

AS MEDIDAS PREVENTIVAS NO ART. 52 DA LEI 8.884/94

*Luis Fernando Schuartz*¹²³

I - Aspectos Gerais do Instituto

As medidas preventivas estão previstas no artigo 52 da Lei 8.884/94, que define os órgãos competentes para adotá-la (Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator do CADE, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE), bem como os seus requisitos essenciais.

Entre estes últimos figuram, além de conceitos típicos de Direito Processual - especificamente de teoria da prova, quais sejam, os de “indício” e de “fundado receio”, uma expressão passível de ser classificada como *conceito jurídico indeterminado*, a saber: “lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, bem como um conceito jurídico implícito, consubstanciado na *necessidade* das medidas preventivas concretamente adotadas com respeito ao resultado desejado.

Antes de analisarmos cada um destes requisitos ou condições essenciais, é desde já válido ressaltar dois aspectos juridicamente relevantes inerentes à norma contida no artigo 52. *Em primeiro lugar*, o fato de termos que lidar com um conceito jurídico indeterminado evidentemente não altera o caráter *vinculado* do ato administrativo sob cuja forma a adoção das medidas preventivas se manifesta. Com efeito, o artigo 52 contém, em sua hipótese de incidência, condições *necessárias e suficientes* para que a consequência jurídica prevista (adoção das medidas pelas autoridades competentes) *deva ser*. Isto significa que nenhum outro elemento é exigido para que surja o poder-dever contido na norma; por outro lado, tal poder-dever está inexoravelmente ligado às condições nela previstas. Isto decorre não apenas do sentido gramatical sob o qual repousa a estrutura da referida norma, mas também e sobretudo de sua natureza de norma que incide diretamente sobre a esfera de direitos subjetivos privados de uma determinada pessoa. A subordinação de tal incidência aos critérios sempre cambiantes de “conveniência e oportunidade” da Administração Pública em cada caso concreto seria dificilmente compatível com o posto hierárquico conferido no ordenamento jurídico nacional aos direitos e garantias fundamentais.

¹²³ Luis Fernando Schuartz é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Frankfurt am Main. É também consultor jurídico da Advocacia José Del Chiaro

Em segundo lugar, vale lembrar que, não obstante as medidas preventivas constantes do citado artigo 52 mantenham semelhanças estruturais importantes com aqueles institutos jurídicos necessários à prevenção ou interrupção imediata de danos ou ameaças de danos à esfera de direitos ou aos interesses de terceiros, decorrentes da *passagem do tempo associada ao processo judicial ordinário* (por exemplo, ações cautelares, liminares em mandados de segurança ou ações civis públicas, etc.), há diferenças específicas fundamentais.

A *primeira* delas reside no *status* da autoridade em cada caso; de fato, nos casos citados trata-se de medida imposta sempre por *órgão do Poder Judiciário*, idealmente neutro com respeito às partes, e portanto legítimo inclusive para sacrificar provisoriamente o contraditório em benefício da proteção - não de satisfação - bem fundada de direito (por exemplo, na concessão de liminares “*inaudita altera pars*”). No que diz respeito às medidas preventivas, ao contrário, está-se diante de decisão de *órgão do Poder Executivo e, em especial quando falamos do Secretário da SDE, do próprio órgão acusador*. Nesta última hipótese, a coincidência excepcional entre instância decisória e órgão acusador demanda cautela redobrada por parte da autoridade, cuja condição *sine qua non* é o respeito absoluto aos princípios gerais do processo, aos quais aliás já está vinculada por força de dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LV, da C.F.: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

