exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.937/2004, de relatoria do Deputado Ciro Gomes. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 9 de set. de 2023. Sobre o tema, Roberto Taufick pontua que “[a] experiência tem mostrado que a consulta é pouco explorada pelo administrado, dada a possibilidade de expor-se, inutilmente, à Administração. Pelo lado da Administração, predomina o sentimento de que o administrado não busca pela consulta senão argumentos para utilizar em juízo a fim de justificar operações ou práticas rejeitadas pelo CADE na análise *in concreto*” (TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 64-65).

458 Vale destacar que essa motivação havia sido, inclusive, ressaltada ao longo da exposição de motivos da Lei nº 12.529/2011: “definimos que o Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, de forma a evitar que o CADE tenha que dar pareceres em condutas ainda muito vagas, com pouco detalhe sobre seu *modus operandi*”. Conferir exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.937/2004, de relatoria do Deputado Ciro Gomes. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/>

Em nível infralegal, o procedimento da consulta também foi disciplinado pela Resolução CADE nº 12/2015, atualmente em vigor.⁴⁵⁹ Inicialmente, esse regramento permitiu a qualquer parte interessada a formulação de pedido de consulta, incluindo agentes diretamente envolvidos em seu objeto e entidades ou associações representativas do setor com interesse demonstrado no feito (art. 1º). Além disso, o escopo do procedimento também foi definido, limitando-se a questionamentos relacionados à interpretação da legislação ou regulamentação concorrencial (art. 2º, inciso I) e à licitude de atos, contratos, estratégias ou condutas já iniciadas (art. 2º, inciso II) ou já concebidas e planejadas (art. 2º, inciso III) pelas consulentes. O normativo também estabeleceu um rol extenso de requisitos e hipóteses de indeferimento de plano (arts. 3º e 4º). Por fim, foi delimitado prazo máximo de 120 dias para sua análise (art. 6º) e transformou sua natureza em vinculante, pelo período de cinco anos (arts. 8º e 9º).

Torna-se evidente que esse normativo representou uma grande modificação do regime anterior estabelecido Lei nº 8.884/1994. Perceba-se que não apenas foram adotadas diversas medidas para uma delimitação mais precisa do objeto, dos requisitos e de hipóteses de não conhecimento, como também a consulta foi transformada em vinculante. Ambas as medidas, ao fim, visavam a reverter o cenário

proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>. Acesso em: 9 de set. de 2023. Sobre o tema, Roberto Taufick reconhece a importância de se restringir o escopo da consulta a práticas “em andamento”. Taufick aponta que havia um “receio de que [as consultas] servissem para isentar de punição determinadas práticas ilícitas” e explica que a utilidade da consulta se mantém quando restritas às práticas em andamento, uma vez que dela “se pode partir para a advocacia da concorrência, ou instaurar procedimento administrativo adequado para apuração de conduta anticompetitiva” (TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 63).

459 Para fins de completude, vale dizer que a taxa processual para a apresentação de consultas é prevista na Lei nº 12.529/2011. O artigo 23 estabelece o valor de R\$ 15.000,00 a ser pago “para os processos que têm como fato ferrador a apresentação das consultas”.

anterior de baixa aderência do instituto, dentro dos esforços de maior comunicação na tutela concorrencial.⁴⁶⁰

Enquanto nota final, vale destacar que conforme alteração dada pela Lei nº 13.655/2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) também passou a determinar que a vinculação ampla para orientações gerais exaradas pela administração pública – situação na qual se enquadraria a consulta. Dessa forma, a revisão da esfera administrativa “quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época”, vedando-se “que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” (art. 24).

3. CONSULTAS E A PRÁTICA DO CADE: LEVANTAMENTO EMPÍRICO DOS CASOS ANALISADOS SOB A LEI Nº 8.884/1994 E A LEI Nº 12.529/2011

Tendo sido sumarizados os principais aspectos da disciplina da consulta entre os regimes jurídicos da Lei nº 8.884/1994 e da Lei nº 12.529/2011 acima, esta seção se destina a investigar como o CADE efetivamente mobilizou o instituto nesse ao longo desse período. Para tanto, realizou-se um levantamento empírico detalhado das consultas formuladas à autoridade de defesa da concorrência durante o período, com o objetivo de analisar a evolução do *enforcement* concorrencial ao longo do tempo. Os pressupostos metodológicos e resultados de tal estudo são apresentados abaixo.

