
O Estatuto das Consultas no CADE: Proposta de regulamentação do art. 90, § 40, da Lei n. 12.529/11

Pesquisador: Marcos Paulo Verissimo

Coordenador: Paulo Furquim de Azevedo



O ESTATUTO DAS CONSULTAS NO CADE:
Proposta de regulamentação do art. 9º, § 4º, da Lei n. 12.529/11

Pesquisador Responsável:
Prof. Dr. Marcos Paulo Verissimo

Coordenador do Comitê Científico *Ad-Hoc*:
Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo

1. Introdução e justificativas da pesquisa

O presente estudo, que tem natureza eminentemente aplicada, insere-se no contexto das atividades do Centro de Estudos em Direito Econômico e Social (CEDES), que tem por missão promover o conhecimento de natureza jurídica, econômica e social. No desenvolvimento dessa missão, o CEDES estimula a produção de estudos temáticos em direito econômico e áreas afins, visando a que esses estudos se tornem material de referência em relação a seus objetos e sirvam para fomentar o debate e avançar a qualidade da regulação e da legislação em seus correspondentes campos de análise.

No caso presente, trata-se de analisar a experiência brasileira (e, ainda que acessoriamente, também estrangeira) com os mecanismos de *consulta* em matéria de direito antitruste, de sorte a explorar os limites e eventuais possibilidades de regulamentação, pelo CADE, do art. 9, inciso XIX, §§ 4º e 5º, da Lei n. 12.529/2011, que tem a seguinte redação:

§ 4o O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§ 5o O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4o deste artigo.

Trata-se, como se sabe, de instituto que já constava da Lei n. 8.884/1994. Contudo, o diagnóstico mais ou menos geral a seu respeito (e mais ou menos verdadeiro, como se verá adiante, a depender do período em que se faça a análise), sempre foi o de sua subutilização.

Segundo esse diagnóstico corrente, tal subutilização seria, ademais, decorrente de um problema de incentivos, ligado basicamente à regulamentação anterior, que não previa para a resposta às consultas qualquer nível de vinculação em relação ao órgão administrativo e, ao contrário, estabelecia a possibilidade de sua conversão em processo administrativo sancionatório, caso a autoridade encontrasse elementos de infração à ordem econômica nos dados apresentados. Com isso, as empresas que tivessem alguma dúvida quanto à licitude de certa prática comercial corrente ficariam receosas de apresentar o tema à autoridade, pois, caso esta entendesse pela inadequação da conduta, isso sujeitaria a consultante a um processo administrativo

regular, sem qualquer benefício decorrente da apresentação espontânea do caso e dos elementos de prova necessários à sua análise. Por essa razão, a sensação geral era de que as consultas, quando utilizadas pela iniciativa privada no sistema anterior, diriam respeito com mais frequência a atos de concentração em tese que a condutas em andamento, sendo que estaria nesse último campo, no entanto, sua maior utilidade e potencialidade.

Considerando que a função primeira da defesa da concorrência é a orientação de comportamentos com vista à proteção do mercado, o instituto da conduta deveria permitir, ao menos em tese, que se estabelecesse um canal de comunicação entre a autoridade e os administrados, de sorte a viabilizar a cessação ou mesmo o bloqueio preventivo de condutas anticompetitivas, antes mesmo de seu início ou da instauração de processos sancionadores, no caso de condutas já em andamento. Seu efeito seria particularmente relevante no caso de condutas em que os efeitos anticompetitivos – e, portanto, a ilicitude da conduta – não são claros ou incontroversos, como é o caso de restrições verticais e promoções, das alegações de abuso de posição dominante, etc. E, ademais, especialmente importante no campo das condutas planejadas mas ainda não executadas.

Sob a perspectiva da autoridade antitruste, porém, as consultas sobre condutas anticompetitivas (especialmente quando formuladas em tese) podem gerar, também, preocupações de natureza importante, que precisam ser sopesadas com os efeitos positivos acima indicados. No caso das consultas formuladas abstratamente, tais preocupações dizem respeito, basicamente, à eventual necessidade de formular juízos de licitude ou ilicitude sem que se tenha exata noção dos contornos da prática em exame, sem que se tenha suficiente informação sobre seu contexto, e, muitas vezes, no caso de consultas prévias, sem que se saiba exatamente como o mercado irá reagir à conduta em questão e, portanto, sem que se possam antever com clareza seus efeitos. Daí, naturalmente, um justificado receio da autoridade antitruste em responder a consultas sobre condutas em tese (planejadas ou mesmo já iniciadas), e uma enorme resistência em conferir às eventuais respostas, no âmbito da regulamentação, qualquer caráter vinculante em relação ao próprio órgão administrativo.

Tais elementos contraditórios que cercam o instituto da consulta não são, todavia, nem novos, nem exclusivos ao tema do direito concorrencial. Antes disso, relacionam-se a um problema antiquíssimo, que consiste em saber se o direito se aplica melhor de forma preventiva ou repressiva, em tese ou à luz de casos concretos, e se a ação dos órgãos encarregados de aplicá-lo deve dar-se, preferencialmente, mediante a formulação de regras prospectivas abstratas ou retrospectivamente, à luz de *casos concretos e já ocorridos*.

Os argumentos em favor do exercício da autoridade adjudicatória com vistas exclusivamente a casos concretos e já ocorridos (*cases and controversies requirement*) é bem conhecido, e remonta ao *topos* segundo o qual a jurisdição não se exerce em tese, mas apenas à luz do fato concreto e ocorrido, e que os órgãos jurisdicionais não devem ser órgãos de consulta, sob pena de desnaturarem sua missão de aplicadores da lei e de tornarem-se legisladores em abstrato, completamente desconectados da realidade concreta em seus julgamentos.

Um conhecido defensor dessa doutrina no campo do direito constitucional foi Felix Frankfurter, Juiz da Suprema Corte dos EUA, para quem “*qualquer tentativa de lidar*

*com questões constitucionais em abstrato, de formulá-las em termos de questões jurídicas puras, levar[ia] a (...) conclusões estereis e desconectadas da realidade.”*¹ Em *Coleman v. Miller* (307 US 433 (1939)), Frankfurter ressaltou com veemência sua opinião de que as cortes deveriam lidar com “*disputas concretas e vivas entre adversários*” e não com “*problemas intelectuais abstratos*”, rechaçando, assim, qualquer possibilidade de formulação de consultas sobre a constitucionalidade das leis em tese, de modo desvinculado de algum caso concreto já ocorrido e consumado.

A razão para essa preferência pela regulação de comportamentos a partir de casos concretos e já ocorridos foi resumida com clareza por Frederick Schauer em artigo razoavelmente recente. Para esse autor:

*“Nós vivemos em uma era de glorificação do particular e de celebração do contexto fático imediato. Parte dessa glorificação vem da premissa comum de que é possível tomar decisões melhores quando se vê eventos reais, partes reais, controvérsias reais e consequências reais. E essa premissa comum fornece um argumento largamente aceito no sentido das virtudes de um processo decisório e regulatório que se organize caso a caso. De fato, mesmo aqueles que são em geral menos simpáticos às decisões baseadas em casos individuais concretos não negam o que se costuma considerar como vantagens informacionais do sistema de casos concretos”.*²

Mas, ao lado dessas “vantagens informacionais”, o sistema de decisões à luz de casos concretos tem suas desvantagens também, é o próprio Schauer que o reconhece, ponderando, com Holmes, que “*grandes casos e casos difíceis frequentemente produzem regras ruins*”, o que significa que a decisão à luz de casos concretos e já ocorridos pode frequentemente ter, do ponto de vista da produção do direito e da ordenação prospectiva dos comportamentos, mais deméritos que méritos, pois seu mecanismo é o de “*decidir primeiro o caso e depois determinar o princípio jurídico que deve ser aplicado*”. Indubitavelmente, do ponto de vista da segurança jurídica e da orientação dos jurisdicionados, esse sistema de construção de regras deixa muito a desejar.

Talvez por isso, a verdade é que a complexidade crescente do direito contemporâneo, com sua formulação por meio de textos cada vez mais vagos e dependentes de interpretação jurisdicional, tem alinhado em sentido diametralmente oposto a esse inúmeras jurisdições especializadas criadas mais recentemente, em inúmeros campos distintos do direito, Nestas jurisdições, a consulta sobre temas jurídicos abstratamente considerados é prevista e largamente utilizada, e seu objetivo é permitir que o órgão de aplicação do direito possa fornecer segurança jurídica às instâncias e partes privadas que se submetem à sua jurisdição. Isso ocorre hoje em diversos tribunais jurisdicionais e administrativos de grande relevo, como a Corte Internacional de Justiça, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, inúmeras Supremas Cortes estaduais nos EUA, como a do Colorado, Massachussets, Michigan, etc., além de Cortes Constitucionais como as do Canadá, Índia, e da maior parte dos países europeus. Aliás, no caso do próprio Brasil, não é, em certo sentido, outra coisa que ocorre no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o qual tem natureza muito semelhante à de uma consulta vinculante e formulada em tese sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos.

¹ Felix Frankfurter. *A note on advisory opinions*. 37 Harvard Law Review 1002 (1924).

² Frederick Schauer. *Do cases make bad Law?* 73 University of Chicago Law Review 833 (2006)

Essa tensão entre segurança jurídica e informação plena do órgão decisório organiza, portanto, o tema das consultas, seja no âmbito jurisdicional, seja no administrativo, e parte importante do presente estudo consiste justamente em um esforço de entender, no âmbito das experiências antitruste nacional e estrangeira, como essa tensão foi produzindo resultados concretos mais ou menos satisfatórios, e como foi sendo manejada no âmbito da regulação em diferentes espaços comparados. A partir dessa análise, pretende-se chegar a um apanhado das principais questões que devem ser tratadas pela regulamentação do instituto, fornecendo, com base nesse mesmo inventário, uma sugestão tentativa de encaminhamento dessas questões.

Nesse sentido, as perguntas fundamentais que organizaram o estudo foram as seguintes:

1. Qual é a experiência brasileira pretérita no âmbito das consultas ao CADE? Que lições podemos tirar dessa experiência, desde o início da vigência da Lei n. 8.884/94 até hoje?
2. Qual é a experiência internacional com institutos semelhantes ao da consulta em matéria antitruste e de que modo essa experiência informa sobre a regulamentação desejável para o caso brasileiro? É possível extrair algum padrão de boas práticas em relação ao tema a partir da análise das principais jurisdições antitruste do mundo, como, por exemplo, aquelas melhor classificadas no ranking anual da *Global Competition Review* (Europa, França, Alemanha, Reino Unido, Estados Unidos, Japão, Austrália, Holanda, Espanha e Canadá)?
3. Qual a experiência brasileira com institutos semelhantes ao da consulta no contexto de outros órgãos administrativos? É possível extrair ideias úteis a partir da análise dessa experiência?
4. Dentro do marco legal atual, qual é a margem de liberdade de que dispõe o CADE para regulamentar as consultas com base no art. 9º, parágrafo 5º, da Lei n. 12.529/2011? Esse grau de liberdade permite a adoção das melhores práticas nacionais e internacionais por meio de regulamento interno, ou demanda alterações legislativas? Quais as restrições ou balizamentos adicionais que devem ser observados na regulamentação, impostas, por exemplo, pela legislação geral de processo administrativo federal, bem como pelos princípios aplicáveis à administração pública em geral, como os da publicidade dos atos administrativos, não retroação de novas interpretações, etc. ?

A partir dessas questões, a metodologia adotada para a pesquisa passou pelas seguintes etapas fundamentais:

1. Reconstrução histórica do tratamento legislativo e regulamentar dado ao tema no âmbito do SBDC;
2. Levantamento de toda a jurisprudência disponível no sítio do CADE na Internet sobre o tema;
3. Exame de alguns institutos semelhantes utilizados em agências antitruste no exterior;
4. Exame de alguns institutos semelhantes adotados por outros órgãos administrativos brasileiros;
5. Levantamento, a partir dos elementos colhidos nas etapas anteriores, dos principais problemas e pontos de atenção;
6. Exame dos eventuais limites legais para a regulamentação das consultas pelo CADE, e, finalmente;
7. Elaboração de uma síntese conclusiva e de uma proposta de regulamentação, baseada nos problemas e lições apreendidos pela pesquisa.

Os resultados dessas etapas são expostos abaixo.

2. Balanço e sistematização da experiência do CADE com as consultas

2.1. Histórico legislativo e regulamentar

O CADE, como se sabe, é um órgão que passou por inúmeras fases distintas ao longo de sua existência, acompanhando, de certo modo, as variadas e frequentemente contraditórias abordagens da política pública brasileira no que toca à disciplina jurídica do funcionamento (mais ou menos livre) dos mercados. Quase chegou a ser instituído, no final do Estado Novo, na forma de uma “Comissão Administrativa de Defesa Econômica” subordinada diretamente a Vargas. Conforme previsto no Decreto-Lei n. 7.666/45, de Agamenon Magalhães, seria um órgão dotado de competências vastíssimas, que incluíam o julgamento de atos ou práticas contrários aos interesses da economia nacional, um *proto-controle* de estruturas, poderes de controle sobre a concentração fundiária, repressão a *trusts* e cartéis, fiscalização de serviços públicos e um estrito controle de interesse público sobre o capital estrangeiro e as indústrias bélica, de base, e de jornalismo, rádio e teledifusão.

Nessa feição, no entanto, o órgão nunca chegou a sair do papel, tendo o Decreto-Lei n. 7.666/45 sido revogado pouco mais de quatro meses depois de sua publicação, imediatamente após a deposição de Vargas. Assim, a criação efetiva do CADE somente veio a dar-se bem depois, por meio da Lei n. 4.137/62, sancionada por João Goulart.

No regime inicial da Lei n. 4.137/62, o CADE era um órgão dotado de competências várias destinadas a apurar e reprimir os abusos do poder econômico, assim compreendidos os atos de dominação de mercados consistentes em acordos, aquisições, integrações societárias, acumulação de cargos diretivos, cessação de atividades empresariais, elevação sem justa causa de preços, destruição de bens de produção, formação de grupos econômicos, discriminação de preços, etc. Essas competências incluíam até o controle de custos de produção em mercados excessivamente oligopolizados e mercados por baixos níveis de concorrência.

A Lei de 1962 não apenas atribuía tais competências larguíssimas ao CADE, mas estabelecia, ainda, uma espécie de controle prévio pelo órgão sobre atos capazes de influir negativamente sobre os mercados. Tal controle prévio vinha previsto em seu artigo 74, que tinha, originalmente, o seguinte teor:

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§ 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie.

A severidade da lei, contudo, não encontrou correspondência na ação efetiva do órgão, que permaneceu praticamente inativo e largamente cooptado pelos objetivos de política econômica momentâneos dos governos vigentes desde sua criação até o início da década de 1990, quando a agenda do livre comércio e do fomento à competição foi, efetivamente, introduzida como um item relevante nos debates de política econômica brasileiros. Sem prejuízo disso, a verdade é que a história do CADE nesses primeiros trinta anos de existência, aproximadamente, ainda é muito pouco conhecida, carece de maiores estudos e enfrenta dificuldades para ser reconstruída, em virtude da precariedade do acesso aos materiais de pesquisa correspondentes.

Desse modo, é possível dizer que a história do CADE, como uma instituição minimamente semelhante àquela que hoje existe, é bem mais recente, e data,

aproximadamente, de sua reestruturação a partir da Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991.

A lei em questão teve origem na Medida Provisória n. 204, de 2 de agosto de 1990, que foi contemporânea às iniciativas de criminalização do abuso de poder econômico que resultaram na Lei n. 8.137/90. A MP 204, de certo modo, antecipou os esforços que estavam em curso no Congresso para elaboração daquela que viria a ser a atual Lei n. 8.884/94 e dispôs largamente sobre a “defesa da concorrência” no país, extinguindo os mandatos de todos os Conselheiros do CADE então em curso e disciplinando as novas nomeações para o órgão. A MP 204 criou ainda a Secretaria Nacional de Direito Econômico e atribuiu-lhe as competências de investigação e repressão de práticas anticompetitivas, dispondo que o CADE passaria a funcionar “junto” a essa secretaria, que lhe daria suporte de pessoal e administrativo.

Emendas do Congresso Nacional fizeram com que a Lei n. 8.158/91 introduzisse, em alteração ao art. 74 da antiga Lei n. 4.137/62, as primeiras *consultas* da nova fase do CADE, transformando essas consultas no instrumento principal de controle de atos privados por ele e pela SNDE.

A nova redação do artigo 74, no que interessa ao presente estudo, passou a ser a seguinte:

Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei n° 8.158, de 1991)

(...)

§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o " caput" , aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços. (Redação dada pela Lei n° 8.158, de 1991)

§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados. (Redação dada pela Lei n° 8.158, de 1991)

(...)

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva

ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.
(Incluído pela Lei nº 8.158, de 1991)

(Grifei)

O procedimento dessa *consulta* foi disciplinado, por sua vez, pelos artigos 20 e seguintes do Decreto n. 36/91, que tiveram o seguinte teor:

Art. 20. Nas consultas pertinentes aos ajustes, acordos ou convenções previstos no art. 74 da Lei nº 4.137, de 1962, na redação da Lei nº 8.158, de 1991, a SNDE, solicitará de imediato à Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, parecer técnico sobre objeto da consulta, o qual deverá ser oferecido no prazo de trinta dias.

Parágrafo único. As consultas serão protocolizadas na SNDE.

