

Arbitragem e Concorrência

Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? – Parte II

Ana Frazão

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

No primeiro artigo sobre o tema¹, concluiu-se que, diante de prévia decisão condenatória do CADE, a arbitragem é excelente instrumento para endereçar a questão da compensação dos danos, o que ocorreria de forma harmoniosa com a instância administrativa.

Entretanto, ainda existem duas outras importantes discussões que precisam ser enfrentadas no diálogo entre arbitragem e concorrência: (i) a possibilidade e as limitações do *enforcement* privado de questões concorrenciais via arbitragem quando esta for desencadeada antes de qualquer iniciativa do CADE ou simultaneamente aos procedimentos administrativos; e (ii) a possibilidade de o próprio CADE utilizar-se de procedimentos arbitrais no exercício de suas competências.

Como a segunda questão será deixada para o terceiro e último artigo desta série, o presente artigo focará na primeira, ou seja, na utilização da arbitragem para resolver questões concorrenciais antes de qualquer procedimento ou condenação do CADE. Afinal, é importante retomar a preocupação da OCDE de distinguir entre a arbitragem como meio de obtenção de *enforcement* privado do Direito da Concorrência, o que será abordado agora, e como ferramenta para autoridades antitruste obterem o *enforcement* público do próprio Direito da Concorrência, o que será abordado no próximo artigo.

No que diz respeito à arbitragem iniciada antes de qualquer condenação ou mesmo iniciativa do CADE, isso tanto poderia ocorrer quando a disputa arbitral tivesse como objeto a questão concorrential ou quando a questão

¹ FRAZÃO, Ana. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte I. *Jota*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>>.

concorrencial fosse um aspecto da controvérsia sob exame. Tanto em um caso como em outro, mas especialmente no primeiro, o maior problema da utilização da arbitragem seria o de eventual conflito entre as instâncias, considerando a independência de cada uma delas.

Em outras palavras, principalmente nos casos em que a questão concorrencial é o objeto principal da arbitragem, tanto a instância arbitral poderia negar a pretensão indenizatória por considerar inexistente ilícito concorrencial que depois seria confirmado pelo CADE, como a instância arbitral poderia considerar como ilícita, ainda que para fins indenizatórios, conduta assim não considerada pelo CADE.

Não haveria tantos problemas na última hipótese, em que o CADE não vislumbrasse ilícito concorrencial enquanto a arbitragem sim, tendo em vista que pode haver ilícito civil sem que haja o ilícito administrativo. Do ponto de vista da unidade do sistema, a incoerência apenas ocorreria se a decisão absolutória do CADE se baseasse na inexistência da materialidade ou da autoria².

Já na hipótese em que houvesse condenação pelo CADE, a “absolvição” na instância arbitral geraria maior incoerência, pois se sabe que consequência natural da condenação administrativa é a execução dos danos na esfera civil, em razão da aplicação analógica do mesmo preceito que existe em relação à infração penal. Assim, é fato que pode haver conflito real entre a decisão arbitral e a decisão do CADE.

O potencial de conflito aumenta ainda mais quando se imagina que as decisões arbitrais não necessariamente se restringirão aos aspectos indenizatórios, como também poderão abranger obrigações de fazer ou de não fazer que podem conflitar com a posição do CADE a respeito da mesma matéria.

Entretanto, é preciso notar que essa possibilidade de conflito é inerente à dupla esfera de responsabilidades—civil e administrativa—, bem como à autonomia de cada uma delas. Assim, também poderia ocorrer se o *enforcement* privado tivesse sido buscado pela via do Poder Judiciário ao invés da arbitragem.

² Essa seria a *ratio* do artigo 66 do Código de Processo Penal, quando afirma que não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do ato, bem como do artigo 935, do Código Civil, que será abordado posteriormente.

Dessa maneira, a utilização da arbitragem antes de decisão condenatória do CADE – ou mesmo antes de iniciado qualquer procedimento administrativo – não causa nenhuma dificuldade adicional além daquelas que já decorrem de um sistema em que as esferas da responsabilidade civil e administrativa são independentes.

Não é sem razão que o art. 935 do Código Civil é claro ao afirmar que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Dessa maneira, há bons fundamentos para aplicar tal entendimento, por analogia, também às relações entre a responsabilidade civil e a administrativa, inclusive para o fim de atenuar a independência entre as instâncias diante da negativa de materialidade ou de autoria pela instância administrativa.

