

# CONCORRÊNCIA E ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES CONCORRENCIAIS EM ARBITRAGENS

Bruno Bastos Becker\*

Resumo: Objetiva-se o exame da interação e da compatibilidade entre a arbitragem e o direito da concorrência, tratando dos possíveis conflitos com o instituto da arbitragem à luz das normas nacionais – especialmente os diplomas normativos da Lei nº 12.529/2011 e Lei nº 9.307/96. Para tal, divide-se o ensaio divide-se em três partes. Inicialmente, são apresentadas breves considerações sobre o desenvolvimento da matéria no exterior, em especial nos Estados Unidos da América e na União Europeia, especialmente acerca dos casos Mitsubishi e Eco Swiss. Posteriormente, serão feitos breves apontamentos sobre as normas brasileiras de direito da concorrência, apresentando-se uma divisão metodológica entre condutas colusivas e unilaterais. Por fim, com base na divisão entre condutas colusivas e unilaterais, serão apresentadas hipóteses de incidência de questões de ordem concorrencial em procedimentos arbitrais desenvolvidos no âmbito do direito brasileiro. Conclui-se que, embora a questão da arbitrabilidade de questões concorrenciais parece já ter sido superada em âmbito internacional e nacional, há que se diferenciar as distintas formas de incidência do direito da concorrência, especialmente pelo fato de que, legislação brasileira considera crime determinadas práticas colusivas, o que afeta consideravelmente as conclusões acerca da arbitra-

---

\* Mestrando em Direito Comercial USP, advogado do Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados, bacharel em Direito pela UFRGS, diretor do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS), tesoureiro da Associação Brasileira de Direito e Economia.

lidade de questões envolvendo o direito da concorrência.

Sumário: Introdução. 1. Desenvolvimento da Matéria no Exterior. 2. Breves Apontamentos sobre o Direito da Concorrência. 2.1. Formas de Incidência. 2.2. Esferas de Aplicação. 3. Hipóteses de Incidência de Questões de Ordem Concorrencial em Procedimentos Arbitrais no Direito Brasileiro. 3.1. Condutas Colusivas. 3.2. Condutas Unilaterais. Conclusões. Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>



Direito da Concorrência e a Arbitragem são institutos bastante distintos<sup>2</sup>, mas que, invariavelmente, acabam por ter uma importante conexão: de modo geral, os agentes econômicos que mais se utilizam da arbitragem como forma de resolução de conflitos, acabam sendo os que igualmente são dotados de poder econômico. O resultado dessa fórmula parece ser a consequente incidência de questões de ordem concorrencial em procedimentos arbitrais<sup>3-4</sup>, podendo surgir como disputas con-

<sup>1</sup> O autor agradece à doutoranda Giovana Valentiniano Benetti pela cuidadosa revisão do texto do artigo, bem como ao advogado Rafael Xavier e a acadêmica Mariane Piccinin Barbieri pelos atentos comentários ao texto.

<sup>2</sup> Isabel Vaz apresenta interessante paralelo entre os *modus operandi* dos dois institutos. (VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 16, São Paulo, p. 353, janeiro 2009.)

<sup>3</sup> “Quando esses dois domínios do direito se cruzam, o que não é raro, dadas a identidade de seus principais atores e a potencialidade de reflexos no mercado dos atos e acordos submetidos ao juízo arbitral, surge a questão da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a aplicação das normas do Direito da Concorrência” (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. *Possibilidade de Aplicação de Normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Internacional: Questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 335.)

<sup>4</sup> Segundo Luis Silva Morais, haveria “[...] uma percepção empírica da relevância concreta das questões de direito da concorrência em Portugal nos últimos anos”, a

tratuais em contratos de longo prazo, como fornecimento, parcerias, *joint ventures* e até entre acionistas e membros de associações, caso tais contratos possuam cláusula compromissória<sup>5</sup>. Nessas hipóteses, o direito da concorrência poderia ser utilizado pelas partes envolvidas em uma arbitragem tanto como um escudo (*i.e.*, como argumento de defesa), como uma espada (*i.e.*, argumento de demanda)<sup>6</sup>.

É exatamente nesse contexto que o presente ensaio se insere, no exame da interação e da compatibilidade entre a arbitragem e o direito da concorrência. Em uma análise superficial, tais institutos poderiam ser considerados incompatíveis, de modo que as questões concorrenciais não seriam arbitráveis, pois poderiam ofender a ordem pública<sup>7</sup>. Em outras palavras, haveria uma oposição intransponível entre, de um lado, o prin-

---

despeito da [...] reserva que existe sobre várias decisões arbitrais, ou até sobre processos arbitrais que terminaram com transações ou por acordo nos quais foram suscitados problemas de direito da concorrência, impeça um conhecimento mais alargado ou preciso desta realidade”. Ainda conforme o autor, haveria em Portugal um esforço para o levantamento de informações sobre processos arbitrais em que sejam suscitadas e apreciadas questões de direito da concorrência realizado pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA). (MORAIS, Luis Silva. Palavras Iniciais na Sessão de Abertura da Conferência “Arbitragem e Direito da Concorrência”. Lisboa, 2012. Disponível em: <http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/LM-Abertura-Conf-Arb-Conc-Arb-ADR.pdf>)

<sup>5</sup> “Competition issues may arise before the arbitrators in a number of ways. Generally, all contractual disputes between parties to a long-term contract, such as partnership disputes, disputes between members of associations, or between shareholders, or between the shareholders and the company, disputes between parties of long-term vertical or horizontal contracts such as joint-ventures, and, finally, disputes over the terms of a license are likely to be solved by arbitration if the underlying contract contains an arbitration clause” (BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 91)

<sup>6</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010.

<sup>7</sup> “Toda matéria que diz respeito à lei antitruste, Lei 8.884, de 11.06.1994, em que pese tratar de relação jurídica de direito patrimonial disponível, não pode ser objeto de juízo arbitral” (MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 106, São Paulo, p. 221, abril 2002)

cípio da autonomia das partes que rege a arbitragem, e, de outro, a máxima proteção visada à ordem pública pelo direito da concorrência<sup>8</sup>.

Esse posicionamento parece já ter sido superado em grande medida pela doutrina<sup>9</sup> e jurisprudência<sup>10</sup> internacionais. Tendo em vista a relevância que discussões envolvendo o direito da concorrência podem apresentar em procedimentos arbitrais, caso tal matéria simplesmente fosse considerada como não arbitrável, “haveria um enorme potencial para manobras táticas objetivando interferir nos efeitos apropriados de uma convenção de arbitragem”<sup>11</sup>.

Ocorre que, a despeito da evolução da matéria no exterior, a especificidade das normas nacionais de ordem pública contidas nas normas relativas ao direito da concorrência torna a questão da arbitrabilidade muito complexa para ser tratada abstratamente (*i.e.*, sem levar em consideração as normas locais)<sup>12</sup>. Faz-se necessária, portanto, uma investigação do tema à luz do direito brasileiro.

