

Da busca crescente pelas medidas preventivas em matéria concorrencial

Princípios gerais de aplicação à luz da experiência recente do Cade

CRISTIANNE ZARZUR

AMANDA ATHAYDE

JACKSON FERREIRA



Sede do Cade. Crédito: Divulgação

As medidas preventivas em matéria concorrencial – também conhecidas como medidas de urgência ou cautelares, ou *interim measures* – são instrumentos essenciais para combater os efeitos de condutas anticompetitivas quando não se pode aguardar o desfecho de uma investigação completa. Por outro lado, tais medidas suscitam preocupações, na medida em que, se erroneamente adotadas, podem provocar sérios danos às partes envolvidas e, eventualmente, deixar a dinâmica concorrencial em situação pior do que antes da sua aplicação.

Em documento de junho de 2022 (OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations – “Nota da OCDE”^[1]) a **Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)** revelou o resultado de uma pesquisa sobre medidas preventivas em diferentes jurisdições e abordou seus contornos fundamentais e discussões atuais quanto às melhores práticas nesse tema.

Neste artigo, comentaremos alguns dos principais resultados da pesquisa da OCDE, passando pelos requisitos fundamentais de consideração e aplicação de medidas preventivas. Para fins de concretude, a análise será cotejada com alguns casos recentes envolvendo medidas preventivas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de modo a ilustrar aspectos teóricos.

Vai uma Saideira aí?

Segundo a OCDE, medidas preventivas são decisões protetivas e/ou corretivas emanadas de autoridades administrativas ou do Judiciário com o objetivo de conceder alívio temporário até a finalização de uma investigação antitruste.^[2]

Receba gratuitamente o resumo das principais pautas políticas da semana e uma amostra do conteúdo especializado do **JOTA PRO Poder**

[CLIQUE AQUI](#)

A Nota da OCDE é clara em indicar que as medidas preventivas ao redor do mundo dependem de dois critérios-chave ("*key criteria*") – que seriam seus requisitos fundamentais, ou essenciais – para sua aplicação, qual sejam: *fumus boni iuris*, e *periculum in mora*. Os mesmos requisitos se aplicam nos termos do direito processual civil brasileiro, conforme o art. 300 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC)^[3] cujas regras se aplicam, em geral, de forma subsidiária aos processos administrativos do Cade.

Discussão importante é a questão de se o dano causado por ato sujeito à medida preventiva seria um dano contra a ordem concorrencial, ou se bastaria o dano contra um ou mais concorrentes. É verdade que o objetivo do antitruste, como direito público, seja a defesa da concorrência, e não, diretamente, dos concorrentes. Por outro lado, como indicado pela OCDE, é possível que o dano a um ou mais concorrentes afetados pela provável conduta anticompetitiva seja um indicativo de um problema maior no mercado – ou seja, à concorrência – e considerando que o ônus da prova deste último cenário poderia ser muito gravoso.^[4] Ou seja, para fins de uma medida preventiva, o dano a um concorrente e não necessariamente à toda a concorrência, pode ser suficiente.

Esses dois requisitos são exigidos, em geral, pelas diversas jurisdições, como requisitos cumulativos, e com um "*trade off*": ainda que tanto o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devam estar concomitantemente presentes, a força de um dos requisitos pode eventualmente compensar a fraqueza do outro – por exemplo, quanto mais forte o caso seja, *prima facie*, menos exigente poderá ser o critério para se demonstrar urgência para evitar o dano, e vice-versa.^[5] Em outras palavras, se o *fumus boni iuris* for muito forte e evidente, talvez o *periculum in mora* seja um pouco mais fraco, para compensar a dualidade.

A legislação antitruste brasileira (art. 84 da Lei 12.529/2011) prevê que o Cade, seja por meio da Superintendência Geral (SG), seja por seu Tribunal, pode aplicar medida preventiva sempre que os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* estiverem concomitantemente presentes. Além disso, há menção expressa ao objetivo de se voltar ao *status quo* sempre que possível, por meio da aplicação da medida.^[6]

A OCDE elenca alguns princípios orientadores para a aplicação de medidas preventivas, que são destacados conforme abaixo: (1) temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade; (2) imediatidade e eficácia (*enforceability*); (3) proporcionalidade; e (4) salvaguarda processual.