Art. 21. O parecer técnico levará em consideração, entre outros, os seguintes critérios:

I - o grau de concentração inerente ao setor específico;

II - as práticas de comercialização e as relações com fornecedores e clientes consideradas normais pela sua tradição;

III - o eventual aumento de produtividade, a melhoria da distribuição de bens e serviços, o incremento das exportações ou o desenvolvimento tecnológico resultante do ato sob exame;

IV - a conveniência do ponto de vista das políticas industrial e comercial, assim como dos interesses dos consumidores e usuários finais do ato sob exame;

V - a eventual contribuição do ato para a competitividade geral da produção interna do País.

Art. 22. A resposta à consulta vincula a SNDE e o Cade, não comporta pedido de revisão, mas é passível de recurso administrativo nos termos do art. 21 da Lei nº 8.158, de 1991.

É com base nesses dispositivos legais, portanto, que passam a ser formuladas as primeiras *consultas* à SNDE nesses anos subsequentes à MP 204/90, versando, principalmente (mas não só, como veremos adiante), hipóteses de concentração empresarial.

A Lei n. 8.158/91 (assim como a Lei n. 4.137/62) foi revogada, em junho de 1994, pela Lei n. 8.884/94, que reformou por completo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, completando, por assim dizer, o ciclo de reformas institucionais por que passou o CADE nesse início da Década de 1990.

O sistema de consultas prévias, no entanto, foi mantido pela redação original da nova lei, que, em seu artigo 59, dispunha o seguinte:

Art. 59. Todo aquele que pretender obter a manifestação do CADE sobre a legalidade de atos ou ajustes que de qualquer forma possam caracterizar

infração da ordem econômica poderá formular consulta ao CADE devidamente instruída com os documentos necessários à apreciação.

§ 1º A decisão será respondida no prazo de sessenta dias, prazo este sujeito a suspensão enquanto não forem fornecidos pelo interessado documentos e informações julgadas necessárias, não se aplicando ao consulente qualquer sanção por atos relacionados ao objeto da consulta, praticados entre o término deste prazo e a manifestação do CADE.

§ 2º O Regimento Interno do CADE disporá sobre o processo de consulta.

Conforme dispunha o artigo 14, inciso XII, da nova lei, a competência para receber e instruir as consultas era da SDE, ao passo em que a competência para respondê-las (art. 7, XVII) era do CADE.

A redação do art. 59 da Lei n. 8.884/94, contudo, não chegou a completar um mês de existência. No final do mesmo mês de junho de 1994 ela foi alterada pelo art. 55 da Medida Provisória que instituiu o Plano Real (MP 542/94), passando a ser a seguinte:

Art. 59. O Cade poderá responder a consultas sobre acordos que importem em concentração econômica, na forma do que dispuser seu Regimento Interno".

Antes mesmo que viesse a regulamentação proposta, mencionado artigo foi completamente revogado pela MP 681, de 27 de outubro de 1994 (que acabou convertida, posteriormente, na Lei n. 9.069/95). E acabou sendo inaugurado, com isso, um amplo debate no CADE acerca da sobrevivência da consulta como espécie de processo administrativo admitida no SBDC.

Um exemplo desse debate é encontrável no julgamento da Consulta n. 08/94, ocorrido em abril de 1995, no qual o tema da revogação do artigo 59 apareceu claramente misturado com o tema correlato relativo ao alcance e interpretação do novo artigo 54 da Lei n. 8.884/94, que estabeleceu procedimento específico para o exame de atos de concentração de qualquer natureza. A consulta em questão foi formulada pelas Indústrias Villares com fundamento no art. 59 da Lei n. 8.884/94. Foi apresentada e recebida no CADE em 21 de setembro de 1994 (antes, portanto, da revogação de mencionado artigo), e solicitava manifestação do órgão sobre a legalidade da celebração de um acordo entre a Villares e a Schindler para a constituição, mediante *joint venture*, da sociedade Elevadores Atlas S/A.

Ao receber a consulta, o Relator, Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, declarou, em primeiro lugar, que a ela seria inaplicável o prazo estabelecido no artigo 54, parágrafo 7º, da Lei n. 8.884/94, que determinava, à época, a aprovação automática dos atos de concentração não apreciados em 30 dias pelo CADE. Foi no curso da própria instrução do caso que sobreveio a revogação do artigo 59 da Lei, tendo a ProCADE, por isso, opinado pelo indeferimento da consulta.

Em seu voto, o relator ponderou que o novo regime da Lei n. 8.884/94 exigiria a submissão de atos de concentração na forma do Artigo 54, e não sob a forma de consulta, que era usual no regime da lei anterior, sendo esse entendimento reforçado pela própria revogação do art. 59, que disciplinava a consulta prévia. Nesse particular, o Relator foi seguido pelo Conselheiro José Matias Pereira. O Conselheiro Rodrigues Chaves, no entanto, divergiu desse entendimento, compreendendo que a consulta

permaneceria viável no novo sistema e serviria especificamente para o exame *prévio* de atos de concentração ainda não realizados, ficando o regime do artigo 54 exclusivamente para a apreciação *a posteriori*. Rodrigues Chaves ponderou, nesse sentido, que o art. 7º, XVII, da mesma lei, não fora revogado e permanecia em vigor, atribuindo ao Colegiado a competência para “*responder consultas sobre matéria de sua competência*”. Nesse entendimento, foi acompanhado pelo Conselheiro Edgard Lincoln de Proença Rosa. A maioria do plenário, contudo, determinou o arquivamento da consulta, ao argumento de que todo ato de concentração econômica deveria ser submetido ao CADE na forma do artigo 54 da nova lei.

Os julgamentos subsequentes do CADE confirmaram esse mesmo entendimento, asseverando que o controle de concentrações deveria observar, com exclusividade, o regime procedimental do artigo 54.

Contudo, tais julgamentos também atestaram, por outro lado, a viabilidade da apresentação de consultas prévias para o exame de *condutas potencialmente anticompetitivas*.

A partir desse entendimento, as consultas foram objeto de regulamentação por meio do Regimento Interno do CADE, aprovado por meio da Resolução n. 10 de 29 de outubro de 1997. A disciplina em questão, naquele normativo, foi a seguinte:

Art. 25. Todos os interessados poderão consultar o CADE sobre legitimidade de atos suscetíveis de acarretar restrição da concorrência ou concentração econômica.

Art. 26. O pedido de consulta conterà:

I - a indicação precisa do seu objeto, bem como da tese do consulente devidamente fundamentada;

II - a comprovação do legítimo interesse no caso.

Parágrafo único. O Relator indeferirá de plano o pedido que não atender aos requisitos deste artigo.

Art. 27. A consulta será distribuída ao Relator que, quando necessário, proporá ao Presidente que requisite diligências e pareceres competentes e, sendo o caso, manifestações de outros agentes econômicos, sugerindo prazo.

Parágrafo único. Vencido o prazo fixado, o Relator poderá dar seguimento ao feito, independentemente do cumprimento das requisições e de realizadas as manifestações.

Art. 28. Instruído o processo, a Procuradoria será ouvida.

Tal disciplina foi detalhada substancialmente um ano depois, por meio do Resolução n. 18, de 25 de novembro de 1998.

Nos termos da Resolução 18, a consulta ao CADE seria viável a qualquer interessado, inclusive órgãos e entidades públicas, *podendo versar sobre qualquer matéria de competência do Conselho*. Sem prejuízo disso, a Resolução 18 dividia as consultas em duas grandes categorias, separando as (i) consultas sobre condutas das (ii) consultas sobre atos e contratos.

No primeiro caso (consultas sobre condutas), o artigo 3º dispunha que o objeto poderia ser tanto uma prática em tese como uma conduta em andamento. Na hipótese de consulta sobre prática em andamento, seu processamento dependeria (i) de ser a consulente a autora da prática (já que do contrário se trataria, na verdade, de uma representação) e (ii) de a prática não ser objeto de averiguação preliminar ou processo administrativo em trâmite ou já julgado.

No caso das consultas sobre atos e contratos, só se admitia a consulta em tese, e desde que (i) a consulente pudesse ser considerada potencial participante direta de transação hipotética submetida à análise, e (ii) o ato ou contrato objeto da consulta não tenha sido realizado, não esteja na iminência de realizar-se e não tenham ocorrido alterações nas relações de concorrência.

Uma exigência adicional aplicável a ambas as espécies, interessante e relevante, era a comprovação do *legítimo interesse da consulente*.

Segundo a regulamentação, a resposta à consulta sobre condutas poderia resultar em:

- (i) indicação da inexistência de infração à ordem econômica,
- (ii) caracterização da conduta em tese como infração à ordem econômica,
- (iii) indicação da existência de indícios de infração à ordem econômica na prática em andamento, determinando o envio dos autos ao órgão competente para instauração de averiguação preliminar ou processo administrativo, hipótese em que seria possível firmar termo de compromisso de cessação, e
- (iv) determinação de outras providências julgadas necessárias.

A resposta à consulta sobre atos e contratos poderia resultar em:

- (i) indicação sobre a necessidade de submissão da operação, se realizada, como ato de concentração,³
- (ii) emissão de juízo sobre aspectos relevantes acerca do ato ou contrato em tese apresentado pela consulente, e
- (iii) determinação de outras providências julgadas necessárias.

O artigo 11 da regulamentação estabelecia que a resposta proferida pelo Plenário deveria limitar-se estritamente ao objeto da consulta, não gerando, ainda, qualquer efeito vinculante sobre outros processos.

Vale notar que o período imediatamente subsequente à edição da Resolução n. 18/98 foi aquele em que o CADE apreciou e julgou anualmente o maior volume de consultas em toda a sua história. Conforme veremos na sessão seguinte, foram 15

³ Textualmente, “indicar se o ato ou contrato em tese produz os efeitos previstos no caput do artigo 54 e/ou preenche os requisitos de admissibilidade previsto no parágrafo terceiro do mesmo artigo”.

consultas apreciadas em 1999 e 19 consultas em 2000, número esse que vai depois caindo sucessivamente até que, em 2006, o CADE acaba julgando uma única consulta em todo o ano.

A Resolução n. 18/98 permaneceu em vigor até 2007, sem que tenha ocorrido, nesse ínterim, qualquer alteração legal ou regulamentar relevante.⁴ Em 28 de março de 2007, foi editada pelo CADE a Resolução n. 45, que estabeleceu o novo regimento interno da autarquia e revogou a disciplina anterior das consultas.

No novo regimento, as consultas foram disciplinadas nos artigos 102 e seguintes, que mantiveram muito do regime anterior, mas implementaram ao menos um acréscimo relevante, *estabelecendo expressamente que a resposta do CADE a uma consulta não gera, em nenhuma situação, autorização para a prática ou concretização dos atos, contratos ou condutas nela discutidos*. Sob a nova regulamentação as consultas passam a ser de raríssima utilização, sendo a média de casos julgados pelo Plenário, entre 2007 e 2011, de apenas 2,6.

Portanto, quando é editada, em 2011, a Lei n. 12.529, as consultas já são evento razoavelmente raro no CADE.

A nova lei, como se sabe, reformou por completo, novamente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ademais, nesse novo diploma, as consultas restaram mencionadas em apenas três dispositivos, que dispuseram:

- (i) que o Tribunal Administrativo poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos;
- (ii) que a taxa em questão tem o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); e
- (iii) que o CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto na lei.

A regulamentação em questão está pendente. Por opção do CADE, o assunto não foi abordado no novo Regimento Interno do órgão, encontrando-se, hoje, ainda em aberto. Essa circunstância representa uma oportunidade para reflexão acerca da utilidade do mecanismo da consulta perante o CADE, e é justamente com esse objetivo que o presente estudo pretende contribuir.

2.2. A jurisprudência dos últimos 17 anos

2.2.1. Levantamento dos casos

Como registrado acima, um dos esforços centrais deste estudo foi o levantamento da integralidade da experiência do CADE com o instituto das consultas, de modo a colher a experiência do órgão com esse tipo de procedimento.

⁴ À exceção, apenas, da Lei n. 9.781/99, que instituiu a taxa processual sobre as consultas.

Para levar adiante esse objetivo e mapear a integralidade das informações disponíveis acerca desse objeto, a metodologia adotada foi a seguinte:

- (i) Em primeiro lugar, foram consultadas *todas as pautas de Sessões de Julgamento do CADE* disponibilizadas em seu sítio na Internet, de modo a localizar os registros de todas as eventuais consultas julgadas nessas Sessões, e
- (ii) Paralelamente, foram consultados *todos os registros processuais* constantes de ambos os sistemas on-line de acompanhamento processual do órgão na Internet (SisCADE e sistema antigo), em busca de todos os registros de processos catalogados sob a categoria processual de “consultas”.

Essa metodologia apresentou resultados bastante confiáveis e abrangentes, mas algumas ressalvas precisam ser desde logo realizadas.

Em primeiro lugar, é preciso mencionar que o CADE disponibiliza em seu sítio na Internet cópias das pautas de suas sessões de julgamento desde fevereiro de 1997, constando ali, portanto, apenas o registro das pautas da 29ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 26/02/97, em diante. As pautas das sessões anteriores não estão disponíveis e não puderam ser consultadas.

Além disso, a disponibilização desses documentos não é completa senão apenas a partir de 22 de setembro de 1999, ou seja, a partir da 138ª Sessão Ordinária de Julgamento do órgão. Entre a 29ª e a 151ª Sessões Ordinárias de Julgamento, os registros estão incompletos em relação à 30ª, 36ª, 38ª, 42ª, 44ª, 45ª, 46ª, 47ª, 50ª, 52ª, 53ª, 77ª, 78ª, 79ª, 94ª, 99ª, 104ª, 105ª-106ª, 108ª, 115ª e 137ª Sessões de Julgamento.

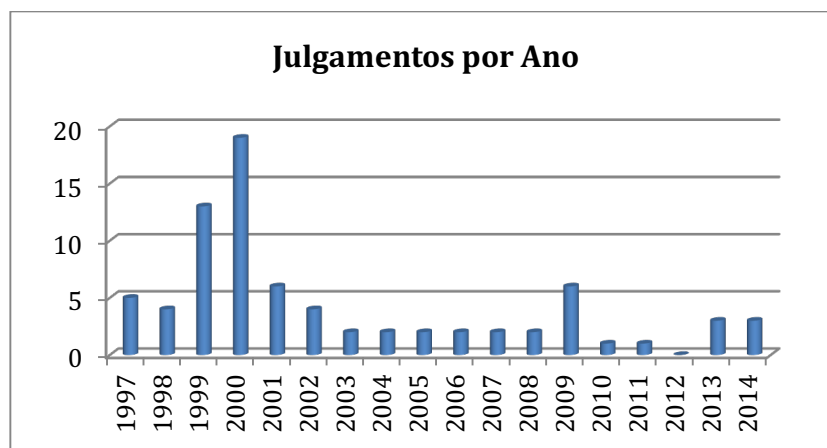
Em que pese, no entanto, a falta de informações quanto a tais Sessões de Julgamento, a partir do exame das pautas disponíveis a pesquisa foi capaz de mapear com precisão e de forma exaustiva *todas as consultas julgadas em plenário pelo CADE a partir do ano 2000, englobando, portanto, sem inconsistências aparentes, todos os últimos 14 anos*. As consultas julgadas nos anos de 1997, 1998 e 1999 puderam ser mapeadas, porém com possíveis inconsistências, já que não puderam ser localizadas as pautas correspondentes a aproximadamente 40% das sessões em 1997, 20% das sessões em 1998, e 7% das sessões em 1999. As consultas anteriores a 1997 não puderam ser mapeadas a partir das pautas de sessões de julgamento.

Paralelamente, a consulta aos registros processuais lançados debaixo da categoria “consultas” serviu como complemento à pesquisa direta nas pautas, confirmando a razoável completude desse universo e apontando apenas 4 casos que não haviam sido detectados no exame direto das pautas de julgamento.⁵

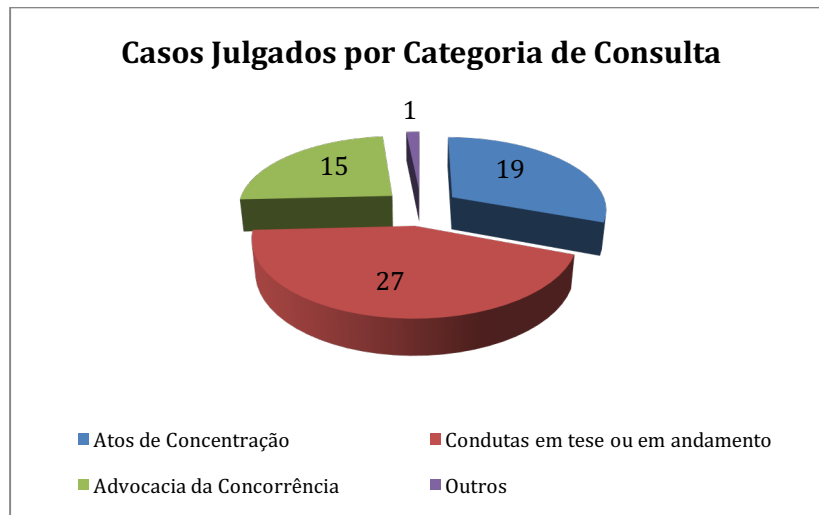
⁵ Note-se que o CADE cadastra como “consultas” diversos procedimentos internos de consulta à ProCADE sobre assuntos administrativos do próprio órgão, o que faz com que os processos listados nessa categoria no sistema sejam em número muito superior ao das consultas externas efetivamente tramitadas no período. Seria interessante que o CADE revisasse, para o futuro, essa prática, criando registros específicos para a tramitação de suas consultas internas, como aquelas feitas pelo Presidente,

Como resultado dessa pesquisa, foram localizados 77 (setenta e sete) processos de consulta julgados pelo Plenário no período. Desse total, 62 (setenta e dois) processos estavam digitalizados e as informações correspondentes estavam disponíveis no sítio do CADE na Internet, permitindo a análise adequada dos objetos e julgamentos. Entretanto, 15 (quinze) processos não estavam digitalizados e não puderam ser consultados quanto a tais informações.