No Brasil, a matéria é tratada ainda de forma incipiente, abordando-se basicamente a questão da arbitrabilidade<sup>13</sup>; dis-

---

<sup>8</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Arbitration and Competition 2010: Hearings. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012. p.53

<sup>9</sup> MOURRE, Alexis. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration*. A Handbook for Practitioners. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 36 e ss.

<sup>10</sup> Vide, em especial, Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth, 473 US 614 (1985) e Eco Swiss China Time Ltd. e Benetton International NV (C-126/97).

<sup>11</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010.

<sup>12</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 109.

<sup>13</sup> “O termo ‘arbitrabilidade’ é habitualmente usado para designar a susceptibilidade de uma controvérsia (ou litígio) ser submetida a arbitragem (CAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. *Revista de*

correndo-se sobre a aplicação, pelos árbitros, do direito da concorrência em suas decisões. Usualmente, considera-se o direito da concorrência de forma indistinta, sem analisar as diversas formas de sua incidência e aplicação. Vislumbra-se, pois, a necessidade da investigação da questão sob uma perspectiva mais focada no direito da concorrência, tratando dos possíveis conflitos com o instituto da arbitragem à luz das normas nacionais – especialmente os diplomas normativos da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência, ou “LDC”), e Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

Para tanto, o presente ensaio divide-se em três partes. Inicialmente, serão apresentadas breves considerações sobre o desenvolvimento da matéria no exterior, em especial nos Estados Unidos da América e na União Europeia. Posteriormente, serão feitos breves apontamentos sobre as normas brasileiras de direito da concorrência. Por fim, serão apresentadas hipóteses de incidência de questões de ordem concorrencial em procedimentos arbitrais desenvolvidos no âmbito do direito brasileiro<sup>14</sup>.

## 1. DESENVOLVIMENTO DA MATÉRIA NO EXTERIOR

A interação entre o direito da concorrência e a arbitragem já foi alvo de debates em diversas jurisdições<sup>15</sup>, sendo as mais relevantes decisões aquelas adotadas nos Estados Unidos

---

*Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 129, outubro 2010.)”.

<sup>14</sup> Por questões de delimitação do tema, o foco do presente ensaio recairá na análise dos institutos à luz do direito brasileiro, não sendo objeto, portanto, questões relacionadas à eventual aplicação de normas de direito concorrencial em arbitragens internacionais.

<sup>15</sup> Como afirma Alexis Mourre, em países como Alemanha, Inglaterra, Holanda, Suécia, Nova Zelândia, o debate da arbitrabilidade de questões concorrenciais parece já estar superado (MOURRE, Alexis. *Arbitrability of Antitrust Law from the European and US perspective*. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 5-67 p. 41 e ss.).

da América e na União Europeia, a seguir apresentadas.

Nos Estados Unidos da América, no caso *American Safety*, a decisão do *US Second Circuit* de 1968<sup>16</sup> afirmou que o direito antitruste<sup>17</sup> não seria compatível com a resolução de conflitos por arbitragem<sup>18</sup> e, assim, rejeitou a aplicação de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais. Foi somente em 1985 com o paradigmático caso *Mitsubishi*<sup>19</sup> que a Suprema Corte norte-americana reviu sua posição, passando a aceitar a arbitrabilidade de questões de direito concorrencial<sup>20</sup>. Atualmente, percebe-se naquele país um considerável desenvolvimento teórico e prático acerca da matéria<sup>21</sup>. A esse respeito, cabe mencionar o desenvolvimento da doutrina “*Second Look*”, por meio da qual os tribunais realizam, em âmbito de

---

<sup>16</sup> *American Safety Equipment Corp v. J.P. Maguire & Co.* (BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 45)

<sup>17</sup> Para fins do presente ensaio, os termos Direito da Concorrência, Direito Concorrencial e Direito Antitruste serão entendidos como sinônimos e adotados indistintamente.

<sup>18</sup> “[A] claim under the antitrust laws is not merely a private matter. Antitrust violation can affect hundreds of thousands, perhaps millions, of people and inflict staggering economic damage. We do not believe Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in Courts. [...] The pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make [...] antitrust claims [...] inappropriate for arbitration”. (MOURRE, Alexis. *Arbitrability of Antitrust Law from the European and US perspective*. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 5-67 p. 22 e ss.)

<sup>19</sup> *Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614 (1985).

<sup>20</sup> Deve-se, no entanto, fazer uma ressalva acerca da diferença entre os sistemas jurídicos estrangeiros, especialmente do norte-americano no que se refere ao *enforcement* da legislação antitruste de forma privada.

<sup>21</sup> Por exemplo, vide LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. 2210 p. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com/>>. Acesso em: 20 set. 2012.; ROGERS, Catherine A.; LANDI, Niccolò. *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe*. Disponível em < <http://papers.ssrn.com> >. Acesso em: 20 set. 2012; e ZEKOS, Georgios I. *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law*. *Journal of International Arbitration*, Alphen Ann Den Rijn, v. 25, n. 1, p.1-29, 2008.

anulação ou homologação de sentenças arbitrais, uma revisão – em maior ou menor grau, isto é, maximalista ou minimalista<sup>22</sup> – da decisão do tribunal arbitral quando da incidência de questões concorrenciais em razão da justificativa do interesse público envolvido<sup>23</sup>.

Na União Europeia, a questão da arbitrabilidade de questões concorrenciais também foi alvo de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”). No caso *Eco Swiss*<sup>24</sup>, a questão envolvida dizia respeito à suspensão de execução de decisão arbitral que condenou a empresa Benetton ao pagamento de indenização por perdas e danos decorrentes de rescisão de contrato de licença. Neste sentido, discutiu-se a necessidade de os árbitros aplicarem *ex officio* o Direito Comunitário da Concorrência, e embora tal questão não tenha sido respondida pelo TJUE, entende-se que haveria, de fato, a necessidade de aplicação da matéria pelos árbitros, pois, enquanto normas de ordem pública na União Europeia, não poderiam deixar de ser consideradas e aplicadas em um procedimento arbitral<sup>25</sup>.

Note-se que, no caso *Eco Swiss*, a decisão do TJUE dá um passo além, acenando haver não só a possibilidade de tribunais arbitrais decidirem questões concorrenciais – como

---

<sup>22</sup> Sobre o debate entre a aplicação da teoria minimalista e maximalista, isto é, entre a maior ou menor revisão do conteúdo das sentenças arbitrais pelo judiciário, vide: BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010.