Quanto à (1) temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade, medidas preventivas, justamente por não constituírem decisões finais no âmbito dos processos, incluindo dos processos antitruste, inevitavelmente devem ser temporárias (ainda que, em algumas jurisdições, elas possam perdurar pelo curso de todo o processo, ou possam ser renovadas mediante análises recorrentes). Na mesma linha, essas medidas devem ser reversíveis, ou seja, estão sujeitas a revogação, por exemplo, em caso de desaparecimento ou ausência de confirmação dos requisitos fundamentais que justificaram sua aplicação. Por fim, essas medidas são também adaptáveis, na medida em que estão sujeitas a ajustes, incluindo reduções ou ampliações de escopo, na medida em que a investigação antitruste evolui e novos elementos de convicção da autoridade concorrencial são agregados.

No Brasil, o **caso WhatsApp Pay** é um exemplo ilustrativo da transitoriedade e reversibilidade inerentes ao instituto da medida preventiva. De ofício, a SG havia instaurado procedimento investigativo e, no mesmo dia, imposto medida preventiva determinando a suspensão da implementação do acordo entre Meta (então Facebook) e Cielo para a oferta de meio de pagamento via WhatsApp (WhatsApp Pay).

Para tanto, foram consideradas, entre outras, preocupações relacionadas ao possível fechamento do mercado desse meio de pagamento considerando a representatividade do WhatsApp como plataforma digital e a amplitude de seu alcance via número de usuários e o alegado poder de mercado da Cielo como credenciadora.^[7] Uma semana depois, considerando esclarecimentos prestados por Meta e Cielo, a SG revogou a medida preventiva, entendendo que não haveria incentivos para a exclusão de concorrentes ou redução de escolha dos usuários (afastando-se o *fumus boni iuris*), e que a qualquer momento a parceria relativa ao WhatsApp Pay poderia ser revertida (afastando-se o *periculum in mora*).^[8] Parece ter sido aplicado, portanto, o princípio da reversibilidade indicado pela OCDE, apesar de poder ser questionado, ainda assim, o efeito negativo da medida preventiva na ferramenta, dado um incremento no receio do consumidor em seu uso.

Quanto à (2) imediatidade e eficácia (*enforceability*), medidas preventivas devem ser de aplicação imediata, para que possam adequadamente endereçar a situação de dano presente ou iminente. Da mesma forma, devem ser *enforceable*, ou seja, precisa haver a viabilidade de sua aplicação, de forma que possam ser obedecidas e postas em prática, para que sejam eficazes – nesse sentido, como indicado pela OCDE, é comum que as diversas jurisdições prevejam a aplicação de multas em caso de desobediência à decisão, e/ou que estabeleçam mecanismos de monitoramento de sua aplicação, como, por exemplo, por meio do envio de relatórios pela parte sobre a qual a medida foi aplicada.^[9]

Quanto à (3) proporcionalidade, idealmente, as medidas preventivas devem endereçar os aspectos urgentes da conduta sob análise, o que frequentemente resulta num escopo

mais restrito do que o escopo da investigação como um todo.^[10] Devem-se evitar, portanto, medidas excessivas que, como tais, possam provocar um dano à concorrência ainda maior do que aquele que se pretende evitar, ou uma antecipação do juízo de valor sobre o mérito do caso. Isso não significa que as medidas preventivas devam se limitar a reverter a situação ao *status quo ante*, mas elas devem ser proporcionais ainda que imponham obrigações novas ou futuras, “inovando”, assim, em relação à dinâmica concorrencial sob análise.

Um exemplo neste tema refere-se ao **caso dos pacotes de incentivo a agências de publicidade**. Em investigação aberta de ofício pela SG relacionada a esse segmento, havia sido imposta medida preventiva determinando à Globo que se abstinhasse de celebrar novos contratos de plano de incentivo, estabelecendo políticas de bonificação relacionadas aos investimentos das agências de publicidade na emissora; e de realizar qualquer adiantamento nos planos de incentivo, em contratos vigentes ou futuros.^[11] A medida foi confirmada pelo Tribunal do Cade no âmbito de recurso administrativo, mas foi revertida na esfera judicial, sob o fundamento de que as obrigações impostas seriam sobremaneira gravosas ainda pendente o aprofundamento da investigação e sem que tivessem sido asseguradas oportunidades de contraditório e ampla defesa à parte representada.^[12]