Na verdade, as possibilidades de conflito entre CADE e Poder Judiciário são bem maiores, uma vez que a atuação deste não se limita apenas ao *enforcement* privado, mas também ao *enforcement* público. Acresce que, no que toca a este último, a competência do Poder Judiciário não se restringe ao controle *a posteriori* das decisões do CADE, mas também pode se estender a questões de política concorrencial que ainda não tenham sido nem mesmo apreciadas pelo CADE. Basta imaginar os inúmeros instrumentos coletivos de defesa de direitos difusos, dentre os quais a livre concorrência, que podem ser utilizados pelos legitimados, independentemente de o CADE já ter apreciado ou não a questão.

Todos esses aspectos são destacados para reforçar que muitos dos conflitos mencionados não decorrem propriamente da utilização da arbitragem, mas sim das dificuldades para se harmonizar as diferentes esferas de responsabilidade inerentes ao Direito da Concorrência, o que já existe diante da atuação ampla do Poder Judiciário, mesmo no *enforcement* privado, e tende a aumentar com o crescimento dos litígios privados.

Por essa razão, a possibilidade de conflito não pode ser razão que justifique a mitigação da utilização da arbitragem nas disputas concorrenciais privadas. Pelo contrário, é aplicável à arbitragem, por analogia, o artigo 47 da Lei

nº 12.529/2011³, quando possibilita o *enforcement* privado da legislação concorrencial de forma independente ao *enforcement* público via CADE.

Outro fundamento para tal entendimento é que, não obstante a possibilidade de conflito, qualquer que seja a decisão arbitral, ela não vinculará o CADE no exercício de sua competência para decidir o melhor encaminhamento da questão na esfera da responsabilidade administrativa. Ademais, o problema do conflito pode ser atenuado de diversas maneiras, inclusive por meio de soluções procedimentais, tais como a consideração pelos árbitros de eventual decisão do CADE superveniente ao início da arbitragem mas anterior ao laudo arbitral.

É por todas essas razões que hoje não mais se discute a arbitrabilidade das questões concorrenciais, mas sim a “exata medida” desta arbitrabilidade. Já se viu, desde o primeiro artigo desta série, que uma primeira preocupação é delimitar a utilização da arbitragem para o *enforcement* privado do Direito da Concorrência, na esfera da responsabilidade civil, caso em que a plena admissibilidade da arbitragem deve ser a regra, independentemente de qualquer decisão ou procedimento por parte do CADE.

A grande questão é que nem sempre é nítida a linha divisória entre o *enforcement* público e o privado, assim como há consideráveis discussões sobre em que medida, mesmo no *enforcement* privado, questões de ordem pública relacionadas ao Direito da Concorrência devem ser consideradas. Afinal, não são triviais as discussões sobre o que é ordem pública e sobre a extensão com que esta deve ser observada em procedimentos arbitrais.

Talvez por essa razão, no famoso caso Mitsubishi (1985)⁴, a Suprema Corte norte-americana, quando resolveu rever seu entendimento contrário à arbitragem em questões concorrenciais, para o fim de admitir tal possibilidade, adotou como um de seus fundamentos a possibilidade do controle judicial.

³ “Art. 47. 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”.

⁴ Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).

A partir daí, iniciou-se grande discussão sobre qual a extensão deste “segundo olhar” (*second look doctrine*), inclusive para o fim de se saber se, em questões concorrenciais, o parâmetro de controle judicial de laudos arbitrais deveria ou não ser superior ao de outras questões. É em torno desta questão que se debatem as teorias maximalista e minimalista.

De acordo com Brozolo, a posição maximalista enfatiza a necessidade de aplicar o Direito da Concorrência, defendendo “uma revisão irrestrita, pelos tribunais, das conclusões de fato e de direito da sentença a fim de verificar sua perfeita observância ao direito da concorrência mesmo à vista de meras alegações de sua violação”⁵. Por outro lado, segundo a posição minimalista, “quando deparado com sentenças em que tenham surgido questões de direito da concorrência, o tribunal revisor deveria restringir-se a verificar se os árbitros enfrentaram estas [...] e se elas foram decididas de maneira competente”⁶.

Entretanto, ficando claro que a arbitragem se restringe ao *enforcement* privado do Direito da Concorrência, não haveria razão para, aprioristicamente, se ampliar o controle judicial sobre os laudos arbitrais que disponham sobre temas concorrenciais. Havendo a perfeita delimitação do objeto da arbitragem, até mesmo o debate entre teoria maximalista e minimalista perderia parte do seu sentido, uma vez que a primeira teoria apenas se justificaria caso se imaginasse que a arbitragem em questões concorrenciais estaria adentrando em outros assuntos que não os relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis.