<sup>23</sup> BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 98

<sup>24</sup> *Eco Swiss China Time Ltd. e Benetton International NV (C-126/97)*

<sup>25</sup> Segundo Phillip Landolt, “If the Community courts had really wished EC competition Law to be treated as unarbitrable, they would doubtless have found occasion to say so. Since at least 1982 with the Nordsee preliminary reference, the ECJ has been content to let pass unmentioned any objection it might have had to the arbitration of competition law questions” (LANDOLT, Phillip apud MOURRE, Alexis. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration*. A Handbook for Practitioners. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 46)

ocorreu no caso Mitsubishi – mas também o dever de os árbitros suscitarem tais questões, sendo necessário frisar a existência de posicionamentos doutrinários contrários a tal dever<sup>26</sup>.

Para além da discussão da arbitrabilidade de questões concorrenciais, as recentes reformas do Direito Comunitário da Concorrência<sup>27</sup> ensejaram uma maior autonomia das partes em relação à resolução privada de disputas de ordem concorrencial. Assim, debate-se, entre outros temas, acerca da possibilidade de a Comissão Europeia ingressar em procedimentos arbitrais como *amicus curiae*, bem como a utilização de procedimentos arbitrais pela Comissão para o monitoramento de cumprimento de remédios comportamentais no âmbito do controle de concentrações (*behavioural remedies*)<sup>28</sup>.

Nessa linha, cabe salientar que até mesmo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) já demonstrou preocupações sobre a interação entre Arbitragem e Concorrência. Em outubro de 2010, foi realizada uma audiência com alguns dos maiores especialistas na área para debater a questão. De acordo com as principais conclusões da OCDE, a arbitragem é uma ferramenta normal para a resolução de conflitos e o seu emprego em questões concorrenciais tende a aumentar. Ainda, entendeu a OCDE que a utilização da arbitragem não ameaçaria a aplicação do Direito da Concorrência, sendo desnecessárias mudanças de abordagem por tribunais arbitrais. Assim, a Arbitragem deveria ser vista como uma ferramenta adicional para a correta aplicação do Direito Concor-

---

<sup>26</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012. p. 12

<sup>27</sup> Trazidas especialmente pelo Regulamento 1/2003. Para informações sobre o regulamento, vide: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/126092\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126092_pt.htm). Acesso em 12 set. 2014.

<sup>28</sup> BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 78



rencial.<sup>29</sup>

Outras questões levantadas pelo relatório da OCDE relacionam-se à eventual obrigação de os árbitros levarem as questões concorrenciais ao conhecimento das autoridades, aos problemas relacionados à execução e revisão de sentenças arbitrais, e à utilização da arbitragem na aplicação de remédios em casos de controle de atos de concentração<sup>30</sup>.

## 2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Para uma análise específica da relação entre arbitragem e direito da concorrência à luz do direito brasileiro, faz-se necessária breve incursão em alguns conceitos do direito concorrencial pátrio.

Nos termos do art. 170 da Constituição Federal, a Livre Concorrência é princípio da ordem econômica nacional, sendo que, nos termos do art. 173, § 4º, “[a] lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. De forma a sistematizar a aplicação da matéria, o Legislador criou no Brasil um complexo sistema preventivo e repressivo de proteção à concorrência.

Assim sendo, a fim de facilitar a compreensão e a apreciação de conceitos concorrenciais em procedimentos arbitrais, propõe-se uma dupla divisão metodológica: a análise da matéria tanto a partir das formas de incidência quanto a partir das esferas de aplicação.

---

<sup>29</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2014. p. 12

<sup>30</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2014. p. 12 e ss.

## 2.1. FORMAS DE INCIDÊNCIA

Nos termos do art. 1º da LDC<sup>31</sup>, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) possui duas principais esferas de atuação: preventiva e repressiva.

De um lado, a preventiva, regulada pelos arts. 88 e seguintes da LDC, verifica-se por meio do controle de concentrações, em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) analisa previamente operações consideradas atos de concentração (*e.g.*, fusões, aquisições de participação societária, *joint ventures*).

De outro, a atuação repressiva ocorre por meio da investigação e da sanção a infrações à ordem econômica (as chamadas condutas anticoncorrenciais), que podem ser divididas em dois grupos: condutas unilaterais e condutas colusivas, sendo estas executadas conjuntamente por agentes econômicos, e aquelas praticadas individualmente pelos agentes econômicos, também conhecidas como abuso de posição dominante<sup>32</sup>.

As condutas colusivas, também conhecidas como cartéis, estão previstas no art. 36, § 3, I da LDC. Segundo Paula Forgioni, as condutas colusivas seriam definidas como “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arre-

---

<sup>31</sup> A Lei nº 12.529/2011 entrou em vigor em 30 de maio de 2012. Entre 1994 e 2012, o Direito Concorrencial foi tutelado pela Lei nº 8.884/94. A Lei nº 12.529/2011 trouxe profundas mudanças (*i*) na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e (*ii*) no controle de estruturas. Todavia, para fins do presente estudo, a alteração mais relevante diz respeito à descriminalização de determinadas condutas anticompetitivas em decorrência da alteração da redação da Lei nº 8.137/90, como apresentado a seguir.

<sup>32</sup> Há diversas metodologias adotadas pela literatura para classificar as práticas concorrenciais. Aqui, refere-se basicamente (*i*) à divisão entre acordos verticais ou horizontais, na qual o foco metodológico resta na relação econômica entre os agentes, e (*ii*) à divisão entre condutas colusivas e unilaterais (ou abuso de posição dominante), cujo foco resta na conduta incorrida e nos efeitos econômicos. Para os fins do presente ensaio, optou-se por adotar a segunda classificação, pois se entende mais adequada para a análise proposta.

fecer ou neutralizar a competição entre eles”<sup>33</sup>. Seu objetivo principal é eliminar ou diminuir a concorrência, mediante fixação de preços, diminuição da oferta de produtos no mercado ou a divisão geográfica dos concorrentes em determinado território. Por meio de tais acordos entre concorrentes, viabiliza-se a imposição de preços monopolistas ao mercado, gerando a perda de bem-estar dos consumidores. Nas condutas colusivas, portanto, há um caráter de combinação, de acordo entre agentes econômicos.

As condutas unilaterais, também conhecidas como abusos de posição dominante, estão previstas nos demais incisos do § 3º do art. 36 da LDC e são as práticas comerciais impostas – individualmente – por um agente econômico com poder de mercado que tenham como objetivo ou resultado a eliminação da concorrência. Aqui, importa destacar que as práticas unilaterais costumam ser impostas por meio de contratos entre partes verticalmente (*e.g.*, contrato de fornecimento, distribuição, agência) ou horizontalmente relacionadas (*e.g.*, contratos entre concorrentes)<sup>34</sup>. A título exemplificativo, as condutas unilaterais englobam o aumento abusivo de preços; a discriminação de rivais; os preços predatórios; as políticas promocionais (descontos); a venda casada; os acordos de exclusividade; a recusa de contratar; e a fixação de preço de revenda<sup>35</sup>.