A *segunda diferença* é um corolário da primeira e decorre da *natureza jurídica do ato*: nos casos mencionados primeiramente acima sempre falamos de atos judiciais; nas medidas preventivas, de atos administrativos. Enquanto tais estão estes atos sujeitos aos princípios gerais do Direito Administrativo que governam os atos administrativos, previstos, sem exaustividade, no artigo 37 da C.F., entre os quais cabe destacar os princípios da isonomia (também presente na C.F. sob a forma de direito e garantia fundamental dos cidadãos) e da proporcionalidade, este último implícito no princípio da legalidade. No contexto das medidas preventivas, o princípio da *isonomia* significa, em um nível bem abstrato, que não poderão ser adotadas tais medidas para casos essencialmente dessemelhantes. Particularizando um pouco mais, ele implica o dever da autoridade de decidir os casos presentes semelhantes conforme os casos *passados* semelhantes e de modo congruente (em sentido negativo, a autoridade não poderá decidir um caso presente em desacordo com os critérios e procedimentos que presidiram uma decisão similar passada, nem casos presentes similares de forma assimétrica), salvo

quando as decisões presentes contiverem correções bem fundadas de erros passados.

Assim, por exemplo, se no passado teve sempre o Representado conhecimento prévio da intenção da autoridade de adotar as medidas e pôde posicionar-se eficazmente em relação a ela, inclusive no que diz respeito à proposta de um eventual compromisso de cessação, este procedimento não-escrito - cuja obrigatoriedade, como veremos mais adiante¹²⁴, pode ser derivada do próprio princípio da proporcionalidade - tornar-se-á vinculante para a autoridade relativamente aos casos presentes e futuros, cabendo ao Representado eventualmente preterido o recurso ao Judiciário, alegando tratamento desigual. O princípio da *proporcionalidade*, por sua vez, implica que se deve sempre preferir o meio menos grave ao Representado, seja na decisão entre adotar-se ou não as medidas, seja naquela referente ao seu conteúdo concreto¹²⁵.

Desnecessário dizer, como ato administrativo está a decisão que os adota sujeita aos seus elementos essenciais de validade, entre os quais cabe aqui mencionar a *motivação*, isto é, a existência de uma relação de adequação lógica entre as razões dadas pela autoridade para fundamentar a decisão e as “razões da lei”. Em outras palavras, é da essência do ato administrativo *válido* uma argumentação logicamente consistente e correspondente aos fatos mediante a qual a autoridade demonstra que as condições exigidas em lei estão presentes no caso concreto. Isto posto, podemos voltar agora a considerar as condições essenciais determinadas em Lei para a adoção de medidas preventivas.

II - Requisitos Essenciais

a) Os “Indícios” ou o “Fundado Receio”

Como antecipado acima, os conceitos de “indício” e “fundado receio” pertencem à teoria geral do processo, especificamente na sua parte

¹²⁴ Cf. abaixo pp. 9 e seguintes.

¹²⁵ Do ponto de vista do Direito Comparado, as medidas preventivas previstas no artigo 52 da Lei 8.884/94 assemelham-se, inobstante alguns aspectos diferentes importantes, às *einstweiliger Anordnungen* do Direito Alemão (§ 56 do G.W.B.), que são medidas administrativas cercadas de uma série de condições de validade. Conferir a respeito às disposições gerais contidas na legislação que regula os procedimentos administrativos na Alemanha (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Um remédio semelhante - do ponto de vista da natureza do ato - no plano nacional são as medidas provisórias nas ações antidumping.

atinente à teoria da prova. Nesse sentido, a suposta existência no plano dos fatos subjetivos de qualquer um destes conceitos *de modo algum substitui uma eventual ausência de prova objetiva; ao contrário, eles representam somente tipos diferentes de prova admitidas para fins de aplicação do artigo 52, o que implica que os indícios ou o fundado receio devem também, no caso concreto, ser objetivamente provados.*

Se a expressão-chave na hipótese de incidência normativa é a “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, então o implicado nas citadas expressões é apenas o seguinte: para que surja o poder-dever relativo à adoção das medidas preventivas, não é necessário a prova *direta* da *verdade* da proposição: “Houve lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado causada pela conduta do Representante”, mas basta ou a *prova* (i) direta da *probabilidade ou verossimilhança* da superveniência da referida lesão (fundado receio) ou a *prova* (ii) *indireta* da lesão a partir da *prova da verdade* de um *outro* fato que não a lesão, permitindo a autoridade a *inferir aquele deste*, seja por experiência, seja baseado no juízo de um perito técnico (indício).