Do total de 77 casos julgados pelo Plenário, o ano de maior concentração de julgamentos foi 2000, com 19 (dezenove) casos, e o de menor contração foi 2012, com 0 (zero) casos julgados:



Além disso, entre os 62 processos que puderam ser analisados (e em que pese os objetos serem, em vários casos, difíceis de classificar em uma categoria estanque), 15 (quinze) referiram-se a iniciativas de advocacia da concorrência, 19 (dezenove) a atos de concentração em tese ou a critérios de notificação de atos de concentração, 27 (vinte e sete) a condutas em tese ou em andamento, e 1 (um) não foi classificado em nenhuma dessas categorias (por consistir simplesmente em um pedido de explicações ao CADE sobre as razões que justificaram a aprovação da operação de criação da Ambev).



A relação de todos os casos julgados em plenário no período, com informações sobre seu objeto, resultado, número de registro, relator, requerentes, número e data da Sessão de Julgamento em que foram decididos, segue na Tabela n. 1, anexa. Além desses casos julgados em plenário, a pesquisa detectou outros 7 (sete) casos encerrados por meio de simples despacho do conselheiro relator, relacionados na Tabela n. 2, também anexa.

Finalmente, após todos esses julgamentos, constatou-se que, segundo os dados contidos nos sistemas do CADE, estariam hoje pendentes de julgamento apenas 2 (duas) consultas, assim discriminadas:

- Consulta n. 08700.000768/2004-30, formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atinente à legalidade da tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil;
- Consulta n. 08700.000447/2005-16, formulada por André Luís Alves de Melo, também sobre a legalidade da tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil;

2.2.1. Análise da jurisprudência

Apesar do número relativamente pequeno de consultas julgadas em um espaço tão grande de tempo (como dito, foram 77 julgamentos em plenário e outros 7 monocráticos, totalizando 84 consultas julgadas em pouco mais que 17 anos), a análise das decisões indicadas acima revelou um universo riquíssimo de experiências com o instituto da consulta. De maneira geral, apontou julgamentos muito criteriosos quanto às condições de admissibilidade dos processos, mas marcados, por outro lado, por uma preocupação especial de não formular exigências procedimentais excessivas que impedissem, por si sós, o uso da consulta como instrumento efetivo de tutela da concorrência.

Os casos envolvendo Atos de Concentração em tese representaram, como dito, 19 julgamentos em plenário e mais 2 em sede de despacho. Alguns deles envolveram situações muito particulares e outros tantos acabaram sendo convertidos em Atos de Concentração e analisados como tal. Alguns, no entanto, foram particularmente úteis

no sentido de estabelecer e esclarecer regras gerais de notificação de ACs, servindo, assim, para aclarar a orientação do CADE sobre certas hipóteses de submissão e fornecer aos jurisdicionados maior segurança jurídica quanto à necessidade ou não de submissão de suas operações.

Nessa última categoria destacam-se as consultas n. 44/99 (j. em 12/1999), na qual se reconheceu que as reorganizações societárias não se enquadravam nas hipóteses de submissão da Lei n. 8.884/94, n. 51/00 (j. em 12/2000), em que se decidiu que aquisições pela franqueadora de sua própria rede de franqueados deveriam ser submetidas como atos de concentração, n. 68/00 (j. em 12/2000), sobre a necessidade de submissão da constituição de portal para compras conjuntas, n. 79/01 (j. em 05/2002), sobre a desnecessidade de notificação da constituição de uma associação sem fins lucrativos de empresas do setor imobiliário, n. 08012.002751/1998-11, sobre a desnecessidade de notificação de reorganização societária no âmbito interno de Cooperativa, e principal e mais recentemente, n. 08700.002294/2011-90, que esclareceu os critérios de cômputo do faturamento no caso de instituições financeiras, para efeito de cálculo do atingimento dos limites legais de 750 e 75 milhões de reais, e n. 08700.000207/2014-02, que esclareceu acerca da necessidade de submissão ao CADE, na forma de Atos de Concentração, dos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, bem como, especialmente, das operações de transferência de titularidade desses contratos.

Já os 15 casos de advocacia da concorrência revelaram um universo mais díspar de hipóteses.

Em muitos, o CADE reconheceu plenamente sua competência e formulou extensos comentários sobre o objeto da consulta. Esse foi o caso, por exemplo, da consulta n. 38/1999, relativa aos aspectos concorrenciais da guerra fiscal entre Estados. Essa consulta foi conhecida e respondida em extensa análise do Conselheiro Marcelo Calliari, atestando os efeitos anticompetitivos da prática de incentivos fiscais locais dentro da Federação e determinando a remessa de cópia do voto ao CONFAZ.

Em maior ou menor grau, esse foi o caso, também, das Consultas n. 34/99, sobre a legalidade de um decreto do GDF que limitou a possibilidade de concessão de descontos em taxis, n. 45/99, sobre a crise do setor de aviação e os possíveis movimentos de fusão nesse setor, e n. 08700.000577/2008-00, sobre aspectos concorrenciais de certa lei do Distrito Federal que regulava a forma de cobrança nos estacionamento e garagens. Em relação a essa última consulta, vale destacar que a provocação ao plenário foi feita pela própria ProCADE, tratando-se, pois, de iniciativa de advocacia da concorrência iniciada internamente no próprio órgão.

Muitos outros casos, contudo, não foram conhecidos, por se entender que seus objetos fugiriam às competências do Conselho. Assim, por exemplo, as Consultas n. 30/98, sobre a legislação local de estacionamento, n. 24/97, sobre exigências formuladas às padarias pelo Conselho Regional de Química, n. 43/99, em que se pedia ao CADE que declarasse a inconstitucionalidade de lei, n. 57/00, sobre a melhor forma de regular o sistema de transporte coletivo no Rio Grande do Sul, n. 37/99, sobre a conceituação dos monopólios no setor de Rodovias, e 08700.001132/2006-77, em que a ABREPET pedia ao CADE que pressionasse a ANVISA para autorizar a utilização de resina PET reciclada em embalagens alimentícias, que o CADE rejeitou por entender que se tratava de demanda de política pública.

Alguns casos de advocacia da concorrência, ademais, sequer veicularam propriamente consultas, como por exemplo a Consulta n. 21/97, em que o CADE foi simplesmente convidado a participar das discussões de Governo sobre as tarifas de movimentação portuária de cargas, ou n. 08700.005523/2010-47, em que a Telcomp simplesmente encaminhou ao CADE, para ciência, consulta que havia formulado à Anatel.

De qualquer forma, nesse tema de advocacia da concorrência, o que merece especial destaque neste estudo são os julgados mais recentes, que entenderam que tal atividade *não se encontra mais entre os escopos das consultas ao CADE*, uma vez que a competência para tal foi transferida pela Lei n. 12.529/2011 à SEAE.

Nesse sentido, destacam-se os julgamentos das Consultas n. 08700.003890/2007-19 e 08700.000083/2009-25, arquivadas em novembro de 2012 pela Conselheira Ana Frazão, n. 08700.004867/2007-33, julgada em plenário em janeiro de 2014, com voto do Relator Ricardo Ruiz, e, aparentemente, n. 08700.001710/2012-13, julgada em outubro de 2013 com o voto condutor do Relator Alessandro Octaviani Luis.⁶

Mas é mesmo no campo das condutas que o material analisado mostra seu maior interesse.

Por meio da resposta a consultas sobre condutas em tese e em andamento, o CADE teve a oportunidade de manifestar-se no mérito sobre temas tão variados como a sugestão de preços máximos ao consumidor (Consultas n. 20/97 e 83/02), a reestruturação do sistema de preços da SABESP (Consulta n. 25/97), a legalidade de contratos de prestação de serviços de industrialização no setor de suco de laranja (Consulta n. 08012.004039/98-74), a legalidade de contratos de licenciamento de tecnologia no setor de soja transgênica (Consulta n. 39/99), a legalidade do estabelecimento de preços discriminados de combustível para taxistas (Consulta n. 52/00), a legalidade de contratos de exclusividade no setor de representação e venda de apólices de seguros (Consulta n. 48/99), a possibilidade de credenciamento exclusivo de distribuidores no setor farmacêutico (Consulta n. 58/00), a viabilidade da criação de um sistema de auto-regulamentação no setor de publicidade (Consulta n. 60/00), etc.

Na Consulta n. 67/00, sobre a legalidade do estabelecimento de preços mínimos sugeridos de revenda, o CADE teve, ainda, a oportunidade de advertir a parte consulente de que a adoção dessa prática poderia muito possivelmente sujeitá-la a sanções por infração à ordem econômica, atuando, pois, a legislação antitruste de forma efetiva e preventiva, e antecipando-se em larga medida à conclusão de mérito que viria a ser adotada pelo Conselho no PA n. 08012.004690/2011-18, no que respeita à ilegalidade da fixação de preços máximos de revenda (RPM).

Todos esses casos demonstram o enorme potencial positivo das consultas sobre condutas, seja as já iniciadas, seja as em fase de planejamento, revelando que o CADE pode, por seu intermédio, amplificar em muito a efetividade de sua ação na tutela dos mercados.

⁶ O voto relativo a esse julgamento ainda não estava disponível no sítio do CADE na Internet quando do fechamento deste texto, mas é possível depreender o resultado acima indicado a partir da ata do julgamento e da leitura do parecer da ProCADE.

Sem prejuízo desse grande potencial, muitas consultas sobre condutas já iniciadas veicularam, na verdade, denúncias de práticas anticompetitivas formuladas por parte de terceiros, e foram assim processadas e convertidas (corretamente) em procedimentos de investigação. Exemplo disso foi a Consulta n. 32/99, formulada pelo Ministério Público Federal no Rio de Janeiro, sobre o alinhamento de preços do mercado de gases hospitalares, que acabou resultando, anos mais tarde, em uma condenação dos denunciados em valores vultosos.

Em outros casos, todavia, a conversão em averiguação foi determinada a partir de consulta formulada pelo próprio envolvido, representando situação semelhante àquela descrita no início deste estudo. É o que ocorreu, v.g., nas Consultas n. 08700.002870/1007-12, formulada pela Universal Leaf, e n. 08700.002938/2007-63, formulada pela Alliance One Brasil .

Além disso, outra conclusão que se pode tirar do exame da jurisprudência do CADE é a grande preocupação do Conselho com o adequado estabelecimento dos limites e condições de cabimento da Consulta, para também não banalizá-la. O equilíbrio entre esse objetivo e o de estimular as consultas úteis para a autoridade e para o mercado é sensível, mas, no geral, as decisões analisadas indicam uma jurisprudência particularmente atenta quanto a esse balanceamento. Nesse sentido, é de se destacar que a decisão de arquivar a consulta e não conhecê-la foi tomada, por exemplo, quando se entendeu:

- que não se tratava de matéria de competência do CADE (Consultas n. 30/98, 24/97, 43/99, 78/01, etc.);
- que faltava legitimidade de parte e interesse jurídico próprio à consulente (Consulta n. 59/00), conclusão essa especialmente aplicável aos casos em que a consulta era sobre conduta praticada por terceiros (Consultas n. 08700.002380/2006-35 e 08700.002992/2009-71);
- que faltava pagamento da taxa processual (Consulta n. 76/01);
- que os termos da hipótese formulada seriam genéricos demais para permitir qualquer tipo de resposta (Consulta n. 08700.003164/2002-83), ou que não haveria sequer questão específica a ser respondida, mas mera demanda de comentários genéricos sobre a aplicação hipotética da legislação de concorrência (Consulta n. 37/99);
- que o objeto não estaria definido de maneira suficientemente precisa (Consulta n. 08700.002913/2004-17); ou
- que o tema jurídico envolvido não era novo e já estava resolvido na jurisprudência do CADE, não se admitindo que nessas hipóteses a consulta sirva para conceder à parte um salvo-conduto genérico quando a possíveis contornos desdobramentos futuros de uma conduta que o CADE já

considerou, em tese, ser lícita (Consulta n. 08700.002516/2004-45).

Uma preocupação particularmente importante, notada em vários casos, disse respeito à existência ou não, na consulta, de informações suficientes que permitissem ao CADE posicionar-se minimamente sobre a questão que lhe foi colocada, e, paralelamente a isso, a necessidade de inserir na resposta salvaguardas quanto a possíveis desdobramentos fáticos futuros que estivessem além da capacidade de previsão do órgão antitruste.

A Consulta n. 39/1999, envolvendo a Monsanto, foi um caso particularmente importante nesse sentido.

Por meio desse processo, a empresa questionou o CADE acerca da licitude de uma minuta de Contrato de Franquia por meio da qual pretendia iniciar seu sistema de distribuição dos conjuntos *Roundup Ready*, compostos de um herbicida à base de glifosato e de sementes de soja geneticamente modificadas resistentes a esse herbicida.

Ao analisar essa consulta, a Relatora, Conselheira Hebe Romano, identificou inúmeros problemas na minuta em questão, antevendo práticas de venda casada, criação de dificuldades ao desenvolvimento de concorrente, discriminação de adquirentes ou fornecedores, etc. Entendeu que, “*na forma requerida, não ha[veria] como declarar o contrato de franquia em conformidade com o disposto na Lei n. 8.884/94*”, determinando, também por isso, a submissão ao CADE de qualquer outro ato ou contrato assinado pela Monsanto com objeto semelhante, incluindo os *Termos de Autorização para Uso da Tecnologia* que viessem a ser estabelecidos pela empresa no futuro, por poderem configurar, dependendo de sua caracterização, infrações potenciais adicionais.

O Presidente Ruy Santacruz, em seu Voto Vista, fez interessantes ponderações sobre esses temas e também sobre o cabimento e limites da consulta, ressaltando vários dos pontos já indicados acima. Sobre o cabimento, ponderou que :

“Segundo o artigo 7º, inciso XVII, da lei No. 8.884/94, compete ao Plenário do CADE responder a consultas sobre matéria de sua competência. Já o artigo 1º da Resolução CADE No.18 - que regulamentou a matéria -, apenas reafirmou a determinação legal, ao prever que qualquer interessado poderá consultar o CADE sobre matéria de sua competência. Seu artigo 2º, entretanto, informa que a consulta deverá conter a indicação precisa de seu objeto e fundamentação jurídica e a comprovação do legítimo interesse da consulente, tendo sido as duas condições satisfeitas pela Monsanto do Brasil. Finalmente, conforme o artigo 5º da Resolução, a consulta poderá versar apenas sobre ato ou contrato em tese, o que enquadra perfeitamente a pretensão da consulente. Dessa maneira, estão presentes todas as condições necessárias para a apresentação da consulta, devendo o CADE, no cumprimento das suas obrigações legais, respondê-la.”

A resposta, todavia, foi cercada de *diversos cuidados*. O Presidente Ruy Santacruz ponderou que certas cláusulas poderiam ser de interpretação dúbia, ou mesmo poderiam ser objeto de aditamentos posteriores. Assim, além de apontar preocupações acerca do conteúdo de vários dispositivos contratuais, ressaltou que os termos da

resposta deveriam ser lidos *a partir exclusivamente da informação disponibilizada*. Mais especificamente, registrou o seguinte:

“Finalmente, ressalto que conforme o disposto no artigo 11 da Resolução CADE n. 18, a resposta do Plenário do CADE não gera qualquer efeito vinculante sobre outros processos. De fato, a resposta do CADE a presente consulta, como de resto a toda e qualquer consulta em tese, onde não é determinado o mercado geográfico, nem pode ser analisada a efetiva estrutura do mercado, não gera direitos quaisquer ao consulente nas suas ações de mercado. A análise do CADE reveste-se de um caráter exclusivamente orientador, nem poderia ser de outra forma, uma vez que é claro e certo que uma mesma conduta empresarial pode se constituir em infração à ordem econômica ou não, dependendo de quem a pratica ou do mercado em que ela é praticada. Assim, a resposta do CADE a uma consulta não pode ser encarada como o reconhecimento da legalidade de qualquer conduta empresarial, não pode ser utilizada como tal, nem reduz de maneira alguma a responsabilidade do agente econômico sobre seus atos. Sendo assim, não impõe qualquer óbice ao próprio órgão na sua função de reprimir abusos de posição dominante ou qualquer tipo de conduta anticoncorrencial.

Nesse sentido, a resposta do Plenário do CADE não atende em hipótese alguma as expectativas da Monsanto, quando na página 9 do seu requerimento (Fls. 10 dos autos) afirma que "a presente consulta tem por objeto requerer a este E. Conselho a confirmação da licitude da anexa minuta de contrato de franquia perante a legislação antitruste ... " ou quando na página 17 (Fls. 18 dos autos) requer "declaração de conformidade do mesmo com a legislação antitruste brasileira" (sublinhei). Como mencionado acima, este Plenário não pode, em sede de consulta, sem indicação e análise exata da estrutura do mercado, das formas de distribuição, das características da oferta e da demanda e das condições de aplicação do contrato, confirmar sua licitude em qualquer circunstância. Reveste-se a resposta de um caráter meramente orientador, na função legal do CADE de responder a consultas sobre matéria de sua competência”

E, em vista dessas razões, o acórdão ficou com o seguinte dispositivo:

“Acordam (...) por unanimidade, responder à consulta, considerando: (a) que na forma requerida não há como declarar o contrato de franquia em conformidade com o disposto na Lei nº 8.884/94, sem indicação e análise exata da estrutura do mercado, das formas de distribuição, das características da oferta e da demanda e das condições de aplicação do contrato; (b) que não oferece ao CADE uma minuta concreta com direção definida da clientela atingida ou do destinatário a ser franqueado, devendo cada caso ser apresentado ao CADE; (c) que por se tratar de produto, cuja licitude para uso e consumo está sendo questionada judicialmente, ficou determinado que qualquer outro ato ou contrato que venha a ser assinado pela Monsanto com o mesmo objeto, seja submetido ao CADE e às autoridades competentes do Ministério da Agricultura e da Saúde para as devidas autorizações.”