Essa classificação metodológica entre condutas colusivas e unilaterais justifica-se por duas razões.

Primeiro, porque as condutas colusivas, além de infrações administrativas, são tipificadas como crime nos termos da Lei nº 8.137/90 (“*Lei de Crimes Econômicos*”), ao passo que as

---

<sup>33</sup> FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012, p. 338

<sup>34</sup> Muito embora o artigo 90, IV da LDC considere contratos associativos como atos de concentração, há hipóteses em que, de uma relação associativa entre concorrentes pode decorrer a imposição de práticas comerciais caracterizadas como abuso de posição dominante.

<sup>35</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139 e ss.

unilaterais são, atualmente, ilícitos administrativos. Nesse particular, a reforma aos crimes contra a ordem econômica imposta pela LDC foi relevante, à medida que alterou a redação do art. 4º da Lei de Crimes Econômicos (dada anteriormente pela Lei nº 8.884/94)<sup>36</sup>. Com isso, o legislador restringiu a tipificação de crimes contra a ordem econômica como aquelas condutas praticadas de forma colusiva, *i.e.*, “mediante qualquer forma de ajuste<sup>37</sup> ou acordo<sup>38</sup> de empresas”.

Com efeito, a partir da entrada em vigor da LDC – e em linha com as recomendações da OCDE<sup>39</sup> – deixaram de ser considerados crimes os abusos de poder econômico praticados unilateralmente (*i.e.*, condutas unilaterais), descaracterizando-se “criminalmente várias dessas condutas [anteriormente definidas], apenas mantendo os casos dos cartéis [*i.e.*, condutas colusivas], para os quais dificilmente se configuram eficiências compensatórias que impliquem um efeito líquido positivo da conduta”<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> A nova redação do art. 4º da Lei de Crimes Econômicos deixou de tipificar condutas unilaterais anteriormente incluídas no rol de crimes econômicos, especialmente nos incisos IV e seguintes: IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato. VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

<sup>37</sup> Segundo Prado, “[p]or *ajuste* na seara penal, entende-se o acordo, livre e consciente, feito entre vários indivíduos com o objetivo de praticar um fato punível” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 50-51)

<sup>38</sup> Para Diniz *apud* Prado, “*acordo* é ‘a convenção ou ajuste entre contratantes, conjugando suas vontades para a efetivação do ato negocial, gerando uma obrigação de dar, de fazer ou não fazer’” (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 51).

<sup>39</sup> CORDOVIL, Leonor. Disposições Finais e Transitórias. In: CORDOVIL, Leonor et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 228.

<sup>40</sup> MATTOS, Cesar *apud* TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a*

Segundo, tal distinção entre condutas colusivas e unilaterais relaciona-se ao *standard* de prova necessário para a verificação do ilícito, *i.e.*, quanto à necessidade ou não de comprovação de efeitos econômicos para sua caracterização. O debate iniciado pela doutrina norte-americana acerca da oposição entre ilícitos *per se* e regra da razão<sup>41</sup>, possui hoje, no Brasil, evolução teórica, discernindo-se entre os ilícitos pelo objeto e pelo efeito.

Nos termos do *caput* do art. 36 da LDC, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos”. Assim, ainda que haja eventuais exceções, de acordo com recente entendimento apresentado pelo tribunal do CADE, condutas colusivas que se caracterizariam como cartel clássico seriam infrações definidas pelo objeto, havendo dispensa da produção de provas sobre os efeitos anticompetitivos pela presunção de ilicitude, bastando para a caracterização a comprovação da exteriorização da conduta<sup>42</sup>. Tal presunção dispensaria a autoridade concorrencial, o CADE, da comprovação dos efeitos de determinada ilicitude,

---

Lei 12.529/2011 COMENTADA e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. São Paulo: Método, 2012, p. 509.

<sup>41</sup> De acordo com grande parte dos autores, a diferença entre regra *per se* e regra da razão restaria no fato de que a primeira caracterizaria ilícitos que, para a condenação, não seria necessária a comprovação dos efeitos anticompetitivos, ao passo que a segunda caracterizaria aqueles ilícitos que demandariam uma investigação dos efeitos. Todavia, como afirma Luis Fernando Schuartz, “[*per se* e rule of reason são, a rigor, padrões de investigação antitruste”, pois a presença de efeitos anticompetitivos seriam sempre necessários” [...] “Logo, a ilicitude *per se* de um determinado tipo de conduta (fixação de preços entre concorrentes, por exemplo) não consiste na suposta independência em relação ao efeito anticompetitivo, mas sim (o que é muitíssimo diferente), na autorização para abreviar o percurso analítico necessário para provar que o efeito – real ou provável – é de fato anticompetitivo”. (SCHUARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*. In: POSSAS, Mario Luiz (Org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 113, 11797-134.)

<sup>42</sup> Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96, Voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontal Ribeiro em 6 de março de 2012.

transferindo aos investigados o ônus de comprovar que a restrição analisada seria acessória a algum arranjo lícito e com objeto distinto – e ainda, que os efeitos benéficos advindos de tal arranjo superariam os riscos<sup>43</sup>.

Portanto, seja pela perspectiva da gravidade das condutas (*i.e.*, ilícitos administrativos e crimes), seja pela perspectiva da necessidade da comprovação dos efeitos econômicos por elas gerados (*i.e.*, condutas pelo efeito e pelo objeto), as condutas objeto da prática repressiva do CADE podem ser classificadas entre condutas colusivas e unilaterais. Tal diferenciação será de grande utilidade para determinar-se as esferas de possível resolução de conflitos concorrenciais por arbitragem, o que se verá a seguir.

## 2.2. ESFERAS DE APLICAÇÃO

As três formas de incidência de questões concorrenciais acima descritas podem ser aplicadas em diversas esferas: administrativa, criminal e cível.

A primeira e mais conhecida esfera de aplicação – a administrativa – é exercida por meio do CADE. Nos termos do artigo 4 da LDC, o CADE é entidade judicante que possui a competência para aplicar as normas previstas na lei. Compete a este órgão, portanto, a investigação e imposição de penas, em âmbito administrativo, de condutas colusivas e unilaterais, bem como a análise prévia de atos de concentração<sup>44</sup>.

A segunda esfera de atuação – a criminal – é aplicável somente às condutas colusivas tipificadas na Lei nº 8.137/90. Nessa hipótese, embora haja esforços para a persecução con-

---

<sup>43</sup> Processo Administrativo nº 08012006923/2002-18, Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em 20 de fevereiro de 2003.