Na medida em que as expressões “indício” e “fundado receio” referem-se à citada “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, é imprescindível - sob pena de abuso do poder - que a autoridade que conceder as medidas *prove* direta ou indiretamente, da maneira indicada, a tal lesão ou a sua possibilidade. Isto, entretanto, não é suficiente. Com efeito, é ademais necessário que também seja provado o *nexo de causalidade* existente entre o fato e a conduta do Representado objeto do processo administrativo em questão. De fato, a lesão ou possibilidade de lesão pode não estar causalmente associada à conduta do Representado, mas sim a evento que não possa ser-lhe imputado. Nestes casos, a adoção das medidas preventivas também redundará em abuso do poder administrativo.

Finalmente, é importante sublinhar que a expressão “indícios” aparece também no artigo 30 da Lei 8.884/94. Aqui é dito que a “SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os *indícios* de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo” (itálico é nosso).

Note-se que, nesse contexto, a expressão refere-se à “infração da ordem econômica”. Quando houver indícios de infração, diz o artigo 30 *a contrario sensu*, o Secretário da SDE deverá instaurar o processo administrativo de imediato. Ora, da leitura mesmo superficial deste dispositivo ficam evidentes duas consequências, uma processual e outra substantiva, importantíssimas.

Em primeiro lugar, do artigo 30 resulta que as decisões condenatórias do CADE com base nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 não podem basear-se em meros indícios, mas sim em provas diretas da existência das hipóteses previstas nestes artigos. Raciocinando pelo absurdo: se assim não fosse, todo processo administrativo já estaria julgado de antemão (posto que a existência de indícios é pressuposto para sua instauração), e pois não teria sentido enquanto procedimento de instrução, limitando-se o CADE, ademais, à mera função de supervisionar o enquadramento jurídico em abstrato. Na verdade, o sentido do processo reside justamente na tentativa de transformação dos indícios em prova direta de infração, cabendo ao CADE não apenas a função estritamente jurídica, mas também o controle da consistência da fase instrutória levada a cabo pela SDE.

Em segundo lugar - e o que é muito mais importante para o caso concreto, a “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado” prevista no artigo 52 **não pode** ser equiparada sem mais à infração da ordem econômica. Raciocinando novamente pelo absurdo: se assim fosse, a adoção de medidas preventivas seria **obrigatória em todos os processos administrativos instaurados**, o que é irrazoável. Logo, é forçoso concluir que a expressão contida no artigo 52 exige, como condição necessária, a existência de indícios de infração da ordem econômica, mas vai além disto, na medida em que requer também a prova de um elemento adicional, não idêntico à prova dos indícios de infração. Tal elemento adicional é justamente a lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado.

b) A Lesão ou Possibilidade de Lesão Irreparável ou de Difícil Reparação ao Mercado

Conforme o exposto, o conteúdo legal da expressão “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado” não pode coincidir com o significado do termo técnico “infração da ordem econômica”, posto que o transcende. Do ponto de vista da legislação de defesa da concorrência, a relação entre ambos pode ser caracterizada como de inclusão, isto é, a prova dos indícios ou do fundado receio de lesão ou possibilidade de lesão *inclui* a prova dos indícios de infração, mas esta última não é condição *suficiente* da primeira.

Faz parte do conteúdo semântico da expressão do artigo 52, portanto, a existência de indícios de infração da ordem econômica. Para que se configure a hipótese normativa em sua plenitude, contudo, tal artigo exige a prova de indícios ou o fundado receio de que a conduta indiciariamente

qualificada como infração cause ou possa causar a mencionada lesão. Isto tem, se pensarmos em certas premissas adicionais encontradas na legislação, algumas implicações interessantes.