No **caso da distribuição de produtos de investimento**, determinados agentes autônomos de investimento (AAIs) acusaram a XP de impor obrigações de exclusividade e não concorrência em seus contratos com agentes do mercado, e requereram à SG a imposição de medida preventiva para suspender a prática. A SG concluiu não estarem presentes os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e questionou especificamente o escopo da medida pretendida em face do universo limitado de evidências trazido aos autos: “*trata-se de um pedido de abrangência bastante mais ampla (abstenção geral de imposição ou cumprimento de cláusulas de não-concorrência e não-solicitação por parte da XP) na comparação com o conjunto de evidências trazido pela Arton ao conhecimento desta SG (cláusulas do contrato entre a XP e dois sócios da Arton).*”^[13]

No **caso dos aplicativos de delivery de comida**, no qual a SG investiga possível abuso de posição dominante do iFood, a SG optou, em sede de medida preventiva, por limitar a suspensão das pactuações de exclusividade do iFood com restaurantes de sua plataforma aos contratos *futuros*. Essa limitação pode ser entendida como calibração de proporcionalidade, na medida em que contratos exclusivos já firmados pelo iFood restariam preservados, caso a medida preventiva se verificasse descabida.^[14]

Por outro lado, no **caso das plataformas agregadoras de academias de ginástica**, a SG optou por deferir (parcialmente) medida preventiva requerida pela Total Pass, proibindo novas pactuações de exclusividade da Gympass com academias de ginástica, bem como cláusulas de “nação mais favorecida”, após ouvir a representada Gympass.^[15] Em sede de

recurso movido pela Total Pass, o Cade ampliou o escopo da medida preventiva conforme requerido pela representante, estendendo a proibição de exclusividade também para os contratos vigentes (não apenas os futuros).^[16]

Na Sessão de Julgamento do dia 21.9.2022, o Cade homologou TCC celebrado com a Gympass abarcando o escopo da referida medida preventiva. Conforme o TCC, as cláusulas de exclusividade da Gympass com as academias ficam limitadas à comprovação de eficiências econômicas e, no máximo, a 20% da sua base de academias em municípios ou zonas de municípios, sendo que também ficam proibidas cláusulas de nação mais favorecida e outras disposições restritivas.^[17] Nessa Sessão de Julgamento, destacou-se a fala do Conselheiro Victor Fernandes, em seu Voto-Vogal, chamando atenção ao fato de diversos relatórios especializados em mercados digitais tratarem sobre o uso de instrumentos preventivos que, nesses mercados, podem ser importantes instrumentos de *enforcement* (principalmente em casos de *periculum in mora* e com efeitos de rede)

Por fim, quanto à (4) salvaguarda processual, deve haver regras processuais claras que disciplinem a análise e concessão de medidas preventivas, de modo a garantir segurança jurídica mínima e o respeito ao contraditório e à ampla defesa.^[18] Nesse aspecto, há jurisdições que oportunizam a oitava da parte sobre a qual se busca a imposição de medida preventiva antes da sua imposição (e.g. “statement of objections” da Comissão Europeia), enquanto outras jurisdições permitem a concessão de medidas “*inaudita altera parte*” (e.g. Brasil).

O **caso de programas de exclusividade** é um exemplo da aplicação de salvaguardas processuais, em sede de representação. A Heineken havia requerido medida preventiva que impedisse a Ambev de adotar cláusulas de exclusividade de venda e/ou exposição, ou quaisquer mecanismos que tivessem por efeito a exclusividade de vendas com pontos de venda de cervejas. A SG, todavia, optou por apenas instaurar a investigação,^[19] e ouvir a representada antes de apreciar o pedido de medida preventiva. Após, a SG acabou indeferindo a medida preventiva, por entender precisar de elementos adicionais para determinar a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.^[20] A Heineken então apresentou recurso administrativo no âmbito do Tribunal do Cade, sendo que este também oportunizou à Ambev a apresentação de esclarecimentos, notadamente mais detalhes sobre seus programas de exclusividade e políticas de preços e descontos.^[21]

Em 22.9.2022, o conselheiro-relator desse caso, Gustavo Augusto, concedeu a medida preventiva requerida (sujeita a recurso voluntário ao plenário), estabelecendo, entre outros, que apenas 20% dos bares, restaurantes e casas noturnas, que comercializem cervejas da Ambev, poderão ter contratos de exclusividade. Nos demais, a Ambev deverá permitir que cervejas de outras marcas sejam comercializadas.^[22]