460 Conferir: SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 112.

3.1 METODOLOGIA

Para o mapeamento das consultas analisadas pelo CADE sob a Lei nº 8.884/1994 e a Lei nº 12.529/2011, utilizou-se do sistema de pesquisa processual disponibilizados pela autoridade de defesa da concorrência,⁴⁶¹ sendo analisados todos os procedimentos categorizados como “Finalístico: Consulta”. Adicionalmente, a fim de exaurir eventuais casos não categorizados no sistema de pesquisa processual, o levantamento foi complementado pela revisão das atas das Sessões Ordinárias de Julgamento do CADE ao longo do período compreendido pela pesquisa.⁴⁶²

Com base no universo de casos e sua análise, foram igualmente criados parâmetros para sua segmentação, classificação e quantificação. Assim, as consultas mapeadas foram listadas a partir: (i) do número do procedimento; (ii) da data de registro; (iii) da publicação da decisão no Diário Oficial da União (DOU); (iv) da duração da análise, entre seu registro e a publicação de sua decisão; (v) do Conselheiro Relator; (vi) do fundamento legal sob o qual foram apresentadas; (vii) das consulentes que propuseram a consulta; (viii) do seu objeto específico; (ix) da matéria concorrencial a qual se referia a consulta; (x) do seu resultado, dividido entre análise de mérito e arquivamento por não conhecimento, por perda de objeto ou por desistência; e (xi) do teor da decisão.

3.2 RESULTADOS

A partir das premissas metodológicas acima, foram localizados 61 casos de consultas apresentadas ao CADE no período analisado,

461 Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

462 Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sesoes/sesoes%20de%20julgamento>>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

listados na *Tabela de Controle de Consultas*.⁴⁶³ Destaca-se que 27 consultas foram apresentadas e analisadas pelo CADE sob a Lei nº 8.884/1994, enquanto as 34 restantes ocorreram no regime da Lei nº 12.529/2011.⁴⁶⁴

De início, esses dados confirmam a percepção mencionada anteriormente sobre a baixa utilização desse mecanismo sob a Lei nº 8.884/1994. De fato, durante o regime anterior a frequência de utilização desse procedimento era de aproximadamente 1,5 consulta por ano. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, esse número praticamente dobrou, atingindo 2,8 consultas por ano – o que evidencia os impactos significativos que a transformação de seu arcabouço legal teve em sua utilização.⁴⁶⁵

A evolução do tempo médio de análise desse procedimento também parece confirmar a percepção de que sua baixa adesão se relacionava a dificuldades institucionais enfrentadas pelo próprio CADE. Se, sob a Lei nº 8.884/1994, as consultas apresentadas levavam em média 430,6 dias para obtenção de uma resposta da autoridade de defesa da concorrência, no regime da Lei nº 12.529/2011, essa espera foi drasticamente reduzida para 90,1 dias. Ainda, com a publicação da Resolução CADE nº 12/2015 observou-se mais uma redução, embora menos expressiva, para uma média de 87,6 dias – o que igualmente

463 Em razão do tamanho e da formatação da *Tabela de Controle de Consultas* em relação ao tamanho do próprio estudo, optou-se por sua disponibilização por via de sítio eletrônico específico, disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1VsYBXsi5kcB29ukq-pW8m1-g_YHVvac/view?usp=drive_link>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

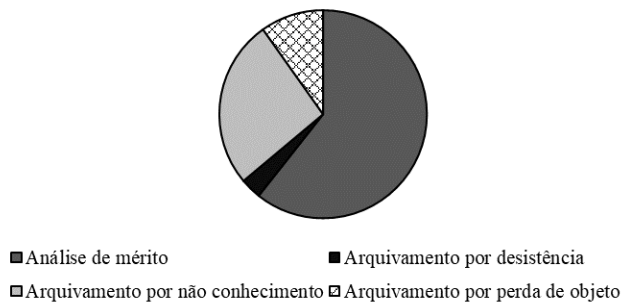
464 Importa destacar que foi localizado registro de dois procedimentos, cujos autos não se encontram disponíveis no sistema de pesquisa processual do CADE. Trata-se das Consultas nº 00700.001664/2009-57, de relatoria do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, e nº 08700.003164/2002-83, de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. Em qualquer cenário, entende-se que a ausência de sua análise específica não possui impactos materiais para as conclusões gerais obtidas por este estudo.

465 Vale destacar que tais mudanças se relacionam também a um contexto mais amplo da própria reforma trazida pela Lei nº 12.529/2011 nas diversas dimensões da tutela concorrencial no Brasil. Conferir: MATTOS, César. Um Pouco da História da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). *Evolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018; e BASILE, Juliano. Prefácio. In: BRASIL. CADE. **Defesa da concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília, 2013.

demonstra os efeitos do aperfeiçoamento institucional sobre esse mecanismo nos termos do art. 6º da Resolução CADE nº 12/2015.

