

Arbitragem e Concorrência

Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? – Parte III

Ana Frazão

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

Os dois primeiros artigos desta série procuraram mostrar como a arbitragem pode e deve ser utilizada para o *enforcement* privado do Direito da Concorrência, seja para operacionalizar e viabilizar as consequências de prévia decisão condenatória do CADE – tais como indenizações de danos e imposições de obrigações de fazer ou não fazer –, seja para assegurar o *enforcement* privado antes mesmo de qualquer iniciativa por parte do CADE.

Resta agora analisar a possibilidade de o CADE se utilizar da arbitragem em seus procedimentos e em que medida isso poderia ser feito. Ao contrário das hipóteses anteriores, apresenta-se aqui um componente distinto, uma vez que a arbitragem, nesses casos, longe de ser um procedimento paralelo e independente em relação aos procedimentos administrativos, seria um procedimento dependente destes, além de ser intrínseca e funcionalmente conectada com estes.

Qualquer que seja o limite que se atribua à arbitragem em hipóteses assim, é inequívoco que a sua utilização apenas poderia ocorrer pelas vias consensuais, por meio da concordância dos agentes privados interessados. Entretanto, como as possibilidades de cooperação no Direito da Concorrência são amplas, é inequívoco que tal objetivo pode ser facilmente alcançado.

Tanto é assim que hoje muito se discute sobre a utilização da arbitragem em acordos em atos de concentração. O próprio CADE já se utilizou dessa possibilidade em algumas oportunidades, assim como já lançou mão da arbitragem “imprópria”, em que se recorre a um parecerista ou *expert* que, como terceiro não-interessado, pode dar a sua opinião sobre o caso concreto e ainda prestar informações relevantes para a autoridade antitruste.

Da mesma maneira, seria possível se utilizar da arbitragem própria ou imprópria também no controle de condutas, pela via do TCC, oportunidade em que a empresa poderia assumir o seu compromisso inicial de se submeter à arbitragem diante de determinadas circunstâncias. É claro que a viabilidade do procedimento dependeria, obviamente, da aceitação da parte supostamente prejudicada, mas o próprio acordo poderia prever incentivos para que isso ocorresse, tal como ocorre nos acordos em atos de concentração.

Consequentemente, a grande questão para a viabilidade ou não da arbitragem nessas hipóteses é saber se a sua adoção comprometeria ou não o exercício das competências exclusivas do CADE, transformando-se em indevida delegação de poderes.

Como já se viu nos artigos anteriores desta série¹, os problemas concorrenciais apresentam simultaneamente dimensões públicas e privadas, sendo possível, na maioria dos casos, identificar o que cabe à esfera do *enforcement* público e o que cabe à esfera do *enforcement* privado.

Consequentemente, nada impede que o CADE, no desenho de soluções e remédios consensuais, possa concordar com a arbitragem como meio de solução dos problemas concorrenciais privados relacionados à questão sob exame, a fim de, em momento posterior, aproveitar-se dos resultados da arbitragem para o exercício de suas competências exclusivas.

Desde que o CADE mantenha a sua competência para, ao final, decidir as questões de *enforcement* público subjacentes à disputa privada travada na seara arbitral, não há qualquer problema para a utilização da arbitragem, de forma combinada com os procedimentos administrativos. Pelo contrário, a arbitragem pode trazer para o CADE excelente instrumental probatório e jurídico para subsidiar as suas análises, especialmente em questões de extrema complexidade.

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>>;

FRAZÃO, Ana. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte II. *Jota*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-2-04042018>>.

A única ressalva é que os laudos arbitrais daí resultantes, embora vinculantes entre as partes, do ponto de vista privado, não o seriam em relação ao CADE, que, no exercício de suas competências, poderia inclusive discordar dos resultados.

Como se esclareceu anteriormente, ao contrário do Poder Judiciário, cujas decisões vinculam o CADE, até porque podem tratar dos aspectos de *enforcement* público da concorrência, o mesmo não ocorre com as decisões arbitrais, que apenas podem tratar dos aspectos de *enforcement* privado.