Semelhante preocupação apareceu também na Consulta n. 48/99, em que o CADE fez questão de esclarecer que as cláusulas de exclusividade submetidas à consulta eram consideradas lícitas *desde que respeitados os princípios e premissas constantes da resposta*.

Na Consulta n. 58/2000 tais ressalvas se fizeram novamente presentes, com a observação do Relator Conselheiro Celso Campilongo de que as condutas submetidas à análise estavam sendo apreciadas “*nos limites – inclusive fáticos – da exposição da consulente*”. Nesses termos, o Plenário declarou que as práticas em análise naquele caso “*não poderiam ser consideradas anticoncorrenciais per se*”, estabelecendo que não haveria nada de anticompetitivo nelas “*desde que seu resultado implique melhoria no sistema de distribuição, vantagens e eficiências para o consumidor, manutenção da liberdade dos credenciados de fixar preços de revenda, etc.*”

Além disso, os temas da legitimidade e do interesse também foram importantes em muitos casos, sendo que um julgamento muito interessante nesse sentido foi o da Consulta n. 57/2000, formulada pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul, que questionou ao CADE sobre a melhor forma de regular o sistema estadual de transporte coletivo, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual que o disciplinava. Após o voto da Relatora, que conhecia da consulta, sobreveio minucioso Voto-Vista do Conselheiro Celso Campilongo, que entendeu não haver, no caso, legitimidade de parte da Agência para formular a Consulta, uma vez que “*para fins de caracterização do legítimo interesse, dispõe a Resolução n.º 18 que as consultas que versarem sobre condutas em andamento devem ser propostas pelo autor da prática do ato e que as consultas que versarem sobre ato ou contrato em tese devem ser propostas por quem possa ser considerado potencial participante direto da transação hipotética submetida à análise*”.

Manifestando-se sobre os requisitos de admissibilidade das consultas em geral, o Conselheiro Campilongo assim se posicionou:

“Vale frisar que não se está negando, de forma genérica, o direito de consulta aos órgãos públicos. Os órgãos públicos, assim como as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas físicas, respondem, inclusive, por infrações contra a Ordem Econômica. O que se exige, no caso, é o legítimo interesse. Haverá legítimo interesse de um órgão público quando este, por si só, praticar atos ou contratos que repercutam no direito da concorrência. No mais, caberá às entidades participantes do ato a legitimidade para a formulação de consultas.”

Tem razão o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca quando afirma que “o poder de ação e de atuação atribuído a vários órgãos e agentes constitucionais pode ser por eles exercido concorrentemente, devendo cada um deles atuar na esfera que a Constituição Federal - e a Constituição Estadual, congruentemente com aquela - lhes atribui. Como visto acima, o fato do serviço de transporte ser administrado pelo Estado, diretamente ou por Agência Reguladora, não retira aquela atividade do quadro normativo da concorrência.”

Porém, não se pode concordar, “data maxima venia”, com o conhecimento da presente consulta, uma vez que não há, de acordo com os critérios estabelecidos pela Resolução n. 18, comprovação de legítimo interesse da consulente.

E ainda: mesmo que se entendesse por eventual legitimidade da consulente, a presente consulta não veio acompanhada de indicação de objeto e fundamentação jurídica. Não há descrição de transação, ato ou contrato a ser realizado. Também não especifica prática, em andamento ou potencial, que tenha relação com o tema da concorrência. Em suma, a

consulta não vem acompanhada dos elementos mínimos para seu conhecimento pelo CADE (Anexo 1, da Resolução n. 18). Não pode o CADE, órgão controlador do direito da concorrência, estabelecer metas e políticas públicas para os demais órgãos da Federação, notadamente onde não há problema concorrencial apresentado com clareza.

É correto que o CADE tem competência para responder, no que respeita aos aspectos concorrenciais, a consultas formuladas por pessoas jurídicas de direito público. Entretanto, não basta ao Agente Público, sob o pretexto de que é objetivo do CADE incentivar a concorrência, formular consulta com grau de generalidade e abstração que não permita, mantida a "venia", sequer distinguir qual a prática - atual ou potencial, própria ou de terceiro, concreta ou em tese -, que se submete à apreciação. É o que ocorre na presente consulta. Não se consegue identificar, com todo o respeito, qual o aspecto concorrencial posto em pauta”

Mais recentemente, em seu voto-vista proferido no julgamento da Consulta n. 08700.000207/2014-02, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos de Araújo realizou extenso inventário dessa jurisprudência do CADE acerca dos critérios de cabimento das consultas, dividindo-os em requisitos ligados à legitimidade, objeto e dispositivo da consulta, ressaltando ainda que não se deveria admitir instrução probatória extensa nesse tipo de procedimento, e ponderando por fim que se trata de instituto “*extremamente subaproveitado*”.

Tais elementos jurisprudenciais são capazes, como se verá adiante, de iluminar uma possível regulação futura do CADE acerca do instituto da consulta diante da nova legislação.

É preciso, no entanto, ler essa experiência de 17 anos de forma zelosa, de sorte a extrair da experiência passada não apenas as boas cautelas que o CADE compreensivelmente tomou na resposta às consultas que lhe foram formuladas, mas também os elementos que, por ventura, podem ter servido de desincentivo a que o instituto fosse usado de forma mais frequente pelos agentes privados, especialmente a partir dos anos de 2002 e seguintes.

Sem prejuízo disso, é preciso salientar que a experiência do CADE, registrada acima, demonstra a enorme utilidade das consultas, e a necessidade de tornar-se mais frequente a sua utilização. Demonstra, ainda, a importância do instituto no caso das condutas projetadas para o futuro, pois em relação a estas, se falta, por um lado, maior informação sobre eventuais efeitos, sobra, por outro, potencial de tutela preventiva dos mercados.

3. A *Advisory opinion* em algumas jurisdições estrangeiras e em alguns outros órgãos administrativos brasileiros

3.1. Jurisdições estrangeiras ⁷

⁷ Sobre as jurisdições aqui mencionadas e, também, várias outras, vale consultar o interessante apanhado organizado por Stephen Kinsella em “Vertical Agreements 2013” (London: Law Business

3.1.1. EUA

A submissão de práticas empresariais para exame consultivo prévio por parte das autoridades antitruste nos Estados Unidos é prevista e praticada no âmbito da *Federal Trade Commission* (FTC), ocorrendo por meio dos instrumentos das *Industry Guides* e das *Advisory Opinions*. No âmbito do *Department of Justice*, a prática é menos comum, mas, ainda assim, possível, no contexto dos chamados procedimentos de *Business Review*.

No âmbito da Federal Trade Commission, o assunto é disciplinado na primeira parte (sub-parte A) do Título 16 do “*Code of Federal Regulations*”, sendo que os parágrafos 1.1 a 1.1 desse regulamento disciplinam as *Advisory Opinions* e os parágrafos 1.5 e 1.6 os *Industry Guides*, na forma explicada adiante.

No que diz respeito às *Advisory Opinions*, que guardam grande semelhança com as consultas formuladas ao CADE, a regulação estabelece que “*qualquer pessoa, sociedade ou companhia pode solicitar a opinião da Comissão a respeito de uma conduta que a parte solicitante pretenda iniciar. A Comissão considerará o pedido e informará a parte solicitante sobre sua visão a respeito do assunto, quando possível*”.

As condições que precisam ser preenchidas para formular a solicitação são as seguintes:

- (1) A matéria deve envolver uma questão de fato ou direito *substancialmente nova*, e não deve haver nenhum precedente claro da Comissão ou de qualquer tribunal a respeito, *ou*
- (2) O assunto objeto da consulta deve ser de *significativo interesse público*, a justificar a publicação de uma opinião da Comissão a respeito, mesmo não se tratando, propriamente, de uma questão jurisprudencial inteiramente nova.

Essas consultas podem respondidas tanto pela Comissão como por seu *staff técnico* e, em todo caso, serão rejeitadas e não conhecidas quando (i) envolverem questões *puramente hipotéticas*, (ii) envolverem prática substancialmente igual a outra conduta em *curso de investigação* ou que seja *objeto de processo administrativo* envolvendo a Comissão ou outra agência governamental, ou (iii) a emissão da opinião não puder ocorrer de maneira adequadamente informada, ou somente puder sê-lo após *instrução exaustiva*, estudos aprofundados, testes, etc.

Em termos de procedimento, a parte que desejar formular a consulta deve submetê-la por escrito à Secretaria da Comissão, explicitando claramente: (i) a questão que deseja ver respondida, (ii) os dispositivos de lei que se relacionam a ela, (iii) todos os fatos

Research Ltd., 2013). Nesse trabalho, advogados de quase 40 países diferentes explicam o sistema de consultas em seus países de baixo da resposta às seguintes questões: “*outline any formal procedure for notifying agreements containing vertical restraints to the authority responsible for antitrust enforcement. If there is no formal procedure for notification, is it possible to obtain guidance from the authority responsible for antitrust enforcement or a declaratory judgment from a court as to the assessment of a particular agreement in certain circumstances?*” Diversas das informações iniciais sobre as jurisdições indicadas a seguir foram extraídas inicialmente dessa fonte, como base para o aprofundamento da pesquisa subsequente.

que o consulente reputa relevantes à solução da consulta, e (iv) a identidade das partes envolvidas (consultas relacionadas a partes não identificadas não são respondidas).

A resposta, se for dada pelo próprio Colegiado do FTC, não prejudica o direito da Comissão de reconsiderar as questões envolvidas e, se o interesse público assim exigir, determinar, inclusive, a ulterior cessação da conduta, mediante notificação escrita à parte, mas impede a Comissão de processar o consulente por ações adotadas de boa fé com base na resposta dada por ela mesma. Tal salvaguarda vale por todo o período em que a conduta foi praticada sem que a Comissão tenha colocado sua nova ressalva, e fica condicionada ao pronto atendimento da notificação ulterior de cessação da prática. Além disso, fica condicionada à circunstância adicional de os fatos relevantes terem sido apresentados de forma precisa e completa.

Caso a resposta seja dada pelo *staff* técnico, a Comissão permanece com o poder de revogar a opinião e iniciar qualquer procedimento cabível, se assim entender necessário, inclusive em relação ao período anterior. Não há, portanto, qualquer caráter vinculante nas consultas respondidas pelo *staff* técnico do FTC em relação aos poderes e deveres do próprio Colegiado. No entanto, esse tipo de oposição entre a opinião do *staff* técnico e a ação futura da Comissão parece ser bastante raro.

Os *industry guides*, de seu turno, são interpretações administrativas da lei divulgadas pela Comissão para orientação do público na condução de negócios. Sua função é fornecer as bases para a descontinuação voluntária e simultânea de práticas ilegais pelos membros de uma dada indústria, podendo resultar o descumprimento dessas orientações em ações coletivas iniciadas pela Comissão. Essas orientações podem se relacionar a práticas comuns a muitas indústrias ou a práticas particulares de um determinado setor, e são divulgadas pela Comissão por iniciativa própria (de ofício) ou por provocação de qualquer pessoa ou grupo interessado. A única exigência regulamentar é que a Comissão entenda que sua divulgação será benéfica ao interesse público e servirá para garantir uma mais equitativa e disseminada observação das regras de concorrência no mercado.

Ainda no âmbito do FTC, é de se destacar, por último, o uso ocasional dos chamados *enforcement policy statements*, por meio dos quais a Comissão torna públicas, no âmbito de certas indústrias, suas intenções de coibir e concentrar esforços no combate a certas práticas específicas, permitindo, assim, a orientação dos comportamentos dos agentes.

O Department of Justice, por sua vez, não responde propriamente a consultas, mas pode analisar práticas específicas e, discricionariamente, tornar públicas suas intenções de coibir ou não a conduta informada.

Esse procedimento de “análise de negócios” é disciplinado pelo parágrafo 50.6 do Título 28 do *Code of Federal Regulations*, nos seguintes termos:

1. A solicitação deve ser dirigida ao Procurador Geral responsável pela divisão de concorrência do DoJ, e deve referir-se, necessariamente, a uma conduta ainda não iniciada;
2. O DoJ pode, discricionariamente, optar por não responder à consulta, e a resposta, mesmo que dada, não se aplica a partes que não figuraram nela;

3. As partes consulentes são obrigadas a prestar informações completas e verdadeiras sobre a conduta que pretendem iniciar, devendo fornecer cópias de todos os documentos operacionais a ela relacionados;
4. A pendência da consulta não isenta a parte consulente de quaisquer de suas obrigações relacionadas à notificação prévia e tempestiva de Atos de Concentração, quando esta for, nos termos da lei, necessária;
5. A resposta não é formalmente vinculante em relação ao DoJ e, uma vez dada, será disponibilizada no sítio do órgão na internet.

Em 2013 foram expedidas 6 (seis) *advisory opinions* pelo FTC . Esse número foi de 7 (sete) em 2012 e 3 (três) em 2011, incluindo consultas respondidas pelo Colegiado e por seu *staff* técnico. A mais recente consulta que constava do sítio do órgão na Internet quando do fechamento deste texto datava de setembro de 2013 e se referia a um programa de troca de informações sobre clientes, estabelecido por uma associação de empresas de remessa de divisas para atender as normas do Governo Federal de prevenção à lavagem de dinheiro. O FTC não identificou problemas competitivos nessa prática.⁸ No DoJ, foram expedidas em 2013 3 (três) *business review letters*, sendo a última delas relacionada a uma plataforma *online* de contratação de licenças de patente. Nesse caso, o DoJ, após analisar possíveis eficiências e possíveis preocupações concorrenciais envolvidas na criação dessa plataforma, concluiu que não haveria, naquele momento, informação suficiente para afirmar que as atividades propostas não seriam capazes de apresentar preocupações concorrenciais no futuro, declinando, por isso, de fornecer uma resposta conclusiva acerca de suas intenções de questionar futuramente a mesma operação.⁹

Ademais, na literatura, encontram-se inúmeros registros da importância desses mecanismos de consulta nos EUA, especialmente no que se refere às *advisory opinions* do FTC.¹⁰

3.1.2. Comissão Européia

Na Comissão Européia, um mecanismo semelhante à consulta é formalmente disciplinado nas “*orientações informais*” (“*informal guidance letters*”), previstas na *Commission Notice on Informal Guidance* de 2004.¹¹

A *Commission Notice* acima referida começa por ressaltar a grande preocupação da Comissão Européia em fornecer aos jurisdicionados mecanismos efetivos de planejamento de suas condutas, com vistas a garantir um ambiente de segurança jurídica aos negócios. Nesse sentido, destaca que um dos objetivos da reforma dos regulamentos da Comissão realizada em 2003 foi justamente o de “*limita[r] os riscos de uma aplicação incoerente [da lei] através de um conjunto de medidas, assegurando, deste modo, o aspecto fundamental para as empresas que é a segurança jurídica, reflectida na jurisprudência do Tribunal de Justiça - ou seja, a garantia de*

⁸ Cópia da resposta a essa consulta está disponível em [<http://www.ftc.gov/policy/advisory-opinions/money-services-round-table>].

⁹ Maiores informações estão disponíveis em [<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/index.html>].

¹⁰ Cf., v.g., Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual 2004: The Relationship Between Competition Law and the (Liberal) Professions*, p. 551.

¹¹ A versão em português desse documento está disponível em < [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(05\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(05):PT:HTML)>.

que as regras de concorrência são aplicadas de forma coerente em toda a Comunidade”. O objetivo final é, no fundo, o de permitir que as empresas estejam “em boa situação para avaliar a legalidade das suas acções, podendo tomar decisões com conhecimento de causa sobre a eventual conclusão de um acordo ou a adopção de uma prática e sob que forma”, o que é possível, em primeiro lugar, pelo conhecimento do “quadro constituído pelos regulamentos de isenção por categoria, pela jurisprudência e pela prática decisória”, além de “um extenso acervo de orientações e comunicações da Comissão.”

Assim, “nos casos que, não obstante os elementos acima referidos, suscitam verdadeiras incertezas por apresentarem questões novas ou não resolvidas em relação à aplicação dos artigos 81 e 82, as empresas poderão pretender obter orientações informais por parte da Comissão (...) através de uma declaração escrita (carta de orientação)”

Aparentemente, a farta existência de regulamentos e guias no âmbito europeu fez com que, até hoje, a Comissão não tenha emitido de fato nenhuma dessas cartas de orientação. Contudo, o regulamento em questão é bastante detalhado em relação ao procedimento aplicável, e prevê sua emissão quando:

a) A avaliação substantiva de um acordo ou prática à luz dos artigos 81 e/ou 82 do Tratado colocar uma questão de aplicação da lei para a qual não existe clarificação no actual quadro jurídico comunitário, incluindo a jurisprudência dos tribunais comunitários, nem nas orientações gerais de acesso público, nem um precedente na prática decisória ou em cartas de orientação anteriores.

b) Uma avaliação prima facie das especificidades e dos antecedentes do caso sugerir ser útil a clarificação da referida questão nova através de uma carta de orientação, tendo em conta os seguintes elementos:

- a importância económica, do ponto de vista do consumidor dos bens ou serviços a que o acordo ou prática diz respeito e/ou

- a medida em que o acordo ou prática corresponde ou poderá corresponder a uma utilização económica mais alargada no mercado e/ou

- a importância dos investimentos associados à transacção relativamente à dimensão das empresas em causa e a medida em que a transacção afecta uma operação estrutural, como seja a criação de uma empresa comum que não exerce todas as funções de uma entidade económica autónoma.

c) É possível emitir uma carta de orientação com base nas informações prestadas, ou seja, não é necessário proceder a novo apuramento dos factos.”

