

Arbitragem e Concorrência

Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? – Parte I

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Em um primeiro exame, arbitragem e concorrência podem parecer inconciliáveis ou, como diria James Bridgeman¹, “the meeting of two black arts”. Afinal, a primeira é destinada à solução de direitos patrimoniais disponíveis, enquanto o Direito da Concorrência, por definição, faz parte do que se chama de regulação dura (*lois de police* ou *mandatory rules*).

As dificuldades para a maior integração entre as duas áreas decorreriam também do fato de que, além do embasamento constitucional do Direito da Concorrência (CF, art. 173, § 4º), a titular dos bens protegidos por ele protegidos é a coletividade (Lei nº 12.529/2011, art. 1º, § 1º). Logo, a livre concorrência não somente é um direito difuso, como um direito difuso fundamental para a realização de objetivos fundamentais da ordem econômica constitucional e do próprio Estado Democrático de Direito². Não é sem razão que o controle do poder econômico, visto por esta perspectiva, é atribuído ao CADE, autarquia com competências exclusivas e não delegáveis (Lei nº 12.529/2011 c/c Lei nº 9.784/99).

Não obstante, é importante compreender que questões concorrenciais envolvem, como regra, uma dupla perspectiva, que se projeta usualmente em duas esferas de responsabilização: a civil, nas quais se discutem os direitos patrimoniais disponíveis dos envolvidos; e a administrativa, nas quais está em jogo a preservação do direito difuso à livre concorrência por meio da disciplina

¹ BRIDGEMAN, James. The arbitrability of competition law disputes. *European Business Law Review Special Edition – Arbitrating competition law issues*. v. 19, n. 1, pp. 147-174, 2008.

² FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência e democracia: o que um tem a ver com o outro? *Jota*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-concorrencia-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro-07032018>>.

dos mercados. Além disso, em se tratando de cartéis, será possível também se falar em responsabilidade criminal.

Essa multiplicidade de esferas de responsabilidades está relacionada à própria origem do Direito da Concorrência, que, desde sua criação, jamais pretendeu anular ou mitigar a dimensão privada dos conflitos concorrenciais, mas tão somente adicionar, de forma cumulativa, uma perspectiva de *enforcement* público, a ser implementada por meio de autoridades estatais. Não é sem razão que, em países como os Estados Unidos, não obstante as competências das autoridades públicas encarregadas de aplicar a legislação concorrencial, parte considerável do Direito da Concorrência é construída a partir das chamadas ações privadas.

Tal modelo institucional também é admitido no Brasil, uma vez que o art. 47 da Lei nº 12.529/2011 é claro ao afirmar que “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

Veja-se, portanto, que, também no Brasil, o *enforcement* privado do Direito da Concorrência, implementado por meio das ações privadas que pleiteiam a cessação de condutas e a indenização de danos, é expressamente autorizado como instrumento autônomo em relação ao *enforcement* público, podendo ser utilizado independentemente de qualquer iniciativa do CADE. Conseqüentemente, as ações privadas podem ser propostas mesmo antes que o CADE tenha tomado qualquer iniciativa em relação à investigação da prática.

Ora, se o *enforcement* privado do Direito da Concorrência pode ser amplamente implementado no Brasil, é certo que isso pode ser feito igualmente pela arbitragem, conclusão que se reforça pelo fato de que, também nesta, os árbitros devem considerar as normas de ordem pública que se projetam sobre a discussão privada que lhes é apresentada. Logo, não há óbices apriorísticos para que a arbitragem seja utilizada nas discussões privadas relacionadas à aplicação

do Direito da Concorrência, da mesma forma que é possível que os agentes privados envolvidos se socorram do Poder Judiciário para tal fim.

É certo que tal desenho institucional apresenta grandes vantagens, na medida em que amplia as possibilidades de *enforcement* da legislação concorrencial, valorizando as iniciativas privadas dos agentes econômicos envolvidos e pulverizando, de certa forma, o controle do poder econômico, que deixa de ficar restrito à atuação do CADE. A partir do momento em que a arbitragem pode ser utilizada para tais fins, tem-se uma alternativa – que pode ser inclusive mais vantajosa - ao Poder Judiciário.

Entretanto, essa dicotomia entre as duas esferas de responsabilização também apresenta algumas dificuldades, notadamente as relacionadas à diferenciação entre o que é *enforcement* privado – no âmbito da arbitragem ou do Judiciário – e o que é *enforcement* público – no âmbito do CADE ou do próprio Poder Judiciário –, bem como no que diz respeito a eventuais conflitos que podem decorrer das decisões proferidas em cada uma das duas instâncias, quando elas se processarem simultaneamente.