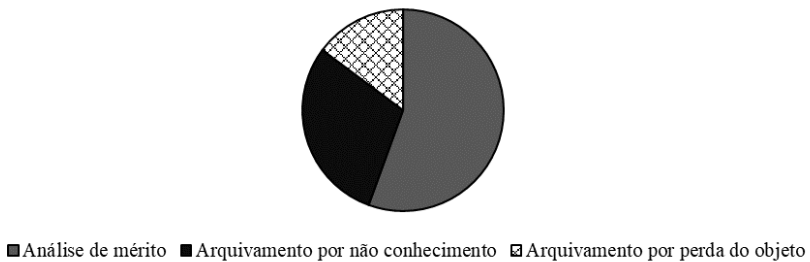
Ainda dentro desse contexto, os dados a respeito dos resultados das consultas apresentadas ao CADE são significativos. Tais dados são sintetizados pelos Gráfico 1 a 3 abaixo:

Gráfico 1. Consultas por resultado, Lei nº 8.884/1994 e Lei nº 12.529/2011



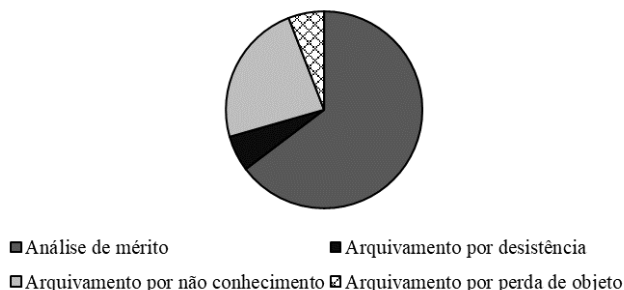
Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Gráfico 2. Consultas por resultado, Lei nº 8.884/1994



Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Gráfico 3. Consultas por resultado, Lei nº 12.529/2011

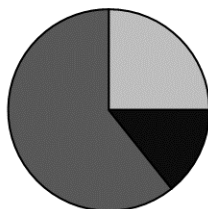


Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Percebe-se que, enquanto sob a Lei nº 8.884/1994 resultados pelo arquivamento das consultas representavam aproximadamente 44,4% (12 casos) do total, esse percentual caiu para 35,3% (12 casos) no regime da Lei nº 12.529/2011. Em larga medida isso se deve à própria restrição do objeto desse procedimento a atos e práticas em andamento (art. 9º, §4º da Lei nº 12.529/2011) e à delimitação posterior das matérias e requisitos para análise de consultas, nos termos da Resolução CADE nº 12/2015.

Vale destacar que após a Resolução CADE nº 12/2015 apenas uma minoria de 14,3% (4 casos) do total de consultas referia-se a atos ou práticas já iniciadas, enquanto a maioria substantiva de 85,7% dos procedimentos (24 casos) tinha objeto não implementado ou consistia em questionamento a respeito de interpretação legislativa. Isso tudo também evidencia como o novo regime foi efetivamente capaz de estabelecer um canal de comunicação institucional prévio entre regulador e regulados. Tais dados são sintetizados pelo Gráfico 4 abaixo:

Gráfico 4. Consultas por inciso do Art. 2º da Resolução CADE nº 12/2015

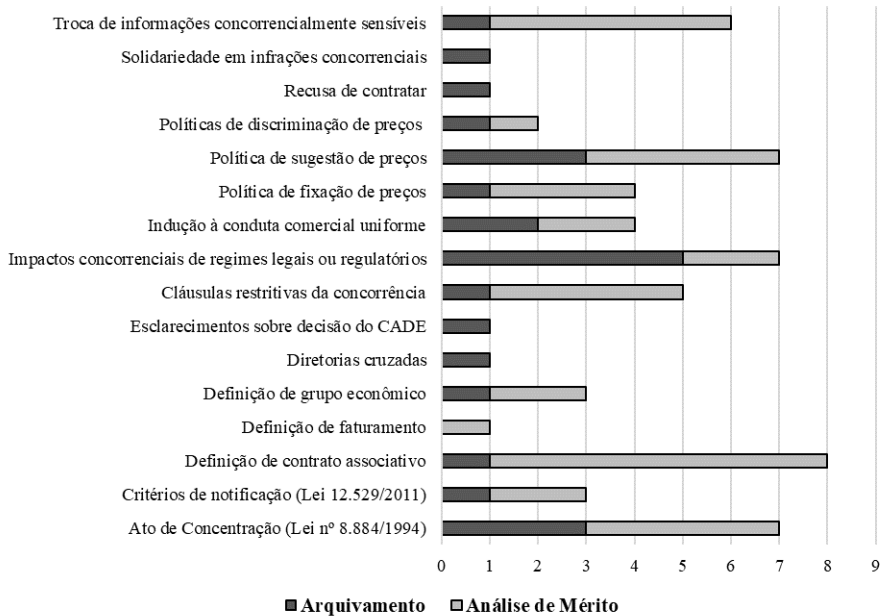


- Art. 2º, incisos I, da Resolução CADE nº 12/2015
- Art. 2º, inciso II, da Resolução CADE nº 12/2015
- Art. 2º, inciso III, da Resolução CADE nº 12/2015

Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

No que tange ao objeto das consultadas apresentadas ao CADE, a despeito de sua diversidade, foi também possível delinear alguns aspectos a respeito de seu perfil, conforme sintetizado pelo Gráfico 5 abaixo:

Gráfico 5. Consultas por matéria concorrencial,
Lei nº 8.884/1994 e Lei nº 12.529/2011



Fonte: elaboração própria, a partir de informações do CADE.

Ainda que 16 categorias distintas das matérias concorrenciais abordadas pelas condutas tenham sido identificadas a partir do levantamento empírico, é possível elencar temas de destaques dentro desses procedimentos. Assim, os temas que mais foram alvo de consultas ao CADE foram, respectivamente: (i) a definição pela autoridade de defesa da concorrência de “contrato associativo”, nos termos do art. 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011 (13,1% dos casos); (ii) a licitude de políticas de sugestão de preços elaboradas pelas consulentes (11,5% dos casos); (iii) a emissão de parecer a respeito de impactos concorrenciais de regimes legais ou regulatórios adotados para mercados, firmas ou produtos e serviços específicos (11,5% dos casos); (iv) operações potencialmente enquadráveis como atos de concentração nos termos da Lei nº 8.884/1994 (11,5% dos casos); e (v) a legalidade de compromissos ou cláusulas que implicavam na troca

de informações concorrencialmente sensíveis entre rivais (9,8% dos casos).

Note-se, contudo, que, isso não significa que o CADE tenha necessariamente entendido pela admissibilidade dessas consultas. Especialmente no que se refere a procedimentos relativos aos impactos concorrenciais de regimes legais ou regulatórios, em apenas duas situações o CADE procedeu com a análise de mérito do caso,⁴⁶⁶ enquanto, nas demais, não conheceu do caso e determinou o seu arquivamento.⁴⁶⁷

Em várias circunstâncias, é importante ressaltar que as consultas desempenharam um papel central obtendo do CADE orientações gerais, mesmo em face de situações concretas específicas. Isso se demonstrou especialmente relevante em casos tanto de omissões legais relacionados a aspectos da tutela concorrencial brasileira quanto em momentos de transição entre regimes jurídicos – seja da Lei nº 8.884/1944 para a Lei nº 12.529/2011, seja entre resoluções infralegais sobre matérias específicas.

Exemplo disso são as consultas acerca de operações potencialmente enquadráveis como atos de concentração nos termos da Lei nº 8.884/1994. Nessas situações, diante de um contexto de relativa incerteza em relação do controle de estruturas nesse regime jurídico, as consulentes eram capazes de obter parâmetros gerais mais abstratos de operações passíveis de *enforcement* concorrencial não apenas para objeto da consulta, mas também para casos futuros.⁴⁶⁸ Mesmo com a promulgação da Lei nº 12.529/2011, que em inúmeros aspectos reestruturou e aprimorou o sistema de controle de estruturas brasileiro, o instituto teve um papel relevante na obtenção posicionamentos claros e mais abstratos do CADE sobre aspectos ainda incertos do novo marco legal. Isso fica evidente em consultas

466 Conferir Consultas nº 0038/1999 e nº 08700.000577/2008-00.

467 Conferir Consultas nº 08700.002913/2004-17, nº 08700.001132/2006-77, nº 08700.002380/2006-35, nº 08700.001710/2012-13 e nº 08700.006520/2021-83.

468 Conferir Consultas nº 08000.016968/1994-31, nº 08012.004039/1998-74, nº 0047/1999, nº 0051/2000, nº 0075/2001, nº 0080/2001 e nº 08700.003674/2007-65.

relacionadas a critérios de notificação de atos de concentração econômica (3 casos) e a definições de grupo econômico (3 casos), faturamento (1 caso) e contratos associativo (8 casos).