<sup>44</sup> Por questões de delimitação do tema, não será abordada no presente ensaio a hipótese de configuração de ilícito concorrencial pela não notificação de atos de concentração ao CADE, nos termos do art. 88, § 3º da LDC.

junta de tais crimes<sup>45</sup>, não há a necessidade de existir um procedimento administrativo no CADE em curso para que seja iniciada uma investigação criminal, e vice-versa.

A terceira e última esfera de atuação – a cível – foi estabelecida pelo art. 47 da LDC<sup>46</sup> para que os prejudicados por práticas anticoncorrenciais possam ingressar em juízo (a chamada litigância privada) para a obtenção da cessação das práticas e a indenização pelos danos sofridos. Estão aptos a ingressar com ação judicial aqueles prejudicados por quaisquer práticas anticompetitivas, independentemente de serem colusivas ou unilaterais. A litigância privada permite que os prejudicados, sejam eles consumidores, fornecedores, clientes ou concorrentes, demandem judicialmente o ressarcimento dos danos decorrentes das práticas anticoncorrenciais. Ressalta-se que o ajuizamento de ação de reparação disposta no art. 47 da LDC independe da existência de inquérito ou processo administrativo, ou qualquer comunicação prévia ao CADE.

As três formas de incidência do direito concorrencial brasileiro, portanto, podem ser aplicadas – originariamente<sup>47</sup> –

---

<sup>45</sup> “O cartel é crime e o mais grave ilícito à ordem econômica, merecendo uma atuação coordenada e integrada das diferentes autoridades responsáveis por sua repressão. A Enacc possibilita uma mudança de rumo no tratamento da criminalidade organizada no Brasil, ao ressaltar o papel do combate a cartéis no contexto de uma política de Estado, implicando atuação efetiva e articulada de todos os agentes públicos envolvidos com o tema.” (Estratégia Nacional de Combate a Cartéis, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={87802C87-B7BE-4EAF-91DB-F5843CEB74F2}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B2AA1B152-B1A0-4501-8AF1-E2E46EB718DB%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D}>)

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Há de se considerar que quaisquer decisões administrativas do CADE estão sujeitas à revisão judicial, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

em distintas esferas em cada caso (administrativa, criminal e cível).

Conforme já se aludiu, a análise prévia de atos de concentração é de competência exclusiva do CADE<sup>48</sup>. Além disso, a repressão a cartéis, considerados ilícitos administrativos e crimes no Brasil, podem ser investigados e julgados tanto em instância administrativa, como diretamente pelo Ministério Público e pela justiça criminal, sendo que os prejudicados pelas práticas podem, ainda, ingressar em juízo cível para a obtenção de indenização pelos danos sofridos.

Por fim, as condutas unilaterais podem ser investigadas em âmbito administrativo pelo CADE, podendo, igualmente, serem invocadas na esfera cível pelos prejudicados pelas práticas anticoncorrenciais – independentemente do inquérito ou processo administrativo – nos termos do art. 47 da LDC.

Seja em que esfera for investigada a conduta, além de serem independentes entre si os procedimentos, há de se destacar que igualmente independentes são os resultados, isto é, pode haver casos em que o CADE condene uma prática, mas o juízo criminal absolva os investigados.

Portanto, a partir das definições acima descritas, serão traçadas a seguir hipóteses de incidência de questões de ordem concorrencial em procedimentos arbitrais à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

### 3. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES DE ORDEM CONCORRENCIAL EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS NO DIREITO BRASILEIRO

---

<sup>48</sup> Há discussões a respeito da possibilidade da análise de atos de concentração ser realizada por juízos falimentares. Sobre o tema, vide: CRAVO, Daniela Copetti. Aplicação da teoria da *failing company defense* nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do Juízo falimentar? *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 84-106, fev./mar. 2012



Como mencionado, há um número bastante reduzido de trabalhos a respeito da inter-relação entre arbitragem e direito da concorrência ora analisada sob a perspectiva brasileira, em especial sob a égide das recentes alterações trazidas pela LDC.

De forma a corroborar a ausência de trabalhos a respeito, pesquisa jurisprudencial<sup>49</sup> no STJ e nos Tribunais de Justiça de alguns dos Estados com maior atividade comercial (SP, RJ, MG, DF, PR, SC e RS) demonstra não ter ocorrido ainda no país, aparentemente, um debate em âmbito judicial acerca da incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais<sup>50</sup>.

Todavia, a despeito da ausência de julgados e do reduzido número de estudos em torno da matéria no Brasil, a interação entre o direito da concorrência e a arbitragem – inicialmente vista como incompatível – torna-se, pois, necessária. Sob essa perspectiva, entende-se que, na evolução da aceitação da arbitrabilidade de questões concorrenciais, não haveria a supressão do papel dos órgãos especializados (*i.e.*, CADE), mas sim uma “readaptação, pelo mercado, de uma modalidade dentre outras de que ele dispõe, para assegurar a eficácia da prática do Direito da Concorrência no plano das relações contratuais do Direito Privado”<sup>51</sup>.

Um bom exemplo de incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais é o apresentado por José Ga-

---

<sup>49</sup> Para a pesquisa realizada em 18.8.2014, foram feitas duas buscas: “Arbitragem” e “Concorrência”; e “Arbitral” e “Concorrência”, com resultados, quando disponível a opção, em “ementas”

<sup>50</sup> De acordo com a pesquisa proposta: (i) o STJ não apresentou nenhum resultado, (ii) o TJSP apresentou 5 casos, sendo todos relacionados a questões de “concorrência desleal”, (iii) o TJRJ não apresentou nenhum caso, (iv) o TJMG apresentou somente um caso, relacionado à concorrência pública, (v) o TJDFT não apresentou nenhum caso, (vi) o TJPR apresentou 16 casos, sendo que nenhum se relacionava ao direito concorrenciais, (vii) o TJSC não apresentou nenhum caso, e (viii) o TJRS apresentou somente um caso, relacionado à concorrência de jurisdição.

<sup>51</sup> VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 16, São Paulo, p. 353, janeiro 2009.

briel de Almeida: A e B celebram contrato de distribuição de um produto com cláusula de exclusividade, garantindo ainda o direito de A fixar o preço de revenda do produto. O contrato possui cláusula compromissória e é levado ao conhecimento do tribunal arbitral por B, alegando que teria liberdade de fixar os seus preços, havendo violação ao direito da concorrência<sup>52</sup>. Ocorre que o exemplo apresentado é uma parcela pequena das hipóteses em que questões de ordem concorrencial podem surgir em procedimentos arbitrais.

As questões concorrenciais podem ser apresentadas como objeto central do litígio, ou podem surgir de forma incidental na instrução do procedimento; podem surgir após a decisão do CADE ou do judiciário a respeito da conduta anticoncorrencial, ou podem surgir sem que haja qualquer suspeita pelas autoridades competentes da existência da conduta, ou ainda, podem estar relacionadas a condutas colusivas ou condutas unilaterais. Todas essas hipóteses possuem consequências e desfechos distintos.