No que diz respeito à primeira preocupação, é importante destacar advertência da OCDE no sentido de que a arbitragem em questões concorrenciais não pode, em qualquer circunstância, interferir na legítima competência que as autoridades concorrenciais detêm para realizar o *enforcement* público da legislação concorrencial. Daí o papel limitado que a arbitragem teria na aplicação *ex ante* da legislação concorrencial, sendo mais vocacionada para resolver problemas da alocação *ex post* dos danos decorrentes das práticas anticompetitivas:

“Arbitration is only possible if the competition law allows for it and an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law. The arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law. In practice this means *ex post* allocation of damages to one party as a result of another party violating competition law. There is a very limited role in the *ex ante* application of competition law, for example in

mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities.”³

Em razão de tais preocupações, conclui Bruno Becker que “(...) decisões de tribunais arbitrais sobre questões concorrenciais devem se restringir (i) às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da LDC, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de e (ii) aos direitos disponíveis envolvidos, nos termos do art. 10 da Lei de Arbitragem”⁴.

Com efeito, em nenhuma hipótese se poderia admitir a arbitragem como forma de assunção das competências privativas do CADE ou como forma de interferência no exercício dessa competência, sob pena de termos uma inconstitucional e ilegal privatização do controle do poder econômico no Brasil. Muito menos se pode cogitar da utilização da arbitragem como mecanismo de blindagem ou proteção das partes diante das autoridades concorrenciais⁵.

Portanto, é imperioso separar as duas esferas de responsabilidade, embora o critério distintivo nem sempre seja claro, diante das eventuais zonas de interpenetração e das possibilidades de conflito entre a decisão administrativa e a decisão obtida pelos agentes privados.

É claro que há questões em relação às quais não há maiores dificuldades para a diferenciação proposta: assim como a punição pelo ilícito faz parte do *enforcement* público, a indenização dos danos faz parte do *enforcement* privado. Entretanto, obrigações comportamentais a serem aplicadas, como a cessação do ilícito ou medidas preventivas a serem impostas ao agente infrator, situam-se em verdadeira zona de interpenetração, tendo em vista que poderiam ser implementadas tanto na esfera administrativa, como na esfera civil. Adianta-se que sanção e indenização, embora distintas, não são noções estanques, mas dialogam entre si, como se examinará com mais profundidade na continuidade desta série de artigos.

³ OCDE, Arbitration and competition, *DAF/COMP (2010) 40*. 13 dez. 2011.

⁴ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais na arbitragem. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. v. 1, n. 2, pp. 239-270, 2015.

⁵ Segundo Bruno Becker (Op. cit.), “seja pela primeira hipótese (ilícito como objeto da arbitragem), seja por esta (ilícito indiretamente relacionado), a arbitragem não poderia ser utilizada como instrumento a proteger as partes envolvidas em condutas colusivas da ciência das autoridades competentes”.

Verdade seja dita que, na hipótese de o litígio privado decorrer de prévia condenação do CADE, não há maiores problemas. Pelo contrário, aqui, o *enforcement* privado, seja mediante a interpelação do Judiciário, seja mediante a arbitragem, seria uma consequência natural do *enforcement* público, um verdadeiro complemento da condenação administrativa, em total harmonia com a decisão do CADE.

Por essa razão, já há considerável doutrina reforçando o cabimento e as vantagens da arbitragem nessas hipóteses⁶, assim como existe iniciativa legislativa - PLS nº 283/2016 -, que, dentre outras providências, torna a decisão do plenário do CADE apta a fundamentar tutela da evidência em ações privadas. Tem-se aqui, seara na qual a arbitragem não apenas é cabível, como deve ser incentivada como importante instrumento de assegurar a plena eficácia da legislação concorrencial.

Entretanto, nas demais hipóteses, o tema está a merecer um maior aprofundamento, o que será feito na continuidade do presente artigo.

Artigo publicado no portal Jota em 21 de março de 2018.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>

⁶ Nesse sentido: GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. *Revista brasileira de arbitragem*. v. 11, n. 43, pp. 7-32, 2014; NAJAR, Jean-Claude. Arbitrating competition law: the user's perspective. In: BLAKE, Fordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US antitruste arbitration: a handbook for practitioners*. Alphen aan den rijn: Kluwer, 2011; LANDOLT, Phillip. Arbitration clauses and competition law. In: BLAKE, Fordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US antitruste arbitration: a handbook for practitioners*. Alphen aan den rijn: Kluwer, 2011.