Por fim, vale destacar que o instituto também desempenha papel relevante como um indicador de matérias que, a despeito da existência de precedentes do CADE, demandam muitas vezes regras específicas ou o aprimoramento das existentes. Em algumas situações, especialmente diante da natureza mutável de decisões e de sua limitação a casos específicos, a alta frequência de consultas sobre uma determinada temática pode atuar como um sinalizador de uma demanda por uma abordagem mais estável, ampla e abstrata.

Esse era o caso do próprio controle de concentrações sob a Lei nº 8.884/1994, representando uma situação que foi em grande medida solucionada com a mudança do regime jurídico pela Lei nº 12.529/2011. No entanto, a tradução mais clara desse tipo de situação encontrada a partir do levantamento empírico foram as consultas relativas à definição do conceito de “contrato associativo”. De fato, a pesquisa demonstrou que tais casos se apresentavam apenas se intercalavam com as mudanças trazidas sobre a temática pelas Resoluções CADE nº 10/2014 e nº 17/2016, mas também contribuíam para a criação e solidificação dos parâmetros estabelecidos por esses normativos para a configuração desse tipo de ato de concentração.

Essa última conclusão não é apenas relevante em aspecto retrospectivo, mas também prospectivo. Isso é ainda mais relevante diante da possibilidade de edição pelo CADE de súmulas a partir de entendimentos exarados em sede de consultas, conferindo à sua decisão “eficácia adicional de uniformização de jurisprudência” (art. 10, Resolução CADE nº 12/2015). Exemplificativamente, o considerável volume de consultas a respeito de políticas de sugestão e fixação de preços (11 casos, representando cerca de 18,0% do total) pode ser um indicativo relevante da necessidade de um posicionamento mais claro e definitivo a respeito dessa prática comercial – especialmente

considerando que alguns procedimentos recentes resultaram em posicionamentos conflitantes do CADE a esse respeito.⁴⁶⁹

CONCLUSÕES

Ao fim, a partir do levantamento empírico realizado foi possível testar alguma das percepções em torno desse instituto. Em primeiro plano, de fato, o regime da Lei nº 12.529/2011 representou um avanço institucional na prática do CADE com consultas, especialmente em termos de sua adesão entre regulados, tempo de análise, maior análise de mérito e de instituição de um canal de comunicação institucional entre agentes econômicos e a autoridade de defesa da concorrência. Em segundo plano, o instrumento também se revelou como um mecanismo capaz de se apresentar tanto como um meio para obtenção de orientações gerais acerca da tutela concorrencial, ainda que manifestas por situações concretas, e quanto como um indicador de matérias concorrenciais que demandariam um endereçamento mais amplo e estável.

Diante da complexificação da própria regulação da concorrência, demandando igualmente a diversificação de seus instrumentos, as consultas, junto a outras estratégias que divergem do ferramental clássico do CADE, pode se mostrar como um espaço para maior criatividade institucional e enfrentamento de novas problemáticas. O *toolbox* disponível a reguladores não pode se furtar de explorar tais possibilidades, ainda que sopesadas com seus desafios e limitações institucionais.

469 Conferir a Consulta nº 08700.004460/2021-64, em que foi determinada a revisão dos parâmetros de licitude da política de fixação de preços nos definida pela Consulta nº 08700.004594/2018-80.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University, 1992.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. Oxford: Oxford University, 2012.

BANCO MUNDIAL; OCDE. **A Framework for the Design and Competition Law and Policy**. Nova York; Paris, 1998.

BASILE, Juliano. Prefácio. In: BRASIL. CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília, 2013.

BRAITHWAITE, John. The Regulatory State? In: GOODIN, Robert E. (Org.) **The Oxford Handbook of Political Science**. Oxford: Oxford University, 2011.

BYRNE, David; CALLAGHAN, Gillian. **Complexity Theory and the Social Sciences: The State of the Art**. 2ª ed. Londres: Routledge, 2022.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. NASCIMENTO, Flavio Augusto Ferreira. **A Importância do Procedimento de Consulta junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para a Efetividade das Normas de Defesa da Concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

FOX, Eleanor. The battle for reform of US antitrust law. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 11, n. 2, p. 179-184, 2023.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 11, n. 1, p. 95-108, 2015.

LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept. **Law & Policy**, Hoboken, v. 35, n. 1-2, p. 29-50, 2013.

MATTOS, César. Um Pouco da História da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). *Evolução do Antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.