De antemão, importa traçar um esclarecimento adicional acerca da divisão metodológica entre condutas colusivas e unilaterais: a medida da “ordem pública”<sup>53</sup> da questão concorrencial envolvida. Como afirma Luca Di Brozolo:

As únicas infrações ao direito da concorrência capazes de se qualificar como violações à ordem pública, e por isso de im-

---

<sup>52</sup> O autor baseia-se nos Arts 20, I e 21, XI da Lei nº 8.884/94, que foram basicamente transpostos à LDC, no art. 36 I, e §2º IX. Embora seja de grande clareza e didática, o autor afirma só existir infrações à concorrência se os agentes possuírem poder de mercado, o que, contudo, como apresentado anteriormente, nem sempre é verdade. (ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A Arbitragem e o Direito da Concorrência*. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 199 e 202).

<sup>53</sup> A ordem pública é “um conceito jurídico indeterminado, na medida em que seu elevado grau de ambiguidade e vagueza exige do intérprete constante preenchimento valorativo” sendo “mutáveis as circunstâncias particulares a cada caso e as concepções do aplicador da norma” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 204)

plicar a anulação ou recusa de execução de uma sentença, são portanto aquelas que seriamente põem em risco os objetivos da política concorrencial.<sup>54</sup>

Portanto, parece fazer sentido o entendimento de que condutas colusivas seriam aquelas de maior gravidade, aquelas que poriam em risco os objetivos concorrenciais e, consequentemente, poderiam implicar a anulação ou recusa à homologação de sentenças<sup>55</sup>. Por outro lado, condutas unilaterais teriam menor potencial lesivo e não levariam à anulação ou recusa à execução de sentenças arbitrais. Nesse sentido, entende-se haver considerável distanciamento entre as condutas unilaterais e as colusivas – o que deve ser considerado caso-a-caso.

Assim, tendo como linha condutora a divisão entre os tipos de condutas<sup>56</sup>, passa-se à análise das hipóteses de incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010. p. 7.

<sup>55</sup> Nos termos dos arts. 2º, §2 e 39, II da Lei de Arbitragem. Ainda, sobre a nulidade de sentenças arbitrais contrárias à ordem pública, segundo Pedro A. Batista Martins, “não se pode negar que a lista do art. 32 da Lei de Arbitragem reflete, em si, matérias elevadas à condição de ordem pública, frente ao ordenamento jurídico nacional. Daí supor-se que a sentença que viola a ordem pública se insere numa concepção interpretativa ampla e analógica dos itens que compõem a lista do art. 32 da Lei”. (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 319)

<sup>56</sup> Portanto, não será objeto do presente ensaio a análise da interação entre concorrência e arbitragem na atividade preventiva do controle de atos de concentração. Nos termos do Relatório da OCDE, “[t]here is a very limited role for arbitration 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 (NCAs)” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. 2012. p.11)

<sup>57</sup> Sob uma perspectiva distinta, Luca Di Brozolo apresenta diversas hipóteses pelas quais questões concorrenciais poderiam surgir em procedimentos arbitrais, apresentando para cada caso, a conduta esperada dos árbitros: (i) a situação em que há acordo mútuo entre as partes quanto à aplicação do direito da concorrência, (ii) a situação em que uma das partes invoca o direito da concorrência, (iii) a situação em que há acordo mútuo entre as partes para a desconsideração de normas de direito concorrencial pelos árbitros e, (iv) a situação em que o direito da concorrência não é invo-

### 3.1. CONDUTAS COLUSIVAS

Na possível intersecção entre arbitragem e direito da concorrência, vislumbram-se três hipóteses de incidências de condutas colusivas em procedimentos arbitrais: (i) arbitragens cujo objeto do litígio compreenda condutas colusivas ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; (ii) arbitragens cujo objeto do litígio seja condutas colusivas que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; (iii) arbitragens nas quais as condutas colusivas sejam identificadas de forma incidental.

A primeira hipótese, e talvez aquela de mais clara resposta, envolve a situação em que se submete à arbitragem um acordo (com cláusula compromissória) entre concorrentes no qual se estipula, de forma conjunta, preços de bens ou serviços, o volume (ou sua restrição) a ser produzido ou ofertado, ou ainda a divisão geográfica de suas atividades. Tal acordo enquadrar-se-ia nas hipóteses do art. 36 § 3, I da LDC e no art. 4º da Lei de Crimes Econômicos e, enquanto crime, não seria passível de decisão no sistema arbitral<sup>58</sup>. Como afirma Pedro Batista Martins:

A arbitragem não se presta a cancelar ilicitudes e com elas não pode compactuar. Atente-se para o fato de que a inarbitrabilidade da questão não se denuncia pelo simples fato de envolver norma de ordem pública. Há de se visualizar o elemento violador dessa regra cogente. Reprime-se a decisão arbitral que infringe norma de ordem pública ou a convenção que busca afastar a imposição de comando da espécie ao caso em disputa.<sup>59</sup>

---

cado pelas partes, intencionalmente ou não. (BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010).

<sup>58</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 9.

<sup>59</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 7.

Nesse sentido, de acordo com o já mencionado relatório da OCDE, nos últimos anos teria ocorrido uma mudança considerável na relação entre cartéis e arbitragens, quando esta era utilizada como método para escapar das autoridades concorrenciais<sup>60</sup>.

A segunda hipótese igualmente parece possuir uma. Imagine-se que, após a decisão do CADE reconhecendo a existência de cartel entre diversas empresas, um cliente de uma das empresas condenadas que firmou contrato de fornecimento com cláusula arbitral possa ingressar com procedimento arbitral para demandar os prejuízos decorrentes do aumento de preços derivados do cartel. Nesse caso, parece não haver oposições quanto à possibilidade de o juízo arbitral decidir sobre a eventual necessidade de indenização, nos termos do art. 47 da LDC. Em tendo ocorrido a proteção coletiva garantida pelo CADE (e pelo judiciário), não haveria óbice à disputa, em sede de arbitragem, para a verificação da incidência do dever de indenizar e da quantificação da indenização. Trata-se de direito disponível das partes<sup>61</sup>.

Por fim, a terceira e última hipótese relacionada às condutas colusivas afigura-se como a que pode trazer maiores questionamentos. Imagine-se, por exemplo, uma disputa arbitral relativa à matéria societária envolvendo dois sócios de uma determinada companhia, tendo como objeto do litígio uma conduta plenamente lícita, mas que, ao longo da instrução do

---

<sup>60</sup> “The situation has changed considerably in recent years and the time when arbitration was perceived by cartels as a method for escaping the competition authorities is undoubtedly over” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010*: Hearings. 2012. p. 53).