Daí a advertência da OCDE de que, não podendo o tribunal arbitral se substituir às autoridades públicas competentes, a consequência da arbitragem em tais situações só pode ser a de cooperar com as autoridades competentes, mas não vinculá-las:

“There are also limits to the extent competition authorities can adopt arbitration proceedings. **The EU cannot delegate its powers to an arbitral tribunal, and it remains the overall body responsible for the monitoring of commitments. The arbitral tribunal is then responsible for resolving the private dispute between the private parties**, on the basis of the commitments. **The arbitral court is not a regulator and cannot substitute itself for the EU,** as evidenced by the fact that the EU can modify the commitments upon the request of the parties. **The arbitrator must then take the commitments as they stand.** The independence of the arbitrator is maintained and the procedure is carried out under the arbitrator’s own responsibility, but with an element of co-operation with the EU”².

² OCDE, Arbitration and competition, *DAF/COMP (2010) 40*. 13 dez. 2011.

Além das ressalvas já explicitadas pela OCDE, só faz sentido se cogitar da arbitragem no bojo de procedimentos administrativo-concorrenciais se a efetiva cooperação entre árbitros e autoridade antitruste for possível. Por essa razão, uma discussão já levantada pela doutrina especializada é que os árbitros deveriam levar em conta o espírito e a razão do pacote de remédios adotados pelas partes e autoridade antitruste, a fim de prevenir investigações separadas a respeito do seu não cumprimento. Logo, de alguma maneira, a utilização da arbitragem acabaria levando à mitigação da autonomia das partes em prol de maior diálogo entre interesses privados e interesses públicos.

A possibilidade da arbitragem em situações assim também atrai as discussões que já são lançadas nos procedimentos arbitrais que precisam lidar com questões de ordem pública e interesses que transcendem aos das partes³. Em casos assim, é conhecida a crítica de que deveria haver (i) uma readequação da confidencialidade, a fim de se assegurar um mínimo de transparência e *accountability*; (ii) alternativas procedimentais para a proteção do interesse público; e (iii) até mesmo a intervenção de terceiros. Como se pode observar, todas as ponderações se aplicam aos casos em que a arbitragem é prevista como solução complementar de remédios desenhados entre as partes e as autoridades concorrenciais.

Ademais, a doutrina especializada vem cogitando de algumas outras adaptações para o melhor diálogo entre árbitros e autoridades concorrenciais, tais como (i) previsão de relatórios para as autoridades antitruste; (ii) possibilidade de os árbitros requererem informações ou mesmo a interpretação do acordo pela autoridade antitruste; (iii) negação de força executiva aos laudos arbitrais incompatíveis com a decisão da autoridade antitruste; (iv) participação da autoridade antitruste como *amicus curiae*; e (v) necessidade de pronunciamento da autoridade antitruste sobre os laudos arbitrais.

Todas essas questões mostram que, apesar de possível, a utilização da arbitragem em matéria concorrencial, ainda mais quando realizada no bojo de procedimentos administrativo-concorrenciais, apresenta desafios e

³ FRAZÃO, Ana. Arbitragem, confidencialidade e transparência. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/arbitragem-confidencialidade-e-transparencia-01112017>>.

provavelmente exige ajustes sem os quais não ocorrerá a necessária cooperação e o diálogo que se espera entre árbitros e autoridades concorrenciais.

Conclui-se, portanto, ao final dos três artigos que compõem a presente série, que, embora a arbitragem seja extremamente adequada e vantajosa para o *enforcement* privado do Direito da Concorrência, tem evidentes limitações para o *enforcement* público, pois há justificado receio da indevida privatização do controle do poder econômico.

Por essa razão, a utilização da arbitragem deve ser aceita e estimulada, desde que não comprometa a competência do CADE, até porque esta é exclusiva e indelegável e apenas pode ser submetida a controle amplo por parte do Poder Judiciário, pois somente este pode se pronunciar sobre os aspectos de *enforcement* público do Direito da Concorrência.

Em qualquer caso, para que seja possível o avanço coerente da arbitragem na seara antitruste, é necessário refletir ainda sobre algumas questões, tais como (i) os pressupostos da arbitragem que lida com questões concorrenciais, inclusive para o fim de se cogitar da readequação do papel dos árbitros e dos próprios procedimentos arbitrais; (ii) a melhor definição do que pode ser considerado arbitrável em questões concorrenciais – a arbitralidade objetiva –, bem como (iii) o necessário diálogo que deve haver entre o *enforcement* privado e o público, a fim de evitar contradições e possibilitar, sempre que possível, a comunicação e a cooperação entre as diferentes instâncias e autoridades que, em seu conjunto, assumem a importante missão de tutelar o Direito da Concorrência.

Artigo publicado em 18 de abril de 2018 no portal Jota.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-3-18042018>.