Não obstante, nem sempre é fácil, em questões concorrenciais, diferenciar perfeitamente o que cabe ao *enforcement* privado e ao *enforcement* público. A cessação de condutas é um bom exemplo, já que pode ser determinada tanto na esfera cível como na administrativa. Nos Estados Unidos, discute-se, por exemplo, se há arbitrabilidade objetiva quando disputas indenizatórias envolvem direitos cogentes ou questões da política concorrencial, tal como ocorre diante dos *treble damages* e das *class actions*. Ressalta-se que as cortes americanas estão divididas sobre essa questão, embora, em 2010, no caso *Stolt-Nielsen*⁷, a

⁵ BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de arbitragem e mediação*. v. 7, n. 27, pp. 162-194, out./dez. 2010. p. 167.

⁶ BROZOLO, Op. cit., p. 168.

⁷ *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662 (2010).

Suprema Corte tenha considerado que uma *class action* não poderia ser processada por meio de arbitragem se a cláusula arbitral era silente sobre essa questão.

Da mesma forma que nem sempre é fácil separar o *enforcement* público do privado, ainda existe o problema de saber como o *enforcement* privado pode e deve dialogar com o *enforcement* público, ou seja, em que medida árbitros podem ou mesmo devem aplicar a legislação concorrencial no âmbito das disputas privadas.

Para muitos, como Brozolo⁸, os árbitros têm o dever de ofício de aplicar a legislação concorrencial, pois não podem tolerar a violação a normas cogentes. O pensamento do autor vai ao encontro do que defende a OCDE⁹, segundo a qual não deve haver dúvidas de que os árbitros têm o dever de aplicar a legislação concorrencial e as partes devem concordar com o fato de que questões concorrenciais fazem parte da arbitragem.

Por essa razão, ainda segundo a OCDE, nos casos em que as partes dão instruções para a desconsideração da legislação concorrencial, os árbitros devem recusá-las. Brozolo vai além, entendendo que os árbitros devem recusar o mandato se tais instruções forem dadas no início da arbitragem¹⁰.

Outra importante discussão diz respeito a saber que legislação concorrencial deve ser aplicada em disputas transacionais. Sobre o tema, aponta Brozolo que não se deveria eliminar a possibilidade de árbitros aplicarem normas concorrenciais das jurisdições mais diretamente afetadas pela transação em disputa, até diante do dever dos árbitros de proferir uma sentença exequível¹¹.

Ainda existe a delicada questão sobre se os árbitros teriam o dever de levar as infrações concorrenciais de que têm conhecimento às autoridades concorrenciais, tema que é altamente controverso.

Logo, por mais que não se discuta a arbitrabilidade de questões concorrenciais, ainda há muito a discutir sobre quais são os limites desta

⁸ BROZOLO, Op. cit. p. 186.

⁹ OCDE, Arbitration and competition, *DAF/COMP (2010) 40*. 13 dez. 2011.

¹⁰ BROZOLO, Op. cit. pp. 190-191.

¹¹ BROZOLO, Op. cit. pp. 189-191.

arbitrabilidade, bem como no que diz respeito ao que se espera dos árbitros e do controle judicial dos laudos.

Nesse contexto, é importante registrar, mais uma vez, a ressalva da OCDE¹², no sentido de que mesmo a aprovação de um laudo arbitral por uma corte não pode ser, de nenhuma forma, um substitutivo para o *enforcement* público. Consequentemente, qualquer que seja a forma pela qual as cortes arbitrais estejam endereçando as questões concorrenciais – objetos principais da disputa ou não – que venham ao seu conhecimento, isso não deve trazer impactos ou consequências sobre a competência das autoridades concorrenciais.

Até por isso, talvez não se tenha tanto o que temer na utilização da arbitragem em questões concorrenciais, embora seja importante avançar na delimitação dos critérios de arbitrabilidade e de viabilidade de comunicação entre as instâncias arbitral e administrativa, até para tornar, dentro do possível, as decisões arbitrais exequíveis e harmoniosas com as decisões do CADE.

Artigo publicado no portal Jota em 4 de abril de 2018.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-2-04042018>.

¹² “It should be emphasised, however, that court review of arbitration and the approval of an award by a court is not in any way a substitutive for public enforcement. Therefore competition authorities can intervene, for example, by opening inquiries and imposing sanctions, if the arbitration process raises serious competition issues” (OCDE, Op. cit.).