De outro lado, o regulamento estabelece que as cartas não serão emitidas quando:

- as questões incluídas no pedido são idênticas ou semelhantes àquelas que constituem o objecto de um processo pendente no Tribunal de Primeira Instância ou no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias;” ou

- o acordo ou prática a que se refere o pedido constitui o objecto de um processo pendente na Comissão, num tribunal de um Estado-Membro ou numa autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-Membro.”

A orientação pode se referir a acordos ou práticas em tese, desde que as partes demonstrem efetivo interesse em levá-los adiante, mas não sobre práticas já abandonadas. No caso de consultas prévias ao início da prática, “a operação deve ter atingido um grau de desenvolvimento suficientemente avançado para que o pedido seja considerado”. Além disso, “um pedido de carta de orientação não prejudica a competência da Comissão para dar início a um processo (...) relativamente aos factos apresentados no pedido”.

O pedido, que é informal, deve conter:

- a identificação de todas as empresas em causa, assim como um endereço único para contacto com a Comissão;
- as questões específicas relativamente às quais é solicitada orientação;
- informação completa e exaustiva sobre todos os pontos relevantes para uma análise fundamentada das questões suscitadas, incluindo a documentação pertinente;
- exposição pormenorizada (...) dos motivos pelos quais o pedido apresenta uma ou mais questões novas;
- todas as outras informações que permitam uma avaliação do pedido (...), incluindo, em especial, uma declaração de que o acordo ou prática a que o requerimento se refere não é objecto de qualquer processo pendente num tribunal ou perante uma autoridade de concorrência de um Estado-Membro;
- sempre que o pedido contenha elementos que sejam considerados segredos comerciais, uma identificação clara dos mesmos;
- quaisquer outras informações ou documentação relevantes para o caso específico.”

A Comissão analisará, em princípio, o pedido com base nas informações prestadas. Não obstante, poderá utilizar informações adicionais disponíveis em fontes públicas, processos anteriores ou qualquer outra fonte, e poderá solicitar aos requerentes a prestação de informações adicionais. Sua resposta pode, a critério da Comissão, incidir apenas sobre uma parte das questões suscitadas no pedido, ou então incluir aspectos adicionais àqueles que foram apresentados no pedido.

A resposta “*não prejudica a apreciação da mesma questão pelos tribunais comunitários*”, nem impede a Comissão de “*examinar subsequentemente o mesmo acordo ou prática no âmbito de um procedimento (...) em especial na sequência de uma denúncia*”. Contudo, “*nesse caso, a Comissão terá em consideração a carta de orientação anterior, sob reserva, em especial, de alterações ocorridas nos factos subjacentes, de quaisquer novos aspectos suscitados pelo denunciante, da evolução jurisprudencial dos tribunais europeus ou de alterações significativas na política seguida pela Comissão*”.

3. 1.3. Japão

No âmbito da *Japan Fair Trade Commission* (JFTC) as consultas são previstas e usadas com bastante frequência. Segundo informação constante do sítio do JFTC na Internet, a comissão usa tais expedientes para *“orientar acerca de ações específicas planejadas por empresas ou associações comerciais, indicando se tais ações constituiriam um problema à luz da legislação antitruste. Entre os casos que a Comissão responde, ela escolhe alguns exemplos que possam ser úteis para outras empresas e os divulga como estudos de caso do ponto de vista da prevenção à violação das leis concorrenciais.”*

Ainda segundo informação disponível na mesma fonte, exemplos recentes desses procedimentos consistiram em consultas sobre padronização de termos contratuais em associações comerciais, práticas de descontos para assinaturas de jornais sob a condição de que o assinante permaneça cativo por pelo menos um ano, etc.

O número de consultas respondidas, em 2007 e 2008 foi, respectivamente, de 2.330 e 2.691. Em 2012 foram 1.598 consultas formuladas por empresas e 285 por associações comerciais.¹²

3. 1.4. Alemanha

Na Alemanha, a possibilidade de resposta a consultas é prevista de modo genérico no artigo 32c da Lei Antitruste de 2005, que dispõe o seguinte: *“A autoridade antitruste pode decidir que não há fundamento para a tomada de qualquer providência se, com base na informação disponível, entender que os critérios de proibição estabelecidos nos §§ 1, 19 a 21 e 29, bem como no Art. 81, parágrafo 1, e 82, do Tratado da União Européia, não estão satisfeitos. A decisão correspondente declarará que, ressalvados novos fatos, a autoridade não usará, no caso, seus poderes previstos nos §§ 32 e 32a.”*¹³

Ocorre, contudo, que a emissão desse tipo de declaração fica sujeita ao juízo de conveniência do órgão, não havendo notícia, ademais, de uso frequente desse mecanismo.

3. 1.5. Holanda

Na Holanda, a autoridade concorrencial emite, mediante requisição das partes interessadas, “opiniões informais” sobre condutas potenciais, sem, contudo, qualquer caráter vinculante. A mais recente resposta a esse tipo de consulta é de agosto de 2013, e pode ser encontrada no sítio da autoridade na internet.¹⁴

As condições que a autoridade holandesa normalmente exige para emitir esse tipo de opinião informal são as seguintes: (i) novidade da questão envolvida na consulta, (ii) importância econômica ou social da questão colocada, (iii) possibilidade de resposta com base apenas na informação disponibilizada na consulta, sem a necessidade de

¹² Cf. FTC, Annual Report of FY 2012 (Summary) (Tentative Translation), p. 12, disponível em [http://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/annual_reports/index.files/AnnualReportFY2012.pdf].

¹³ Uma tradução para o inglês dessa lei está disponível em [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0136].

¹⁴ <https://www.acm.nl/en/publications/publication/11915/Informal-Opinion-Doetinchem-Wesel/>

condução de investigações ulteriores ou análise de outros fatos, (iv) inexistência de casos semelhantes em curso de investigação junto à própria autoridade ou junto à Comissão Europeia.¹⁵

3. 1.6. Reino Unido

A resposta a consultas não é comum no âmbito do *Office of Fair Trading* britânico. Ainda que a consulta ao órgão seja, em tese, possível, houve até hoje um único caso em que o OFT acolheu o pedido e emitiu sua opinião¹⁶. Tratou-se de um caso de 2005, envolvendo a distribuição de jornais e revistas, e a análise desse caso mostra que ele representou hipótese bastante atípica, tendo envolvido uma considerável instrução por parte do órgão e até mesmo uma consulta pública para colher comentários à minuta de resposta¹⁷. De maneira geral, a atuação do órgão no controle de condutas é fundamentalmente repressiva.

3. 1.7. Austrália, França, Espanha

Finalmente, não há previsão de consultas semelhantes àquelas referidas acima no âmbito das autoridades australiana, francesa e espanhola.

No caso da Austrália, contudo, é preciso destacar a existência de um procedimento de autorização prévia para certas práticas empresariais, como acordos de exclusividade, ou fixação de preços de revenda, por exemplo. Tais autorizações, uma vez (e se) concedidas, funcionam como uma garantia de imunidade da conduta em questão no que se refere a possíveis sanções futuras pela autoridade antitruste. Trata-se, portanto, de um mecanismo de submissão prévia de contratos semelhante ao controle preventivo de estruturas, que pode, eventualmente, encontrar alguma correspondência com a previsão genérica de análise, na Lei n. 12.529/2011, de “contratos associativos”, a qual, todavia, ainda está pendente de regulação pelo CADE.

3.2. Alguns outros órgãos brasileiros

3.2.1. Receita Federal

No Brasil, uma das experiências mais antigas em termos de consultas a órgãos administrativos é representada pela *consulta sobre a interpretação da legislação tributária*, cabível no âmbito da Receita Federal.

Em seu formato atual, essa consulta remonta à própria criação da Secretaria da Receita Federal, no final da década de 1960, e foi regulamentada subsequentemente por meio do Decreto n. 70.235/72, ainda em vigor, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Esse decreto regulamentou a consulta fiscal, no que interessa ao presente estudo, nos seguintes termos:

Art. 46. O sujeito passivo poderá formular consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado.

¹⁵ V. ob cit (nota 7 acima), p. 224.

¹⁶ Idem, p. 300.

¹⁷ Cf. http://www.ofit.gov.uk/shared_ofit/reports/comp_policy/ofit450.pdf

Parágrafo único. Os órgãos da administração pública e as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais também poderão formular consulta.

Art. 47. A consulta deverá ser apresentada por escrito, no domicílio tributário do consulente, ao órgão local da entidade incumbida de administrar o tributo sobre que versa.

Art. 48. Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I - de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II - de decisão de segunda instância.

Art. 49. A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou autolancado antes ou depois de sua apresentação, nem o prazo para apresentação de declaração de rendimentos.

Art. 50. A decisão de segunda instância não obriga ao recolhimento de tributo que deixou de ser retido ou autolancado após a decisão reformada e de acordo com a orientação desta, no período compreendido entre as datas de ciência das duas decisões.

Art. 51. No caso de consulta formulada por entidade representativa de categoria econômica ou profissional, os efeitos referidos no artigo 48 só alcançam seus associados ou filiados depois de cientificado o consulente da decisão.

Art. 52. Não produzirá efeito a consulta formulada:

I - em desacordo com os artigos 46 e 47;

II - por quem tiver sido intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto da consulta;

III - por quem estiver sob procedimento fiscal iniciado para apurar fatos que se relacionem com a matéria consultada;

IV - quando o fato já houver sido objeto de decisão anterior, ainda não modificada, proferida em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente;

V - quando o fato estiver disciplinado em ato normativo, publicado antes de sua apresentação;

VI - quando o fato estiver definido ou declarado em disposição literal de lei;

VII - quando o fato for definido como crime ou contravenção penal;

VIII - quando não descrever, completa ou exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade julgadora.

(...)

A consulta tributária é objeto ainda de uma série de dispositivos normativos adicionais, como a Lei 9.430/96, que trata do assunto em seus artigos 48 a 50, a Instrução Normativa n. 740/07, da Secretaria da Receita Federal, e a Lei n. 11.457/07, que unificou a receita tributária e previdenciária e estendeu para este último campo a aplicação das consultas. De larga utilização, chamam a atenção, desde logo, algumas importantes coincidências entre a regulamentação da consulta fiscal no Brasil e algumas das preocupações já mencionadas e abordadas acima.

Assim, por exemplo, a consulta tributária, no Brasil:

- impede a instauração de procedimento sancionatório contra a parte consulente durante a sua pendência, e desde que sua resposta seja, a partir da data em que emitida, observada por essa mesma parte;
- é vinculante, nos termos em que respondida, para a autoridade que a emite, mas permite a mudança de posicionamento, desde que a nova interpretação se aplique apenas para o futuro,
- pode ser formulada por entidade representativa de categoria econômica ou profissional, hipótese em que alcançará seus associados ou filiados depois de cientificado o consulente da decisão;
- só produz efeito em relação a situações apresentadas em tese se o fato subsequentemente concretizado for exatamente aquele sobre o qual versou a consulta previamente formulada; e
- não é admissível, entre outras hipóteses:
 - para esclarecer fato que já seja objeto de litígio ou investigação, de que o consulente faça parte, quer na esfera judicial ou administrativa,
 - quando se referir a situação já examinada pela autoridade fiscal,
 - quando seu objeto não for descrito de maneira suficientemente precisa, não descrever, completa e exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução, referir-se a fato genérico, ou, ainda, não identificar com clareza o dispositivo da legislação tributária sobre cuja aplicação haja dúvida;
 - quando formulada por pessoa não interessada,
 - quando referir-se a tema fora da competência da Receita Federal,
 - quando versar hipótese já disciplinada em ato normativo publicado; e
 - quando versar sobre a constitucionalidade da legislação tributária.

Entre os pontos acima, merece especial destaque a possibilidade de mudança de orientação por parte da Receita, que não é obstada pela existência de consulta já respondida em sentido contrário, mas sob a ressalva de que a nova orientação atingirá apenas os fatos geradores que ocorrerem após a sua publicação na imprensa oficial ou após a ciência do consulente, exceto se a nova orientação lhe for mais favorável, caso em que esta atingirá, também, o período abrangido pela solução anteriormente dada.

3.2.2. Comissão de Valores Mobiliários

Na Comissão de Valores Mobiliários a consulta é prevista em virtude de dispositivo expresso de lei, consistente no artigo 13 da Lei n. 6.385/76, que dispõe:

Art . 13. A Comissão de Valores Mobiliários manterá serviço para exercer atividade consultiva ou de orientação junto aos agentes do mercado de valores mobiliários ou a qualquer investidor.

Parágrafo único. Fica a critério na Comissão de Valores Mobiliários divulgar ou não as respostas às consultas ou aos critérios de orientação.

Trata-se, contudo, de procedimento que tem sido mantido pelo órgão em um nível bastante informal, podendo a interação dar-se, inclusive, através do preenchimento de um formulário na Internet.

3.2.3. Tribunal Superior Eleitoral

Outro exemplo interessantíssimo de uso das consultas no Brasil, e agora no âmbito do próprio Poder Judiciário, é encontrável no contexto da justiça eleitoral. De fato, o artigo 23 do Código Eleitoral estabelece a competência do TSE para “*responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político,*” e os Tribunais Regionais Eleitorais possuem, nos termos do artigo 30, competência semelhante, mas apenas para responder consultas formuladas por “*autoridade pública ou partido político.*”

A previsão legal e o uso frequente do mecanismo são compreensíveis quando se tem em conta a especial necessidade de fornecer segurança às relações jurídicas no âmbito eleitoral. A disciplina preventiva, nesse campo, é sempre melhor que a atuação *a posteriori*, pois o *status quo ante* de uma eleição não pode ser revertido com facilidade.

No ano passado, foram julgadas pelo TSE 8 (oito) consultas. A mais recente envolveu temas ligados ao regime de inelegibilidades e ao seu prazo de duração. Entre as demais, colhem-se diversos acórdãos interessantes dispondo sobre as condições de cabimento da própria consulta. O julgamento da Consulta n. 1517-51.2011.6.00.000 estabeleceu, por exemplo, que “*a consulta pressupõe uma dúvida plausível quanto ao alcance do preceito legal, o que não ocorre quando o Tribunal já se manifestou sobre o tema.*” E, no julgamento da Consulta n. 265-42.2013.6.00.0000, ficou registrado que “*os parâmetros para o conhecimento das consultas devem ser extremamente rigorosos, sendo imprescindível que os questionamentos sejam formulados em tese e, ainda, de forma simples e objetiva, sem que haja a possibilidade de se dar múltiplas*

respostas (...). Se o questionamento formulado pelo consulente não detém a especificidade necessária, de modo a permitir um preciso enfrentamento da questão, não há como responder a consulta, porquanto seriam exigidas suposições e interpretações casuísticas”.

3.2.4. Tribunal de Contas da União

Finalmente, merece nota o artigo 1º da Lei n. 8.443/92, que atribui ao Tribunal de Contas da União a competência para “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno”. A resposta a essas consultas, conforme disposto no § 2º do mesmo artigo de lei, “tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.”

A normatização do procedimento correspondente a essas consultas pode ser encontrada nos artigos 264 e 265 do Regimento Interno do órgão, que tem o seguinte teor:

Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal;

II – Procurador-Geral da República;

III – Advogado-Geral da União;

IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;

V – presidentes de tribunais superiores;

VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente;

VII – comandantes das Forças Armadas.

§ 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Cumulativamente com os requisitos do parágrafo anterior, as autoridades referidas nos incisos IV, V, VI e VII deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

§ 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

§ 4º A decisão sobre processo de consulta somente será tomada se presentes na sessão pelo menos sete ministros, incluindo ministros-substitutos convocados, além do Presidente.

Art. 265. O relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos do artigo anterior ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente.

4. Balanço das experiências, problemas identificados e propostas de solução

A partir da análise das diversas experiências nacionais e estrangeiras mencionadas acima e, especialmente, do histórico do próprio CADE no âmbito da legislação anterior, é possível estabelecer algumas conclusões importantes sobre o mecanismo das consultas administrativas e sua regulação ideal.

A primeira dessas conclusões diz respeito, naturalmente, à enorme relevância das consultas administrativas, especialmente em matéria antitruste. Para os jurisdicionados, trata-se de um instrumento capaz de fornecer segurança jurídica e viabilizar uma administração mais racional de riscos na realização de negócios inovadores. Para a autoridade antitruste, consiste em um mecanismo de ampliação de sua capacidade de *enforcement*, viabilizando uma tutela de natureza preventiva e não meramente punitiva, com os evidentes ganhos de eficiência daí decorrentes. E tudo isso é tão mais potencializado quanto maior seja o grau de indeterminação normativa presente no campo em que se aplica a consulta, o que significa que o mecanismo é, por exemplo, muito mais importante no âmbito da concorrência do que em outros ramos do direito de jurisprudência mais assentada e, mesmo no campo da concorrência, é muito mais importante na esfera das relações verticais e condutas unilaterais (em que o permitido e o proibido são campos frequentemente pouco claros) que na das colusões, em que as práticas são mais ou menos típicas e as zonas de licitude e ilicitude mais ou menos conhecidas.

Sem prejuízo disso tudo, a segunda grande conclusão que se pode tirar diz respeito, fundamentalmente, ao balanço que deve haver, na regulamentação da consulta, entre regras que permitam o atendimento desses objetivos de segurança jurídica e *enforcement* preventivo, e regras que garantam à autoridade, simultaneamente, (i) um nível adequado de informação sobre as hipóteses em análise, que lhe permita decidir com segurança sobre elas, e (ii) flexibilidade para revisar seus posicionamentos, seja em virtude de (ii.a) mudança na orientação do órgão quanto à interpretação da lei em tese (ou seja, de evolução jurisprudencial), seja em decorrência de (ii.b) transformação nas hipóteses de fato que ensejaram as respostas anteriores.