Igualmente, no **caso dos cartões de desconto odontológicos**, a SG recebeu denúncia da Clínica Odontocompany Capelinha e optou por ouvir a parte representada (Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais) antes de impor medida preventiva obrigando a referida entidade e o Conselho Federal de Odontologia a cessarem imediatamente a proibição da utilização de cartões de descontos em serviços odontológicos.^[23]

Em síntese, tanto a Nota da OCDE quanto a própria experiência da autoridade concorrencial brasileira apontam para a consolidação e – por que não dizer – para a popularização desse instituto, sendo que ele adquire uma importância especial em face dos mercados digitais e dos desafios que eles impõem à análise antitruste.

Considerando sua aplicação ainda pendente o desfecho da investigação, a medida preventiva constitui ato de grande poder que deve ser utilizado com parcimônia, de modo a se evitar o *overenforcement* e causar mais mal do que bem à ordem concorrencial. Da mesma forma, as autoridades concorrenciais devem evitar o *underenforcement*, isto é, o conservadorismo levando à rigidez excessiva na análise dos pressupostos que autorizariam a concessão de medidas preventivas. Trata-se de um equilíbrio nada fácil de se manter, mas certamente um objetivo a ser seguido em prol da eficácia da tutela concorrencial.

[1] OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations, disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations-2022.pdf>, acesso em 11.8.2022.

[2] OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations, op. cit., p. 6.

[3] Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

[4] OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations, op. cit., p. 13.

[5] Idem, p. 11.

[6] Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou

torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei. § 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

[7] Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34, e Despacho SG nº 672/2020 (SEI nº 0771106).

[8] Cf. Nota Técnica SG nº 7/2020 (SEI nº 0773338).

[9] OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations, op. cit., p. 14. Por exemplo, no Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado entre Gympass e CADE no tocante a práticas restritivas no setor de plataformas agregadoras de academias de ginástica (Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-5), o CADE estabeleceu que o monitoramento do acordo se dará pela autarquia em conjunto com um Trustee de monitoramento (que enviará relatórios sobre o cumprimento das medidas acordadas), tendo sido fixada multa em caso de descumprimento.

[10] Idem, p. 14.

[11] Despacho SG nº 34/2020 (SEI no. 0838036).

[12] Mandado de Segurança nº 97.2020.4.01.3400, 16a. Vara Federal Cível da SJDF, 18.12.2020.

[13] Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92. Despacho SG nº 44/2022 (SEI no. 1110796).

[14] Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92, Nota Técnica SG nº 44/2022 (SEI no. 1110796).

[15] Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65, Despacho SG nº 1865/2021 (SEI nº 0998834).

[16] Recurso Voluntário nº 087.007228/2021-88. Decisão na Ata de Julgamento da 191ª SOJ, no Diário Oficial da União de 04/03/2022, seção 1 p. 48.

[17] Cf. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-5.

[18] OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations, op. cit., p. 16.

[19] Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Despacho SG Instauração Inquérito Administrativo nº 11/2022 (SEI nº 1039451).

[20] Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Nota Técnica SG nº 10/2022 (SEI nº 1096158).

[21] Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65, Despacho Decisório nº 12/2022, Conselheiro Relator Gustavo Augusto (SEI nº 1104854).

[22] Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65.

[23] Processo Administrativo nº 08700.002535/2020-91, Despacho SG nº 11/2022 (SEI nº 1093144).

CRISTIANNE ZARZUR – Sócia do escritório Pinheiro Neto Advogados. Conselheira ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Concor-rência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC. Especializada em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas/SP, e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais a autora esteja vinculada.

AMANDA ATHAYDE – Professora doutora adjunta na UnB de Direito Empresarial, Concorrência, Comércio Internacional e Compliance, consultora no Pinheiro Neto. Doutora em Direito Comercial pela USP, bacharel em Direito pela UFMG e em administração de empresas com habilitação em comércio exterior pela UNA, ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, comércio internacional, compliance, acordos de leniência, anticorrupção, defesa comercial e interesse público

JACKSON FERREIRA – Advogado Sênior do escritório Pinheiro Neto Advogados. Master of Laws (LL.M.) pela Universidade de Chicago e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais o autor esteja vinculado.



Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.