<sup>61</sup> “A distinção é sutil e encontra-se no fato que a proteção individual é apenas e tão-somente um derivado e um reflexo da proteção coletiva. A indisponibilidade encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual” (ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A Arbitragem e o Direito da Concorrência*. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). *Arbitragem Doméstica e Internacional*: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 203).

procedimento arbitral, descobre-se ter um dos sócios participado de um cartel ainda desconhecido pelas autoridades concorrenciais ou pelo judiciário, ou, em outra hipótese, situação na qual já haja investigação em curso, porém, ainda confidencial. Nesse caso, seria válida<sup>62</sup> a sentença arbitral que, embora tivesse como objeto de análise uma conduta lícita, fosse relacionada, indiretamente, a uma conduta colusiva cuja apuração ainda não se iniciou ou se concretizou nas outras esferas? Ainda, haveria algum dever dos árbitros de reportar a ciência de tal conduta?

Considerando-se que condutas colusivas são tipificadas na Lei de Crimes Econômicos, a análise proposta assemelha-se à incidência de quaisquer crimes tipificados pelo sistema jurídico nacional.

Assim, no que se refere ao primeiro questionamento, parece ser evidente que, ainda que não seja o objeto direto do procedimento arbitral, a existência de um crime indiretamente relacionado à lide em questão já seria suficiente para a anulação<sup>63</sup> da sentença arbitral, eis que feriria a ordem pública. De forma contrária, o instituto da arbitragem poderia ser utilizado para cancelar ilícitos concorrenciais ainda que indiretamente envolvidos. É dizer, partícipes de cartéis poderiam, mediante a utilização da arbitragem em seus contratos de fornecimento e distribuição, estipulando a confidencialidade no procedimento, estar sujeitos a menor risco de descoberta do ilícito caso a questão concorrential não seja levantada ao longo do procedimento<sup>64</sup>. Portanto, seja pela primeira hipótese (ilícito como

---

<sup>62</sup> Conforme afirma Pedro A. Batista Martins, o art. 32 da Lei de Arbitragem trata de nulidade de sentença arbitral, muito embora “na realidade, os casos elencados, em sua maioria, são de anulabilidade” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 313)

<sup>63</sup> Vide Nota de Rodapé nº 62

<sup>64</sup> Para exemplos dos diversos momentos e formas pelas quais questões concorrentiais poderiam surgir em procedimentos arbitrais, vide BROZOLO, Luca G. Radicati. *Arbitragem e Direito da Concorrência*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010.

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.

Já o segundo questionamento, *i.e.*, se há algum dever de os árbitros reportarem a ciência de tal conduta parece ter uma resposta menos clara, havendo opiniões divergentes.

Cândido Rangel Dinamarco é enfático ao afirmar que o árbitro não teria o dever de reportar crimes às autoridades competentes:

Perante as partes, o árbitro tem o compromisso de bem aplicar o direito de regência do caso (salvo hipóteses de julgamento por equidade) mas perante a própria ordem jurídico-material do País seu compromisso é nenhum. [...] Sem ser um guardião da legalidade, o árbitro não tem qualquer compromisso com o interesse público, ao qual a própria arbitragem não se associa.<sup>65</sup>

E segue:

Diante dessas realidades práticas, éticas e sistemáticas, a confidencialidade da arbitragem deve prevalecer inclusive para o reconhecimento de que o árbitro não tem o dever de comunicar à autoridade competente eventuais infrações penais ou tributárias de que venha a ter conhecimento no exercício de seu *munus*. Mais que isso: ele tem o dever de não fazer tais revelações<sup>66</sup>.

Por outro lado, afirma Pedro Batista Martins que “o Estado não pode abrir mão é da concretização da justiça, no que toca seus elementos primários, essenciais e fundamentais”. E continua afirmando que “a exclusividade da atuação estatal deve se dirigir ao controle dos vícios que violem os direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, nomeadamente, a ordem pública relevante”<sup>67</sup>. Para o autor, os árbitros se projeta-

---

<sup>65</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p. 64-65

<sup>66</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p. 65

<sup>67</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quar-

riam perante as partes como uma *longa manus* estatal, em um “verdadeiro exercício de *munus publicum* e, por esta razão, estão submetidos a deveres e obrigações especiais”<sup>68</sup>.

Nesse oportuno – e considerando o referido exercício de *munus publicum* pelo árbitro – cabe mencionar eventual extensão do dever de juízes reportarem crimes às autoridades competentes prevista no art. 40 do Código de Processo Penal<sup>69</sup> aos árbitros, em uma análise conjunta com o art. 14 da Lei de Arbitragem<sup>70</sup>, segundo o qual caberia aos árbitros os mesmos direitos e deveres dos juízes.

A esse respeito, Cretella Neto afirma que a lei de arbitragem equipararia os árbitros aos juízes de Direito<sup>71</sup>. Em sentido semelhante, Carreira Alvim afirma que “aplicam-se, no que couber, aos árbitros, o disposto na lei processual sobre os deveres e responsabilidades dos juízes”<sup>72-73</sup>.

---

tier Latin, 2012. P. 32-33.

<sup>68</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 216.

<sup>69</sup> Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

<sup>70</sup> Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

<sup>71</sup> CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 95.

<sup>72</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei nº 9.307, de 23/9/1996. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.104.

<sup>73</sup> Foram consultados outros comentadores à Lei de Arbitragem, como Pedro Batista Martins (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 9.) e Carlos Alberto Carmona (CARMO-



Parece haver argumentos relevantes sustentando ambas as posições a respeito de eventual dever de os árbitros reportarem às autoridades competentes a ciência de crimes – dentre os quais se incluem os crimes contra a ordem econômica dispostos na Lei nº 8.137/90. A solução não parece de fácil solução, cabendo aos tribunais decidirem a respeito – cabendo aos tribunais analisarem a questão, decidindo-a de modo a pacificá-la.

### 3.2. CONDUTAS UNILATERAIS

Para condutas unilaterais, *i.e.*, abuso de posição dominante, também podem ser aplicadas analogamente as mesmas três hipóteses apresentadas acima: (i) arbitragens cujo objeto do litígio trata de condutas unilaterais ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; (ii) arbitragens cujo objeto do litígio seja condutas unilaterais que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; e (iii) arbitragens nas quais condutas unilaterais sejam identificadas de forma incidental.

A primeira hipótese relaciona-se aos precedentes estrangeiros mencionados (Mitsubishi e Eco Swiss), em que se questionou a arbitrabilidade de questões concorrenciais. O exemplo clássico aqui é, pois, aquele mencionado anteriormente, no qual A e B celebram contrato de distribuição de um produto com cláusula de exclusividade, garantindo ainda o direito de A fixar o preço de revenda do produto.