Esse balanço, no entanto, é perfeitamente possível de ser obtido, e alguns dos exemplos analisados neste estudo dão indicações de como isso pode ocorrer.

No que diz respeito à segurança jurídica, o ponto crucial é que a resposta às consultas tenha algum tipo de efeito vinculante em relação à autoridade que as responde, ainda que essa vinculação se dê, evidentemente, na medida e exclusivamente à luz da situação e dos fatos expostos na consulta. É o que acontece, por exemplo, no caso das consultas respondidas pelo próprio Colegiado do FTC, no âmbito antitruste, ou, no âmbito do direito brasileiro, com as consultas respondidas pela Receita Federal, Justiça Eleitoral e Tribunal de Contas da União.

Já no que respeita à flexibilidade que deve ser mantida para o órgão, os exemplos estudados também dão pistas de como deveria se organizar a regulação. No FTC,

novamente, as respostas fornecidas pelo Colegiado *não prejudicam o direito da Comissão de reconsiderar as questões envolvidas e, se o interesse público o exigir, determinar, inclusive, a cessação posterior da conduta, mediante notificação da parte*. Tal poder se coaduna com o necessário grau de vinculação que a resposta deve ter para ser capaz de proporcionar segurança jurídica na medida em que a resposta anterior *impede a Comissão de processar o consulente por ações adotadas de boa fé com base na resposta anterior, enquanto ela tiver vigorado*. Além disso, os limites desse salvo-conduto são justamente os dos fatos apresentados *tal como apresentados na consulta anterior*, que é respondida, portanto, *in statu assertionis*.

Mecanismo muito semelhante a esse foi encontrado em diversos outros âmbitos, inclusive na própria jurisprudência anterior do CADE, que ressaltou na Consulta n. 58/00, por exemplo, que a resposta deve ser entendida *“nos limites – inclusive fáticos – da exposição da consulente”*, e ponderou, na Consulta n. 48/99, que a autorização para a prática da conduta ali considerada estaria circunscrita *pelos princípios e premissas da resposta*. O mesmo se pratica no âmbito da Receita Federal e da Justiça Eleitoral, por exemplo.

Ademais, alguns outros princípios são comuns a várias das experiências analisadas, como os de que (i) a conduta objeto da consulta não pode ser objeto de processo administrativo sancionatório concomitante, (ii) sua descrição deve ser precisa o bastante para permitir uma resposta bem fundamentada, (iii) não se deve permitir, no âmbito da consulta, instrução adicional extensiva (ponto esse repisado, como visto, no voto do Conselheiro Gilvandro Araújo proferido na Consulta n. 08700.000207/2014-02), e (iv) a parte consulente deve ser, de alguma forma, interessada diretamente no problema (ponto também ressaltado no recente voto do Conselheiro Araújo).

Por último, é de se destacar que a jurisprudência do CADE desses últimos 17 anos demonstra que as consultas são úteis não apenas no campo das condutas já iniciadas, mas também (e talvez até sobretudo) no das condutas simplesmente planejadas e, ainda, no das hipóteses em tese de submissão de atos de concentração. Tais temas deveriam, portanto, ser incluídos em uma regulamentação que se queira efetiva e abrangente.

Resta saber, contudo, se esses princípios e guias todos podem ser legalmente transpostos para a regulamentação infralegal do instituto pelo CADE, o que se deve responder positivamente, em virtude das razões derradeiras expostas a seguir.

5. Limites legais para a regulamentação do CADE

Na Lei n. 12.259/2011, a previsão genérica da consulta resultou bastante lacônica, deixando boa parte da regulação correspondente ao encargo do CADE. Os dispositivos da lei relacionados à consulta foram, como já dito, os seguintes parágrafos do artigo 9º:

§ 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§ 5º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4º deste artigo

Ocorre, contudo, que a possibilidade de resposta a consultas sequer precisaria estar expressamente prevista em lei como competência específica do CADE, já que se insere no contexto do direito geral de petição que assiste a todos os jurisdicionados, encontrando, ainda, contrapartida na capacidade do CADE de interpretar, em seu âmbito de competência, a legislação antitruste, ou, como dizem expressamente os incisos I e IV do mesmo artigo 9º, “*zelar pela observância desta Lei*” e “*ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar*”.

Portanto, ao prever as consultas no âmbito do CADE, a Lei n. 12.259/2001 não faz outra coisa senão tornar explícita uma competência que já seria, de todo modo, implícita para o órgão, o que aliás já foi objeto de extensa análise no CADE, quando da revogação, já comentada no início deste estudo, do artigo 59 da Lei n. 8.884/94.

Mas o texto legal atual não é desprovido de importância. Isso porque ele atribuiu a resposta às consultas como competência do *Tribunal Administrativo* do CADE, estabelecendo, nesse particular, uma restrição que não pode ser contornada pela regulamentação. Além disso, ele indica que essa competência recai sobre *condutas em andamento*, expressão essa que deve ser lida, todavia, com a lente correta, para que não se interprete a lei de sorte a chegar-se a conclusões que a própria lei não quis tirar, e que seriam, de todo modo, equivocadas e insuficientes.

Assim, ao referir-se a – “*condutas*” – “*em andamento*” – a lei não está, de forma alguma, procurando excluir (i) as consultas sobre práticas *ainda não iniciadas* e, muito menos, (ii) as consultas sobre a interpretação da legislação atinente a *atos de concentração e suas hipóteses de sua submissão*.

Muito ao contrário, o sentido, na lei, da expressão *conduta* é, em primeiro lugar, o de *prática empresarial*, podendo englobar tanto o que costumamos chamar de *condutas strito sensu* (ou seja, todas as práticas empresariais que não são atos de contração), quanto os próprios *atos de concentração*, desde que excluída em relação aos últimos, naturalmente, a própria análise de mérito, que é objeto de processo administrativo específico nos termos do artigo 88¹⁸.

Já o sentido da expressão *em andamento* é o de *prática planejada concretamente*, e assim já circunscrita e determinada em seus contornos fáticos, e não meramente *hipotética*. Ao dizer que as consultas serão sobre *condutas em andamento*, a lei não faz outra coisa senão proibir a resposta a consultas sobre situações meramente hipotéticas e abstratas, sem interesse prático imediato, já que não dotadas de qualquer substrato real. Proíbe, aliás, o exame de práticas em relação às quais não haja interesse concreto imediato de ninguém, o que é corrente nas várias jurisdições e exemplos analisados nesta pesquisa.

Assim, e desde que marcada pelo elemento de *concretude* que está sugerido na ideia de *práticas em andamento*, a consulta pode referir-se perfeitamente a práticas que venham a resultar em atos de concentração (direcionando-se, neste caso, a dúvidas quando à eventual necessidade de sua submissão para aprovação prévia). No campo das condutas (aqui consideradas *strito sensu*), pode dizer respeito tanto às já iniciadas

¹⁸ É isso, por sinal, o que o CADE já decidiu ao julgar a Consulta n. 08700.000207/2014-02, acima referida.

como às ainda não iniciadas, desde que sejam, naturalmente, todas condutas concretas, já desenhadas e planejadas em seus detalhes operacionais relevantes (estando, nesse sentido, *em andamento*), posto que pendentes ainda de implementação.

Finalmente, quanto à vinculação da resposta em relação à autoridade administrativa *nos termos dos fatos narrados*, a possibilidade de revisão futura das teses jurídicas, a aplicação exclusivamente para o futuro das novas interpretações, a exigência de interesse próprio, etc., tratar-se-ia apenas de implementação, pelo CADE, de princípios que já estão direta ou indiretamente presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de se recordar que a Lei n. 9.784/99 estabelece, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, não apenas a autoridade dos órgãos administrativos para interpretar a lei *e mudar com o tempo sua interpretação*, mas também a *impossibilidade de aplicação retroativa dessas novas interpretações*.

6. Conclusões

As análises contidas neste estudo apontaram, como visto várias vezes, para a existência de uma tensão entre dois valores opostos relacionados às consultas administrativas em matéria antitruste. Em certo sentido, esses valores direcionam-se, ambos, para a necessidade de garantia de *segurança* na aplicação das normas de concorrência, mas traduzem, cada qual, um aspecto distinto dessa mesma necessidade. De um lado está a busca de *segurança jurídica* por parte dos jurisdicionados, a exigir um procedimento de análise prévia de práticas empresariais que possa garantir um direcionamento seguro para os comportamentos privados e evitar punições desnecessárias. Do outro, está a necessidade de garantir *segurança decisória* para a autoridade, que exige que suas decisões sejam baseadas, sempre, em informação suficiente, e possam ser temperadas e moduladas em vista de alterações eventuais ocorridas não apenas nas estruturas de mercado e em eventuais fatos analisados, mas também no próprio entendimento do órgão quanto à aplicação da lei em tese.

Os princípios fundamentais que decorrem de cada um desses valores opostos podem ser resumidos no quadro abaixo:

Segurança Jurídica para os Administrados	Segurança Decisória para a Autoridade
<ul style="list-style-type: none">• Exige a existência de um mecanismo de análise prévia de práticas comerciais e contratos, que possa ser acessado a critério da parte;• Exige que a resposta a esse pedido de análise consista, em alguma medida relevante, em verdadeira autorização	<ul style="list-style-type: none">• Exige informação suficiente sobre uma determinada prática empresarial para que a autoridade possa se manifestar a respeito dela;• Exige mecanismos de vinculação que sejam capazes de viabilizar a reação da autoridade a eventuais alterações nas

<p>para a prática do ato em questão, com algum caráter vinculante em relação à autoridade;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Exige que a prática do ato nos termos autorizados não possa ensejar nenhum tipo de punição posterior caso a autoridade venha a mudar de ideia. 	<p>condições de mercado ou nos fatos envolvidos no caso;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Exige mecanismos de vinculação que sejam adaptáveis às naturais evoluções na jurisprudência do órgão.
---	--

Nesse contexto, as várias experiências analisadas neste estudo podem ser lidas, de certo modo, como tentativas diferentes de resposta à tensão existente entre esses dois conjuntos de objetivos aparentemente antagônicos.

Na experiência estrangeira, exemplo, o caráter não vinculante da resposta às consultas parece ser mais frequente que o inverso, notando-se ainda uma preocupação especial com a existência de informações suficientes para a conclusão. Aparentemente, predomina o receio das autoridades de, por meio da consulta, gerarem um salvo conduto para a prática de atos que podem não estar suficientemente descritos nesse momento inicial. A contrapartida negativa dessa postura receosa parece ser, contudo, o pequeno avanço em termos de segurança jurídica que ela proporciona, resultando em algo não muito diferente do que tem ocorrido no Brasil até agora. Até por isso, as críticas ao uso ainda contido dos mecanismos de consulta em várias jurisdições estrangeira tem sido constante.¹⁹

A boa notícia que parece ser trazida pelo estudo, no entanto, é que esses valores podem não ser necessariamente tão antagônicos assim.

Se procurarmos extrair do conjunto de experiências nacionais e estrangeiras analisadas algumas de suas ideias mais interessantes no que diz respeito a ambas as preocupações supra mencionadas, será possível construir um arcabouço regulatório que leve em consideração todas essas necessidades contrapostas, e que seja capaz de estabelecer, entre elas, um equilíbrio razoavelmente proporcional.

O ponto de partida inicial desse equilíbrio parece ser a necessidade, incontornável, de que a resposta à consulta gere de fato uma autorização para a prática do ato analisado por parte do consulente, isentando-o de punição subsequente. Do contrário, deixaria simplesmente de fazer sentido para o jurisdicionado utilizar o mecanismo, e é isso justamente o que se viu ocorrer no caso brasileiro, ainda mais depois que o artigo 102 do Regimento Interno antigo do CADE estabeleceu expressamente essa ausência completa de vinculação.

Por outro lado, a regulação do assunto no FTC fornece o exemplo de uma excelente válvula de escape à alternativa simplista contrária que seria representada pelo estabelecimento, puro e simples, de um caráter vinculante absoluto para a resposta às consultas. Essa regulação, como visto, impede que as partes sejam punidas por

¹⁹ Por exemplo, a necessidade de se fazer uso mais extensivo das “orientações informais” foi uma das principais conclusões da Mesa Redonda organizada pelo OFT em 2010 sobre sua proposta de Guia Horizontal. O conjunto das conclusões do evento pode ser consultado em < <http://www.ofit.gov.uk/news-and-updates/events/horizontal-guidelines/synopsis> >.

condutas autorizadas pelo Colegiado do órgão pelo tempo em que perdurar a autorização, mas não impede que o FTC venha a revisitar o assunto, seja para rever sua jurisprudência, seja para ajustar-se a eventuais novos movimentos de mercado. O ponto aqui é que os novos entendimentos não podem se aplicar retroativamente, garantia essa que parece ser suficiente a assegurar a necessária preservação do valor relacionado à segurança jurídica para os administrados.

Exemplos semelhantes de vinculação “equilibrada” são encontráveis em outras instâncias administrativas nacionais. Não por acaso, são aquelas em que a consulta é utilizada com melhores frutos, como é o caso, por exemplo, da Receita Federal.

A vista desses elementos, a proposta de regulamentação anexa procurou extrair, do material analisado, aquelas que pareceram ser as melhores respostas à tensão identificada acima, construindo um modelo em que, basicamente, (i) se exige um nível suficiente de informação para que o órgão possa se pronunciar sobre a consulta, (ii) se estabelece que a análise se dá à luz dos fatos narrados pelo próprio consulente e nos limites em que esses fatos vierem a corresponder à eventual prática futura, (iii) a resposta gera autorização para a prática do ato nos limites narrados, impedindo a punição da parte desde que ela permaneça dentro desses limites, e (iv) a autoridade permanece livre para ajustar posteriormente sua decisão, desde que isso não implique a aplicação retroativa de nova interpretação.

Esses princípios fundamentais parecem promover a síntese possível e mais eficaz entre os valores contrapostos já mencionados, e consistem no cerne da proposta aqui formulada. Contudo, além deles, foram também colhidos elementos importantes das experiências analisadas acerca de outros aspectos da consulta, como, por exemplo, sua utilidade para o esclarecimento também das condições de notificação de atos de concentração (já inclusive reconhecida pelo CADE em seus recentes julgamentos à luz da nova legislação), as exigências procedimentais fundamentais que devem estar a ela relacionadas, como por exemplo a de interesse direito do consulente no assunto consultado (*idem*), a impossibilidade de a consulta versar sobre prática em curso de investigação, etc.

O que se espera, com tais sugestões, é que elas possam fomentar um amplo e bem embasado debate sobre os limites desejáveis para a regulamentação do instituto no Brasil, de sorte a potencializar o uso desse importante mecanismo sem que isso implique, por outro lado, desconsideração de quaisquer dos valores fundamentais envolvidos em sua utilização.

ANEXO I:

Proposta de regulamentação das consultas no CADE

Sessão I

DAS HIPÓTESES EM QUE É ADMITIDA A CONSULTA AO CADE

Art. 1º. Qualquer parte interessada poderá formular consulta ao Tribunal Administrativo do CADE, solicitando-lhe seu posicionamento sobre a aplicação da legislação concorrencial em relação a hipóteses de fato específicas, nos termos da presente resolução.

Art. 2º. As consultas aqui regulamentadas poderão versar sobre:

- I.** o enquadramento de certas operações empresariais, ou de certas categorias de operações empresariais, às regras de submissão prévia obrigatória estabelecidas no artigo 88 da Lei n. 12.529/2011;
- II.** a interpretação da legislação ou da regulamentação do CADE atinentes ao controle de atos de concentração, em relação a certas operações ou hipóteses de fato adequadamente definidas;
- III.** a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela parte consulente, ou
- IV.** a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela parte consulente.

Sessão II

DA SOLICITAÇÃO E DE SEUS REQUISITOS

Art. 3º. O pedido de consulta deverá obrigatoriamente conter:

- I.** a qualificação da parte consulente e de todas as demais partes envolvidas;
- II.** a indicação precisa de seu objeto, incluindo uma descrição completa e exaustiva de todos os fatos reputados relevantes;
- III.** toda a documentação necessária à análise ;

- IV. a indicação de todos os dispositivos de lei e precedentes do CADE eventualmente relacionados ao seu objeto, bem como da questão específica que se pretende ver respondida;
- V. a comprovação do legítimo interesse da parte; e
- VI. quando se tratar da hipótese prevista no art. 2º, III, a declaração de que os fatos objeto da consulta não são objeto de nenhuma investigação ou processo administrativo pendentes ou já julgados pelo CADE.

Parágrafo primeiro. A consulta poderá ser formulada por associação empresarial ou entidade de classe, desde que demonstrado o interesse jurídico pessoal e direto de seus associados na resposta.

Parágrafo segundo. Os autos da consulta, a partir da formulação do pedido inicial, serão disponibilizados no sítio do CADE da Internet e lhes será dado tratamento público. Não obstante, caso haja risco de prejuízo às partes ou nítido interesse público envolvido, poderá ser deferido o acesso restrito a certas informações específicas contidas nos autos, ou, em caráter excepcional e sempre temporário, ao próprio pedido inicial, observando-se em qualquer caso o disposto nos artigos 50 e seguintes do Regimento Interno do CADE.