Em primeiro lugar e partindo de uma interpretação teleológica do dispositivo contido no artigo 52, existe uma relação geral pressuposta entre *tempo jurídico processual, momento ótimo de adoção das medidas preventivas e força dos indícios* (tanto da existência de infração como da lesão ou risco de lesão).

Tendo sempre presente que as medidas preventivas são *funcionalmente* equiparáveis às liminares em ações cautelares, ações civis públicas e mandados de segurança, ou seja, que lhes é a todas inerente o caráter de cautela em regime de urgência, pode-se seguramente dizer que - salvo no caso de surgirem *atos novos* no decorrer da fase de instrução - quanto maior a quantidade de tempo consumida desde a instauração do processo administrativo, mais fraca se torna a eventual suspeita de que aquela conduta sob investigação gere efeitos lesivos que demandam medidas preventivas. Com efeito e como regra geral, quanto mais o processo se aproxima de sua fase decisória no CADE, mais a decisão de adotar as medidas perde sentido - e, em consequência, justificação possível - em face da finalidade legal a elas imanente.

Por outro lado e nesse mesmo sentido, quanto maior o tempo jurídico processual, isto é, mais numerosas as etapas legalmente previstas decorridas, mais numerosas também as oportunidades que teve o Representado de se defender da acusação e, portanto, de invalidar como falsos ou inconsistentes os indícios de infração da ordem econômica inicialmente existentes para a instauração do referido processo *e necessários, como um de seus elementos, à adoção das medidas*.

É evidente e já foi dito que o processo administrativo serve para tentar transformar os indícios em provas diretas; ocorre que esta transformação não pode ser arbitrária ou *a priori*, mas deve necessariamente resultar de um confronto com os argumentos e dados trazidos pelo Representado, sob pena de nulidade. Logo, o fato de os indícios iniciais de infração poderem, ao longo do processo, *tanto* ser fortalecidos e transformados em prova direta *como* enfraquecidos e destruídos pela argumentação do Representado, pressupõe e exige o respeito ao contraditório, ou seja, que a autoridade recebeu, considerou e refutou justificadamente ou não - e logo aceitou - *cada uma das* teses propostas pelo Representado em sua defesa. Portanto, sem a *efetivação* no caso concreto desta pressuposição e exigência, eventuais medidas preventivas adotadas muito tempo após a instauração do processo administrativo não passam de puros atos de arbítrio.

Em segundo lugar, uma vez que o artigo 52 exige algo a mais do que os meros indícios de infração da ordem econômica, a “lesão ou possibilidade de lesão” de que fala a norma *também significam algo mais do que os danos ao mercado pressupostos em qualquer caso de infração da ordem econômica*. De fato, em um sentido amplo, *toda e qualquer* infração da ordem econômica, na medida em que implica eliminação da ou restrição à livre concorrência, domínio de mercado não resultante de maior eficiência e/ou aumento arbitrários dos lucros de empresa possuidora de posição dominante em detrimento dos consumidores, representa, *por definição*, uma lesão ao *locus* da concorrência, ao mercado. Já que a lei não pode ser redundante, estamos, ao falarmos de medidas preventivas, diante de uma lesão de outro tipo, cujo significado deve ser buscado na finalidade específica desse instituto.

A lesão de que fala o artigo 52 não é, deste modo, a lesão genérica pressuposta em todas e cada uma das infrações da ordem econômica definidas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, mas sim uma lesão ao mercado com os atributos adicionais da *impossibilidade ou dificuldade de sua reparação*. A chave do significado desta expressão está no entendimento, de um lado, das modalidades de reparação contidas na Lei e, de outro, no caráter das medidas como instrumento de cautela em regime de urgência.