Para José Gabriel de Almeida, “o tribunal arbitral não pode se escusar de aplicar o direito da concorrência em um determinado litígio. Essa inescusabilidade [...] tem a ver com o caráter dispositivo, ou não, de determinadas normas da ordem

---

NA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.), mas nenhum aborda na análise do art. 14 o dispositivo relacionado a eventual equiparação de deveres e responsabilidades dos árbitros e dos juízes.

pública brasileira”<sup>74</sup>. Para o autor, o direito da concorrência deveria ser, inclusive, aplicado de ofício pelo tribunal arbitral<sup>75</sup>.

Sobre essa hipótese, cabem ainda dois comentários. O primeiro é o de 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. 1º da Lei de Arbitragem. O segundo é que, de acordo com o relatório da OCDE, questões concorrenciais que surgem em procedimentos arbitrais deveriam ser levantadas ao longo do procedimento, ao invés de se dar na decisão final, de forma a garantir a resposta adequada das partes<sup>76</sup> e evitar que sejam surpreendidas com a decisão.

A segunda hipótese, qual seja, arbitragens cujo objeto do litígio seja condutas unilaterais que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário – assim como ocorreu na análise das condutas colusivas, – não carece de maiores exames, uma vez que as situações em que verificada são decorrentes de procedimentos previamente investigados pelas autoridades competentes e, por isso, não haveria o risco de a matéria não ser levada a conhecimento das autoridades

---

<sup>74</sup> ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 208.

<sup>75</sup> “Um corolário da aplicação obrigatória do direito da concorrência é a aplicação de ofício desse mesmo direito. Pode acontecer que as partes não invoquem, perante o tribunal arbitral, o direito da concorrência. Mesmo assim, o tribunal arbitral está vinculado á aplicação do direito da concorrência, que deve ser invocado de ofício pelo referido tribunal” (ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 208.)

<sup>76</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. 2012. p. 9.

competentes.

Por fim, analisa-se a terceira hipótese: a ocorrência de forma incidental de condutas unilaterais em procedimentos arbitrais. Como afirmado por Laurence Idot, essa seria a hipótese mais comum de incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais<sup>77</sup>.

Diferentemente das condutas colusivas, que são de maior gravidade (eis que tipificadas na Lei de Crimes Econômicos), e também independem da verificação dos efeitos anti-competitivos (eis que se caracterizam como ilícitos pelo objeto), as condutas unilaterais possuem menor potencial lesivo e também demandariam maior nível de investigação para sua caracterização.

Para que seja configurada a ocorrência de abuso de posição dominante, é necessário (i) que seja comprovada a existência de poder de mercado no mercado específico relacionado à conduta e, adicionalmente, (ii) que seja comprovada a existência de efeitos anticompetitivos decorrentes do abuso do poder de mercado. Portanto, ao menos que uma prática unilateral incidental fosse objeto do procedimento arbitral e, portanto, de necessária análise pelo tribunal dificilmente uma tal prática seria identificada pelos árbitros.

Assim, parece haver uma questão prática relacionada à comprovação do abuso de posição dominante a impossibilitar a identificação pelos árbitros de tal ilícito. Ainda, não parece haver obrigação de reportar tais condutas às autoridades competentes, visto que – ao não configurarem crimes – não se enquadram no âmbito do dever previsto no art. 40 do Código de Processo Penal.

---

<sup>77</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Arbitration and Competition 2010: Hearings. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012. p.59

## CONCLUSÕES

A questão da arbitrabilidade de questões concorrenciais parece já ter sido superada em âmbito internacional e nacional, admitindo-se, no Brasil, que árbitros decidam a respeito de questões concorrenciais. Todavia, a fim de se evitar generalizações, há que se diferenciar as distintas formas de incidência do direito da concorrência. Nesse sentido, a divisão metodológica proposta evidencia a diversidade de formas de interação entre o direito da concorrência e a arbitragem e, conseqüentemente, soluções diversas para cada caso.

Merece destaque o fato de que a legislação brasileira considera crime determinadas práticas anticompetitivas, o que afeta consideravelmente as conclusões acerca da arbitrabilidade de questões envolvendo o direito da concorrência.

Portanto, nesse espectro de possíveis hipóteses de incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais, as soluções são igualmente diversas, devendo se levar em conta as características de cada conduta analisada, não podendo o direito da concorrência ser ignorado ou negligenciado.

Como agenda de pesquisa, vislumbra-se a necessidade do aprofundamento do estudo especialmente no que diz respeito à eventual necessidade de os árbitros informarem às autoridades competentes a existência de condutas colusivas. Ainda que tenham fugido do escopo do presente ensaio, merecem igualmente futura análise questões relacionadas (*i*) à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras<sup>78</sup> e a eventual revisão de sentenças arbitrais pelo judiciário envolvendo questões con-

---

<sup>78</sup> Sobre o tema, André Abbud afirma que “[...] não é possível às partes interessadas em valer-se da arbitragem para solucionar seu litígio furtarem-se à incidência das normas nacionais sobre a questão – se pretendem que o laudo tenha efeitos nesse país. Ainda que os interessados pactuem a realização do processo arbitral no exterior, a eficácia do decisum no Brasil estará sempre subordinada à observância daqueles preceitos legais. Evita-se, com isso, sejam fraudadas normas integrantes da ordem pública nacional.” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 199)

correnciais, bem como (ii) à relação entre a confidencialidade de procedimentos arbitrais e a ordem pública de questões de ordem concorrencial.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 197-212.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008
- BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011
- BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 162, outubro 2010.

- CARAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 129, outubro 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª Edição*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- CORDOVIL, Leonor. Disposições Finais e Transitórias. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 225-229.
- CRAVO, Daniela Copetti. Aplicação da teoria da *failing company defense* nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do Juízo falimentar? *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 84-106, fev./mar. 2012.
- CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. *Possibilidade de Aplicação de Normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Internacional: Questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 335.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- FORGIONI, Paula A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

- MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 106, São Paulo, p. 221, abril 2002.
- MORAIS, Luis Silva. *Palavras Iniciais na Sessão de Abertura da Conferência “Arbitragem e Direito da Concorrência”*. Lisboa, 2012. Disponível em: <http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/LM-Abertura-Conf-Arb-Conc-Arb-ADR.pdf>. Acesso em 8.9.2014.
- MOURRE, Alexis. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 5-67
- MOURRE, Alexis. Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator. In: *Arbitration International LCIA Kluwe Law Internatinoal 2006, Volume 222*, p. 95-118
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominan ceandmonopolisation/49294392.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.
- PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues P.. *Antitruste e Arbitragem*. In: *Revista Direito Ao Ponto: CIESP - FIESP*, Rio de Janeiro, v. 7, p.44-46, 2011
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Org.). *Ensaio*

*sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 97-134.

STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. *Revista dos Tribunais*, vol. 606, São Paulo, abril 1986

TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 COMENTADA e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 16, São Paulo, p. 353, janeiro 2009.