Art. 4º. A consulta será indeferida de plano quando:

- I. houver sido formulada por terceiro não envolvido diretamente na transação ou conduta submetidas a análise;
- II. disser respeito a práticas que estejam em curso de investigação junto ao CADE ou que já tenham sido consideradas pelo órgão como infrações à ordem econômica;
- III. exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos e comprovados na consulta, ou demandar instrução adicional exaustiva;
- IV. envolver questão puramente hipotética;
- V. não permitir, a partir exclusivamente das informações fornecidas, uma resposta adequadamente informada por parte do CADE;
- VI. envolver tema alheio às competências do CADE;
- VII. versar hipótese já disciplinada em ato normativo ou súmula do CADE.

Sessão III DO PROCESSAMENTO DO PEDIDO

Art. 5º. O pedido será dirigido ao Presidente do CADE, que determinará seu registro e providenciará sua distribuição, mediante sorteio, a um dos demais membros do Tribunal Administrativo, na primeira sessão de distribuição subsequente.

Art. 6º. Ao receber o consulta, o relator sorteado examinará de plano suas condições de admissibilidade, indeferindo desde logo o pedido que não atender aos requisitos desta resolução, hipótese em que sua decisão deverá ser referendada pelo Plenário do Tribunal na primeira sessão de julgamento subsequente.

Art. 7º. Se deferir o processamento da consulta, o relator deverá, imediatamente:

- I.** chamar os autos à conclusão em seu gabinete, caso entenda estarem presentes todas as informações necessárias à análise, devendo devolver o processo à mesa para julgamento no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, ou
- II.** determinar, se necessário, a prestação de informações adicionais pelas partes, podendo ainda solicitar, em caráter excepcional, diligências ou pareceres adicionais, desde que tal instrução adicional não se estenda por período superior a 30 (trinta) dias, e desde que autorizado para tanto pelo Plenário.

Art. 8º. Caso entenda necessário, o relator poderá também solicitar a manifestação da ProCADE ou do DEE sobre o objeto da consulta, encaminhando-lhes cópia do requerimento e solicitando seu exame no prazo máximo de 10 (dez) dias, que será utilizado concomitantemente pelos dois órgãos, caso seja requerida a manifestação de ambos.

Art. 9º. A consulta será analisada e respondida com base nas informações prestadas pela parte consulente, podendo o Relator valer-se, contudo, de quaisquer outras informações adicionais disponíveis em fontes públicas dotadas de credibilidade, ou constantes de decisões ou análises anteriores do CADE às quais já tenha sido dada adequada publicidade.

Art. 10º. A parte consulente pode, a qualquer momento antes da decisão, manifestar desistência da consulta formulada, mas as informações até então fornecidas permanecerão em poder do CADE e poderão ser utilizadas pelo Conselho em processos subsequentes que envolvam a mesma parte.

Sessão IV DA DECISÃO E DE SEUS EFEITOS

Art. 11º. A resposta à consulta se circunscreverá especificamente ao exame da questão que constar de seu objeto, e será vinculante para o Tribunal Administrativo nos limites estritos dos fatos originalmente expostos pelas partes consulentes e desde que respeitados, por estas, os princípios, premissas e ressalvas eventualmente constantes da decisão.

Art. 12º. O caráter vinculante da resposta, tal como circunscrito nos termos do artigo anterior, impedirá a punição da parte por atos praticados de boa-fé em estrita conformidade com a orientação recebida, mas não prejudicará o direito do Tribunal de reconsiderar posteriormente sua interpretação sobre as questões jurídica envolvidas, ou mesmo, se o interesse público assim o exigir, de determinar, subsequentemente, a

cessação da própria prática analisada, em virtude da existência de fatos ou motivos novos, e mediante notificação escrita à consulente.

Parágrafo primeiro. Caso o Tribunal venha a determinar, na forma deste artigo, a cessação posterior da prática analisada, tal cessação deverá ser providenciada pela parte interessada imediatamente após sua notificação, sob pena de ela poder ser punida, a partir dessa data, por qualquer fato ou ato subsequente à notificação.

Parágrafo segundo. Caso ocorra mudança de orientação do Tribunal quanto a questões jurídicas já decididas em consulta anterior, essa mudança observará o quanto disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/99, aplicando-se exclusivamente a eventos posteriores à nova interpretação.

Art. 13º. As decisões do Tribunal que forem emitidas em resposta às consultas previstas nesta resolução serão publicadas na íntegra no sítio do CADE na Internet, em local de destaque, servindo como orientação para o mercado acerca das práticas e situações constantes de seu objeto.

Parágrafo único. Da versão pública das decisões mencionadas neste artigo serão suprimidas exclusivamente as informações absolutamente essenciais à proteção de eventuais segredos industriais das partes, e desde que os trechos públicos permitam, de forma ampla, a compreensão das posições adotadas pelo Tribunal quanto ao objeto da consulta.

Art. 14º. Quando o fundamento da consulta for, direta ou indiretamente, a existência de precedentes anteriores do CADE divergentes quanto ao seu objeto, o Tribunal poderá, a seu critério, dar ao julgamento eficácia adicional de uniformização de jurisprudência, hipótese em que fará editar súmula atinente a seu objeto.

Parágrafo único. A aprovação concomitante da súmula, nos termos previstos neste artigo, dispensará os requisitos dos incisos I e II do Art. 65, Par. 2º, do Regimento Interno do CADE, mas exigirá o voto favorável de no mínimo 6 (seis) dos 7 (sete) membros do Tribunal, podendo votar, no que diz respeito especificamente à edição do verbete, inclusive os Conselheiros eventualmente impedidos para o exame da consulta especificamente considerada.

Art. 15º. A consulta não respondida em 60 dias de sua apresentação ao CADE autoriza a parte à realização provisória dos atos nela declarados, impedindo a aplicação de sanções por fatos assim ocorridos na pendência de sua análise, até a notificação de eventual decisão em contrário.

Art. 16º. Quando, na hipótese do inciso III do Art. 2º desta Resolução, o Tribunal entender pela existência de indícios de ilicitude da conduta já iniciada, será determinada, na mesma decisão, a conversão do procedimento de Consulta em uma das espécies previstas nos incisos I, II ou III do Art. 48 da Lei n. 12.529/2011, respeitando-se os requisitos de instauração correspondentes a cada uma dessas espécies processuais.

Parágrafo primeiro. Ao ser intimado, na forma deste artigo, da conversão da Consulta em procedimento investigatório, poderá o Consulente propor, em 15 (quinze) dias de sua intimação, em petição dirigida ao Conselheiro-Relator, proposta

de Termo de Compromisso de Cessação da prática analisada, hipótese em que o pedido será processado diretamente no Tribunal, na forma dos artigos 179 e seguintes do Regimento Interno do CADE.

Parágrafo segundo. Ao analisar a proposta de compromisso mencionada no parágrafo anterior, o Tribunal levará em consideração, se pertinentes, os eventuais indícios de boa-fê por parte da Consulente que tenham sido colhidos no curso do processo de Consulta, evidenciados, principalmente, por sua iniciativa de trazer espontaneamente os fatos pertinentes ao conhecimento do CADE, especialmente para fins de realização do juízo de conveniência quanto à fixação, ou não, de contribuição pecuniária, ou de determinação de seu montante específico.

ANEXO II:
Consultas julgadas pelo CADE

Tabela n. 1
Casos julgados em plenário

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
25/06/1997	43	(11/94) 08000.024797/94-04	Paulo Dyrceu Pinheiro	Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias ANCOR	Não digitalizado
25/06/1997	43	(11/95) 08000.021251/94-66	Paulo Dyrceu Pinheiro	Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias ANCOR	Não digitalizado
22/10/1997	58	20/97	Leônidas Rangel Xausa	Ferreiro do Brasil Ind. Doceria e Alimentar Ltda.	Consulta sobre a legalidade da sugestão de preços máximos ao consumidor na embalagem do produto. Consulta conhecida e acolhida para declarar a licitude do uso da expressão “preço sugerido ao consumidor” nas embalagens do produto. Obs: o Relator manifestou sua opinião sobre a impossibilidade de conhecimento de consultas ante a revogação do art. 59 da Lei n. 8.884/94, mas registrou que adentraria o mérito em virtude de seu posicionamento ser minoritário no Conselho.
19/11/1997	62	14/96	Renault de Freitas Castro	Warner Lambert Ind. e Com. Ltda	Não digitalizado
26/11/1997	63	22/97	Arthur Barrionuevo Filho	Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo	Não digitalizado
18/03/1998	73	06/91 (autuada como Representação nº 84/91)	Lucia Helena Salgado e Silva	Departamento Nacional de Produção Mineral e Indaiaí Brasil Águas Minerais Ltda.	Notícia dada pelo DNPM ao CADE sobre a transferência de direitos de lavra à Indaiaí, nos termos do art. 74 das Lei n. 4.137/62 e art. 4º da Lei n. 8.158/91. Consulta conhecida e operação aprovada por decurso de prazo.
13/05/1998	80	28/98	Renault De Freitas Castro	Abras - Associação Brasileira De Supermercados	Consulta solicitando posicionamento do CADE sobre projeto de lei que exigiria a comercialização de 80% do volume nacional de cervejas em vasilhames retornáveis. Consulta conhecida. Manifestação do CADE de que o projeto pode produzir efeitos restritivos à concorrência, podendo constituir barreira não tarifária à importação de cervejas.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
30/09/1998	96	08012.003442/98-21	Arthur Barrionuevo	Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Benecke-kaliko AG	Consulta sobre a necessidade de notificação ao CADE, nos termos do art. 54, de joint venture entre a Sansuy e a Banecke-Kaliko. Consulta convertida em Ato de Concentração, com aprovação da operação correspondente.
07/10/1998	97	29/98	Mércio Felsky	Bierville Distribuidora de Bebidas Ltda.	Não digitalizado
10/03/1999	114	PA 08000.010318/94-73 (Apenso: Consultas 20/93 e 21/93)	Ruy Santacruz	Comitê de Integração das Entidades Fechadas de Assistência à Saúde	Consultas formuladas pelo CEIFAS apresentando convênio com a AMB para aplicação de acordo de preços, e questionando o CADE sobre a compatibilidade do convênio com o Despacho n. 294/93 do órgão. O convênio acabou não entrando em vigor e a CEIFAS representou ao CADE contra a AMB, alegando a ilicitude do alinhamento de preços pela entidade. A representação foi julgada procedente, com condenação da AMB, e as consultas foram consideradas prejudicadas.
31/03/1999	117	31/99	Mércio Felsky	Ministério da Saúde	Consulta formulada pelo MS ao CADE para interpretação da lei em tese. Perguntou-se quais condutas poderiam levar à imposição da pena de recomendação da licença compulsória de patentes, e qual o grau de vinculação da decisão do CADE em relação ao INPI. Consulta conhecida e respondida.
07/04/1999	118	25/97	Ruy Santacruz	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo-SABESP	Consulta sobre a licitude da reestruturação de preços da SABESP, e sobre a possível caracterização dessa reestruturação como exercício abusivo de posição dominante. Consulta conhecida e respondida, com a declaração de que a reestruturação, na forma apresentada, não é capaz de causar prejuízos à livre concorrência.
14/04/1999	119	30/98	João Bosco Leopoldino da Fonseca	Omlton Bento de Sousa Filho (Vereador de Uberaba)	Consulta sobre projeto de lei destinado a regulamentar as relações entre estacionamentos e usuários no município. Consulta encaminhada ao DNPDC, por envolver matéria de consumo, e não de concorrência.
28/04/1999	120	21/97	Ruy Santacruz	Grupo Executivo para Modernização dos Portos - GEMPO	Convite formulado ao CADE para participar de discussão sobre a cobrança da THC, protocolado como consulta. Determinação final de arquivamento, por não se tratar efetivamente de uma consulta, com remessa de peças à SDE para verificar possíveis infrações à ordem econômica.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
28/04/1999	120	24/97	João Bosco Leopoldino	Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria e de Massas Alimentícias e Biscoitos do Estado de Minas Gerais	Consulta acerca de exigências formuladas pelo Conselho Regional de Química às afiliadas da consulente. Consulta não conhecida, por não dizer respeito a temas de defesa da concorrência.
28/04/1999	120	32/99	Lucia Helena Salgado e Silva	MPO - Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro	Informação acerca de possíveis infrações à ordem econômica relacionadas a licitações para compras de gases hospitalares. Consulta "respondida" com a determinação à SDE de instauração de processo administrativo contra a Aga e a White Martins.
07/07/1999	SEJ 8	33/99	Marcelo Calliari	Minorco Sociéte Anonyme	Não digitalizado.
21/07/1999	129	08012.004039/98-74	Marcelo Calliari	Citrovita Agro Industrial Ltda. Montecitrus Indústria e Comércio Ltda. Montecitrus Trading S/A	Consulta pedindo manifestação do CADE sobre a ausência de danos à concorrência decorrentes do contrato de prestação de serviços industriais firmado entre as partes. Consulta conhecida e respondida, com a declaração de que o contrato não causa danos ao mercado ou à concorrência.
04/08/1999	131	34/99	Lucia Helena Salgado E Silva	Rádio Táxi Brasília Ltda.	Consulta sobre a legalidade de decreto do GDF que limitou a concessão de descontos na tarifa de táxis. Consulta conhecida e respondida para determinar o envio de ofício ao Governador, propondo a adequação do decreto, e, caso não atendida essa solicitação, determinar o envio dos autos ao MP-DF, para ajuizamento de ação destinada a anular o decreto.
24/11/1999	147	46/99	Ruy Santacruz	Ferrero do Brasil Indústria Doceira e Alimentar Ltda.	Consulta idêntica à de número 20/97. Conhecida mas considerada prejudicada, em virtude do julgamento do processo anterior.
08/12/1999	149	41/99	Lucia Helena Salgado e Silva	Confederação Nacional do Comércio	Não digitalizado. O extrato do julgamento no D.O.J. dá a entender que se trataria, aparentemente, de consulta sobre a flexibilização dos horários de abertura do comércio, especialmente aos domingos, respondida no sentido de tal medida ser benéfica à concorrência, contra o voto do Conselheiro Mércio Felsky, que não conhecia da consulta por entender que se trata de assunto afeto às autoridades locais.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
15/12/1999	150	44/99	Hebe Teixeira Romano	Tele Leste Celular Participações S/A e Tele Sudeste Participações S/A	Consulta sobre a necessidade de notificação e operação de reorganização societária interna ao grupo empresarial. Resultado: "operação não conhecida", por não se enquadrarem as reorganizações societárias nas hipóteses do art. 54 da Lei n. 8.884/94.
19/01/2000	151	39/99	Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva	Monsanto do Brasil Ltda.	Consulta sobre a licitude da celebração de contratos de franquia, nos moldes da minuta fornecida, para comercialização do sistema <i>roundup ready</i> . Consulta conhecida e respondida, para declarar que o contrato, na forma submetida, não pode ser considerado como compatível com a legislação antitruste, e determinar a submissão prévia ao CADE de qualquer outro contrato com o mesmo objeto.
19/01/2000	151	45/99	Hebe Romano	Senador Eduardo Matarazzo Suplicy	Solicitação de estudos sobre a crie da aviação civil brasileira e o possível processo de fusão que vem sendo anunciado pelas companhias aéreas nacionais. Consulta conhecida e respondida, por meio de considerações gerais sobre a análise concorrencial no setor de aviação.
19/01/2000	151	36/99 (Ref.: AC nº 53500.002126/98)	João Bosco Leopoldino da Fonseca	Tele Centro Sul Participações S.A.	Não digitalizado.
08/03/2000	158	43/99	João Bosco Leopoldino da Fonseca	IAMs do Brasil Comercial, Exportadora e Importadora Ltda	Solicitação de que o CADE declare a inconstitucionalidade do Decreto n. 76.986/76, além de tipificar, em tese, a conformidade de certos atos da Administração com a legislação antitruste. Consulta não conhecida, por fugir às atribuições do CADE.
22/03/2000	160	38/99	Marcelo Calliari	Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE	Consulta sobre a nocividade, ou não, da guerra fiscal entre Estados, do ponto de vista da defesa da concorrência. Foi conhecida e respondida em extensa análise do Conselheiro Marcelo Calliari, atestando os efeitos anticompetitivos da prática de incentivos fiscais locais dentro da Federação e determinando a remessa de cópia do voto ao CONFAZ, ao STF e a outros órgãos federais.
24/05/2000	169	52/00	Mércio Felsky	Procon do Estado do Amazonas	Consulta sobre a legalidade da venda de gasolina diferenciada para taxistas. Consulta conhecida e respondida, afastando a possibilidade de preocupações concorrenciais decorrentes da conduta.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
09/08/2000	174	48/99	João Bosco Leopoldino da Fonseca	Vera Cruz Seguradora S.A.	Consulta sobre a legalidade da celebração de contratos de exclusividade com representantes, objetivando a venda de apólices de seguros. Consulta conhecida e respondida atestando a ausência de infração à concorrência, desde que o contrato se implemente e concretize com a observância de certos princípios.
06/09/2000	178	56/00	Hebe Romano	Ministério dos Transportes	Consulta sobre a possibilidade de transferência de concessão ferroviária. O julgamento foi suspenso para requisição de maiores informações ao MT, após divergência no plenário quando à inserção do tema nas competências do CADE ou do Poder Concedente. Arquivamento posterior da consulta, ante o silêncio do MT
06/09/2000	178	57/00	Hebe Romano	AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul	Consulta sobre a melhor forma de regular o sistema estadual de transporte coletivo, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual que o disciplinava. Consulta não conhecida..
11/10/2000	183	58/00	Celso Campilongo	Byk Química e Farmacêutica Ltda.	Consulta sobre a legalidade da política de credenciamento de distribuidores a ser adotada pela Consultante. Consulta conhecida e respondida, para declarar que tais práticas não podem ser consideradas anticoncorrenciais per se.
25/10/2000	185	55/00	João Bosco Leopoldino da Fonseca	Telepart Indústria e Comércio Ltda. e Volex Group Plc.	Não digitalizado.
25/10/2000	185	59/00	Celso Fernandes Campilongo	Cambuci S/A	Consulta acerca da licitude de práticas de concorrentes relativas ao enquadramento de produtos no IPI. Consulta não conhecida, por falta de legitimidade da consultante.
25/10/2000	185	64/00	João Bosco Leopoldino da Fonseca	Cosan S/A Indústria e Comércio e Union DAS	Não digitalizado
01/11/2000	186	62/00	Mércio Felsky	Enerpaulo - Energia Paulista Ltda. e Draft I Participações S.A.	Não digitalizado
22/11/2000	SRJ 2	65/00	Mércio Felsky	INTERVET S/A e DISTRIVET S/A	Não digitalizado