No que se refere ao primeiro aspecto, cabe dizer que a legislação de defesa da concorrência reconhece, basicamente, todas as modalidades de reparação de danos admitidas em Direito, desde a cessação da prática e reversão à situação anterior (previstas no próprio parágrafo primeiro do artigo 52), passando pela indenização do patrimônio público lesado (multas pecuniárias previstas nas Leis 8.884/94 e 7.347/85), até as indenizações por danos causados aos direitos privados de concorrentes ou agentes econômicos ligados ao Representado. A peculiaridade das medidas não pode, portanto - e ao contrário do que parece à primeira vista, residir em uma suposta irreparabilidade *tout court* do dano, uma vez que, em princípio, todo dano é passível de reparação.

Ora, admitindo que tal conclusão seja verdadeira, dela não decorre obviamente que todo dano - especialmente ao mercado - seja reparável de maneira *eficaz*, ou seja, de modo a garantir que o bem jurídico protegido pela legislação - a existência e a promoção de mercados relevantes competitivos - possa vir a ser reinstaurado. Um bom exemplo para aclarar este raciocínio seria um mercado em estrutura de oligopólio competitivo que compra insumos de um dado monopolista, no qual um agente mais poderoso integra verticalmente *upstream* e passa a cobrar preços maiores dos ou recusar a venda de produtos aos concorrentes, eliminando-os do mercado e passando a

monopolizar também este último, com o fim de passar a auferir, enquanto monopolista, lucros supra-competitivos. Neste caso, é claro que a multa não vai ser suficiente para reparar, de forma eficaz no sentido exposto, o dano causado ao mercado, uma vez que a antiga concorrência existente desapareceu juntamente com os concorrentes.

Há, no entanto, uma lição mais geral a se tirar deste exemplo. Se por “lesão ao mercado” deve-se entender todo efeito que reduz substancialmente a intensidade ou elimina a concorrência em um dado mercado relevante, então as medidas preventivas somente se justificam naqueles casos em que uma futura decisão do CADE que ordenar a cessação da prática seja ineficaz, isto é, não baste para reintroduzir a situação de competitividade anteriormente existente. Este é o único sentido em que a expressão “irreparável ou de difícil reparação” pode ser entendida, partindo-se de uma interpretação sistemática da Lei 8.884/94. *A contrario sensu*, toda vez que seja possível, por meio da decisão final do CADE, a referida reintrodução ou reinstauração, devem as autoridades, por respeito ao princípio da proporcionalidade, preferir a alternativa menos gravosa ao Representado.

Finalmente, é necessário chamar a atenção para um outro aspecto. Já foi visto que as medidas preventivas consistem numa ordem de cessação de determinadas práticas visando impedir que a decisão final do CADE possa ser ineficaz, entendendo-se por ineficazes aquelas medidas cujos efeitos não sejam suficientes para reinstaurar a situação de concorrência existente antes das tais práticas. No parágrafo anterior, concluiu-se, com base nisto, que as medidas são injustificáveis quando esta sua função reinstauradora puder ser igualmente cumprida pela decisão final do CADE. Ora, acontece que a Lei 8.884/94 prevê um outro instituto capaz de realizar a mesma função, só que de maneira muito mais benéfica ao Representado, a saber, o compromisso de cessação (art. 53).

Considerando o que foi dito no início do presente texto a respeito das diferenças estruturais entre as medidas preventivas e os demais instrumentos jurídicos de garantia cautelar de direitos e interesses, vale recordar que o fato de, no processo administrativo definido na Lei 8.884/94, coincidirem no mesmo órgão as funções decisória e acusatória, demanda seriedade redobrada no que toca ao respeito obrigatório aos princípios gerais do processo e do direito administrativo. Nesse sentido, é inadmissível, por desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a caracterização das medidas preventivas como “elemento-surpresa”, devendo o Representado, como já antecipado, ter ciência prévia da intenção da autoridade de adotá-las, inclusive para poder demonstrar a inexistência, num caso concreto, dos seus pressupostos essenciais. Pois bem, é corolário deste dever da autoridade o

direito do Representado de propor um compromisso de cessação da prática; e a este direito corresponde, em obediência ao princípio da proporcionalidade, o dever da autoridade de aceitá-lo, desde que atendidas as condições previstas no artigo 53.