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
22/11/2000	188	60/00	Hebe Teixeira Romano	Associação Brasileira de Anunciantes – ABA, Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP, Federação Brasileira das Agências de Propaganda – Fenapro, Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert, Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura – ABTA, Associação Nacional de Editores de Revista – Aner, Associação Nacional de Jornais, e Central de Outdoor	Consulta sobre a legalidade de acordo de auto-regulamentação envolvendo agentes do setor de publicidade e propaganda. Consulta conhecida e respondida, recomendando-se às consulentes que adequem o acordo para reduzir barreiras à entrada, especificar critérios para a imposição de penas, e revisar o uso da tabela de preços.
06/12/2000	190	051/2000	Afonso Arinos de Mello Franco Neto	Terra Networks Brasil S/A	Consulta sobre a necessidade de apresentar, nos moldes do art. 54 da Lei n. 8.884/94, operações de aquisição de empresas pertencentes à própria rede de franquias da consulente. Consulta conhecida e respondida, para esclarecer que as operações devem ser apresentadas, inclusive de forma separada e individual.
13/12/2000	191	68/00	Celso Fernandes Campilongo	Souza Cruz S.A. e Companhia de Bebidas das Américas - AmBev	Consulta sobre a necessidade de notificação, nos termos do Art. 54 da Lei n. 8.884/94, de joint venture destinada a criar um portal para compra de MRO. Consulta conhecida e respondida para esclarecer que a operação, se realizada, deverá ser submetida ao controle de estruturas pelo CADE.
13/12/2000	191	61/00	Mércio Felski	Robert Bosch GmbH	Consulta convertida em ato de concentração, a ser apresentado na forma do art. 54 da Lei n. 8.884/94.
24/01/2001	194	67/00	Celso Fernandes Campilongo	Robert Bosch Limitada – Divisão Bosch de Freios.	Consulta sobre a legalidade de uma tabela de preços mínimos sugeridos à rede de distribuição. Consulta conhecida e respondida, para esclarecer que a adoção da tabela pode sujeitar a consulente e seus distribuidores às sanções cabíveis por prática anticompetitiva.
31/01/2001	195	70/00	Thompson Andrade	Salutia.com Inc. e Planetavida.com Inc.	Consulta sobre a necessidade de apresentação de operação ao CADE, nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94. Consulta não conhecida, por não se tratar de ato de concentração em tese, mas sim de ato já realizado.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
07/02/2001	196	69/00	João Bosco Leopoldino da Fonseca	Synteko Produtos Químicos S/A.	Consulta sobre contrato de cooperação exclusivo entre a Synteko e a ACM Wood Chemicals. Consulta convertida em Ato de Concentração.
14/03/2001	200	73/00	Hebe Teixeira Romano	Enerpaulo – Energia Paulista Ltda., Draft I Participações S/A	Não digitalizado.
07/11/2001	224	76/01	Thompson Andrade	Rádio e TV Bandeirantes Ltda	Consulta sobre a legalidade da vedação de veiculação de comercial que tenha como personagem artista contratado de emissora concorrente. Consulta não conhecida por falta de pagamento da taxa processual.
13/12/2001	SEJ 27	78/01	Ronaldo Porto Macedo Júnior	Philip Morris do Brasil S/A, Souza Cruz S/A	Consulta sobre a necessidade de submissão ao CADE de pacto celebrado entre as empresas para restringir a propaganda de cigarros para o público infantil e juvenil. Consulta não conhecida, por não haver relação entre o teor do pacto e as competências do CADE.
13/03/2002	238	77/00	Celso Fernandes Campilongo	Souza Cruz S.A. e Companhia de Bebidas das Américas – AmBev.	Consulta com teor semelhante ao da Co 68/00. Convertida em Ato de Concentração
03/04/2002	241	81/01	Thompson Andrade	IGB – Indústria Gráfica Brasileira S/A, RNR – Negócios e Representações Ltda e Produtos Alimentícios Pilar Ltda.	Consulta sobre o enquadramento da operação de compra de ativos aplicados na produção e comercialização de produtos alimentícios, em conjunto, por ambas as empresas. Consulta não conhecida, por tratar de ato de concentração em andamento, com esclarecimento pelo plenário das condições que autorizam a conversão da consulta em Ato de Concentração.
29/05/2002	248	79/01	Ronaldo Porto Macedo Júnior	Coelho da Fonseca Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Lopes Consultoria de Imóveis S/A	Consulta sobre a constituição de uma sociedade civil sem fins lucrativos destinada a promover e regulamentar, sob um aspecto ético, o mercado de lançamentos de imóveis. Consulta conhecida e respondida para esclarecer que, (i) em tese, as cláusulas de exclusividade e fixação de tabelas de preços mínimos podem constituir infração à ordem econômica, e (ii) a operação não se enquadra nas hipóteses do Art. 54 da Lei n. 8.884/94.
02/10/2002	263	80/01	Roberto Castellanos Pfeiffer	American Tower do Brasil Ltda.	Consulta sobre a necessidade de submissão, nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94, da aquisição de torres de telecomunicações pela consulente. Consulta conhecida e respondida, para esclarecer que as operações em questão não se enquadram nas hipóteses do Art. 54 da Lei n. 8.884/94.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
22/01/2003	277	83/02	Miguel Tebar Barrionuevo	Abifarma – Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica	Consulta sobre a legalidade da divulgação na internet do preço sugerido de venda ao consumidor final dos principais medicamentos comercializados no país. Consulta conhecida e respondida para esclarecer que a disponibilização na internet de preços máximos ao consumidor não caracteriza infração à ordem econômica, enquanto vigorar a Portaria n 37/92 da CAMED, e com ressalvas estipuladas no voto condutor do acórdão.
12/03/2003	281	08700.003164/2002-83	Fernando de Oliveira Marques	Escritório de Assessoria Jurídica José Oswaldo Corrêa	Consulta sobre a possibilidade de restringir em contrato social a possibilidade dos sócios de uma sociedade comercial contratarem serviços de sociedades concorrentes. Consulta conhecida e respondida “nos termos genéricos nos quais foi formulada”. Obs: Foram julgados na 315ª SOJ os ED 08700.00113/2003-06, referentes a essa mesma consulta.
17/03/2004	316	08/92	Thompson Andrade	Transbrasil S.A. Linhas Aéreas e Viação São Paulo S.A. - Vasp	Não digitalizado.
02/06/2004	323	37/99	Cleveland Prates Teixeira	Luiz Ribeiro – Deputado Federal	Solicitação de ação do CADE em defesa dos usuários de rodovias privatizadas, veiculando questões sobre o que é um monopólio, como aplicar esse conceito às rodovias, etc. Consulta não conhecida, por não se enquadrar nas hipóteses da Res. 18/98.
27/07/2005	352	08700.000400/2005-52	Pfeiffer	Comércio de Bebidas Branco	Consulta sobre as razões que levaram o CADE a aprovar a criação da AMBEV, com solicitação de informações correlatas. Consulta não conhecida, por não se enquadrar nas hipóteses da Resolução n. 18/98.
05/10/2005	358	84/02	Pfeiffer	Giroflex	Não digitalizado
17/02/2006	366	Consulta nº 08012.002751/1998-11 (Convertida no Ato de Concentração n.º 08012.002751/1998-11)	Fernando de Oliveira Marques	Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo Ltda – Copersucar e Açucareira Zillo Lorenzetti S/A	Consulta sobre a legalidade de uma reorganização associativa no âmbito interno da Cooperativa e sobre a necessidade de sua submissão ao controle de estruturas. Consulta conhecida e respondida, para declarar a não ocorrência das hipóteses do art. 54 da Lei n. 8.884/94, bem como a ausência de prejuízos à concorrência decorrentes da reorganização.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
30/08/2006	380	08700.002913/2004-17	Rigato	ABESE	Solicitação de que seja declarada pelo CADE a necessidade iminente de regulamentação para o mercado de sistemas eletrônicos de segurança, e atestando a possibilidade dessa regulamentação ser realizada pela consultante. Consulta não conhecida por carecer de indicação precisa do objeto.
21/03/2007	393	08700.001132/2006-77	Cueva	ABREPET	Solicitação de manifestação do CADE sobre os impactos concorrenciais da eventual autorização, pela ANVISA, do uso da resina PET reciclada em embalagens alimentícias, e pedido de intervenção do CADE junto àquele órgão para que expeça a autorização em questão. Consulta não conhecida, por veicular demanda de política pública que extrapola as competências do CADE.
13/06/2007	399	08700.002380/2006-35	Rigato	Semp Toshiba S/A, Sony do Brasil Ltda, Panasonic do Brasil Ltda, e Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda	Consulta sobre a possibilidade de caracterização de infração à ordem econômica em virtude do repasse aos consumidores de vantagens que a LG possui em decorrência de benefícios fiscais próprios à Zona Franca de Manaus. Consulta não conhecida, por tratar-se de conduta em andamento relativa a terceiros.
19/03/2008	418	08700.003674/2007-65	Prado	Fujifilm da Amazônia	Consulta sobre a necessidade de submissão ao CADE, na forma do art. 54 da Lei n. 8.884/94, de contrato de fornecimento não exclusivo entre a consultante e a Noritsu. Consulta conhecida e respondida para determinar a necessidade de submissão do contrato, contra os votos do Relator e do Conselheiro Furquim, que entendiam não configuradas as hipóteses do art. 54.
09/07/2008	425	08700.005847/2007-80	Furquim	Alexandre de Andrade Figueiró	Consulta sobre a legalidade de cláusula de não concorrência estabelecida em contrato social de empresa da qual o consultante é cotista. Consulta conhecida e respondida, esclarecendo não haver indícios de infração à ordem econômica na conduta descrita.
04/02/2009	438	08700.000577/2008-00	Chinaglia	Procuradoria-Geral do CADE - ProCADE	Consulta sobre aspectos concorrenciais de Lei do DF que regula a forma de cobrança nos estacionamentos e garagens. Consulta conhecida para determinar à SDE que promova gestões junto à ALDF no sentido de esclarecer as implicações concorrenciais de mencionada Lei.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
26/08/2009	450	08700.002992/2009-71	Furquim	Shop Tour TV	Consulta sobre a oferta pública de canais por operadoras de TV a cabo. Consulta não conhecida por não se tratar de conduta em tese, mas sim de prática comercial concreta praticada por terceiro (o Grupo Net).
16/09/2009	451	08700.002870/2007-12	Chinaglia	Universal Leaf	Consulta sobre a legalidade do sistema integrado de produção e processamento de fumo na Região Sul do Brasil (conduta em andamento, praticada pela própria requerente). Consulta conhecida e respondida, afirmando haver indícios de práticas anticompetitivas nas condutas descritas, e determinando o envio dos autos à SDE para apurar referidos indícios
16/09/2009	451	08700.002938/2007-63	Chinaglia	Alliance One Brasil	Consulta sobre a legalidade do sistema integrado de produção e processamento de fumo na Região Sul do Brasil (conduta em andamento, praticada pela própria requerente). Consulta conhecida e respondida, afirmando haver indícios de práticas anticompetitivas nas condutas descritas, e determinando o envio dos autos à SDE para apurar referidos indícios
11/11/2009	455	08700.005610/2007-07	Chinaglia	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	Pedido o MP-RJ para que o CADE verifique se os preços de gasolina em Angra dos Reis, em julho de 2007, indicam a existência de cartel. Determinação de arquivamento da consulta, ante a demonstração de considerável variação entre os preços.
11/11/2009	455	08700.001664/2009-57	Chinaglia	GDC Embalagens	Consulta sobre a legalidade de potencial operação com o Grupo Pepsico. Consulta não conhecida, por não se tratar de ato de concentração em tese.
08/12/2010	481	08700.005523/2010-47	Furlan	TELCOMP	Trato-se de cópia de consulta encaminhada à ANATEL, enviada ao CADE pela Telcomp. Arquivamento determinado, por não se tratar de consulta formulada ao próprio órgão.
13/07/2011	495	08700.000558/2008-75	Chinaglia	RioUrbe, Ortossintese Indústria e Comércio Ltda	Consulta formulada pela Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos - RIOURBE - Empresa Municipal de Urbanização referente a Declaração de Exclusividade expedida pela Ortossintese Indústria e Comércio Ltda. Consulta convertida em Averiguação Preliminar, ao final arquivada, por ausência de indícios de infração à ordem econômica.

Data	SJ	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
17/04/2013	NF-20	08700.003261/2010-86	Ruiz	Associação dos Peritos Judiciais do Estado de São Paulo	Consulta sobre a legalidade de tabela sugestiva de honorários periciais. Consulta não conhecida, por não estarem presentes os requisitos legais e regulamentares.
17/04/2013	NF-20	08700.003784/2010-22	Ruiz	Ministério Público do Estado de Minas Gerais	Consulta sobre a legalidade de tabelas de honorários mínimos por conselhos profissionais, sindicatos e associações de profissionais liberais. Consulta não conhecida, por não estarem presentes os requisitos legais e regulamentares
23/10/2013	NF-31	08700.001710/2012-13	Octaviani	Associação Brasileira da Indústria Pet	Pedido de análise pelo CADE dos impactos concorrenciais do regime aduaneiro relativo à importação de artefatos produzidos com resina PET de países do Mercosul. Consulta não conhecida. Voto ainda não disponível.
22/01/2014	NF-36	08700.004867/2007-33	Ruiz	Ministério Público do Estado do Amazonas	Consulta sobre o eventual caráter anticompetitivo de certo modelo de licitação adotado pelo Município de Manaus. Consulta não conhecida, em virtude da competência para advocacia da concorrência ter sido alocada, pela Lei n. 12.529/11, exclusivamente para a SEAE.
22/01/2014	NF-36	08700.002294/2011-90	Ruiz	Banco Sofisa	Consulta sobre o critério de cálculo de faturamento bruto para instituições financeiras. Consulta conhecida e respondida, para esclarecer que o faturamento corresponde a toda a Receita de Intermediação Financeira.
02/04/2014	NF-40	08700.000207/2014-02	Pontual	Instituto Brasileiro do Petróleo, Gás e Biocombustíveis	Consulta sobre a necessidade de submissão ao CADE, na forma de Atos de Concentração, dos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, bem como, especialmente, das operações de mera transferência de titularidade desses contratos. Consulta conhecida e respondida, para esclarecer que a notificação de tais atos e contratos é obrigatória.

Tabela n. 2
Casos encerrados por despacho do Relator

Data do Despacho	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
08/11/2000	66/00	Thompson Andrade	Ministério Público de Minas Gerais	Solicitação de informações sobre a legalidade de planos para pagamento antecipado de serviços funerários. Consulta não conhecida por não se tratar de matéria de competência do CADE.
05/09/2001	75/01	Afonso Arinos de Mello Franco Neto	Net2Phone Inc.	Consulta sobre a necessidade de submeter ao CADE, como ato de concentração, contrato de opção de venda e compra de ações celebrado pela parte. Consulta arquivada por perda de objeto, ante o encerramento das atividades da parte no Brasil.
05/12/2001	71/00	Celso Fernandes Campilongo	Trelleborg AB	Consulta sobre a necessidade de submissão de certas operações ao CADE, como ato de concentração. Consulta convertida em Ato de Concentração.
13/07/2005	08700.002516/2004-45	Luiz Alberto Scaloppe	SPAL Indústria Brasileira de Bebidas S/A	Consulta sobre a legalidade da sugestão de preço de revenda ao consumidor final para os vasilhames de 200ml de Coca-Cola. Consulta arquivada por se tratar de matéria já apreciada pelo CADE e com jurisprudência estabelecida, não sendo possível, de outra parte, emitir declaração em tese de que as ações especificamente praticadas pela Consulente não serão objeto de investigação futura e eventual.
26/11/2008	087.000558/2008-75	Olavo Zago Chinaglia	RioUrbe – Empresa Municipal de Urbanização	Consulta sobre a legalidade de “Declaração de Exclusividade” emitida por terceiros. Consulta não conhecida pela ausência elementos capazes de circunscrever a conduta noticiada, com remessa dos autos à SDE, para instauração de averiguações preliminares e exame do caso em maiores detalhes.
20/11/2012	08700.003890/2007-19 e 08700.000083/2009-25	Ana Frazão	Senador Sérgio Guerra	Consultas sobre Projetos de Lei que se propõem a regulamentar o mercado de saúde suplementar. Consulta não remetida ao plenário e devolvida ao Senado, em virtude de a SEAE já se ter posicionado sobre o PL em questão, cabendo a ela, na nova configuração do SBDC, exercer a função de advocacia da concorrência.

Data do Despacho	Nº do Processo	Relator	Requerente	Observações
23/10/2013	08700.003340/2013-30	Ana Frazão	Abílio dos Santos Diniz	Consulta sobre a legalidade da participação simultânea do requerente nos Conselhos de Administração da Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) e da Brasil Foods S/A. Consulta arquivada por perda de objeto, ante a renúncia, formulada pelo requerente, de seu cargo no Conselho da CBD.