

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Antitrust and International Arbitration¹

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Mariana Binder

RESUMO: A primeira parte do presente artigo tem por objetivo analisar a evolução do debate acerca da arbitrabilidade das questões concorrenciais e a consequente superação do obstáculo inicialmente configurado pela ordem pública; serão também examinados os contornos práticos gerados a partir da confirmação de tal arbitrabilidade. A segunda parte do trabalho visa a analisar a questão da arbitrabilidade das questões concorrenciais sob o prisma da existência de consenso e das relações interparte. Para tanto, o principal objeto de análise será o *Arbitration Fairness Act de 2013*, que propõe alterar a lei de arbitragem norte-americana de modo a invalidar quaisquer convenções de arbitragem anteriores à disputa que estabeleçam a resolução pela via arbitral de disputas empregatícias, consumeristas, concorrenciais e de direitos civis.

Palavras-chave: Arbitrabilidade. Defesa da concorrência. Arbitragem Internacional. Antitruste.

Abstract: First, this article shall analyze the evolution of the debate on the arbitrability of competition claims and the consequent overcoming of the obstacle initially set by public policy; the practical considerations generated as a result of the confirmation of said arbitrability shall also be analyzed. The second part of the work aims at analyzing the issue of arbitrability of antitrust claims from a new standpoint: that of the existence of consent and of interparty relations, similarly to what happens in Consumer Law. The main object of analysis for this part shall be the *Arbitration Fairness Act of 2013* which purpose is to amend the U.S. *Federal Arbitration Act* in order to invalidate predispute arbitration agreements that establish resolution through arbitration of labor, consumer, antitrust, and civil rights disputes.

Keywords: Arbitrability. Antitrust Law. International Arbitration. Competition Law.

¹ Uma versão anterior deste artigo foi publicada em 15 U.C. Davis Bus. L. J. 173 (2015)

Introdução

A ausência de restrições à arbitrabilidade das disputas de alguns ramos do direito, entre os quais o direito da concorrência e o direito do consumidor, é alvo de fortes críticas por parte de inúmeros estados norte-americanos², o que pode ser visto a partir de uma série de projetos legislativos na tentativa de restringir a arbitrabilidade desse tipo de conflito³. Dentre esses projetos, talvez o mais proeminente seja o *Arbitration Fairness Act de 2013*⁴, ainda em tramitação no Congresso dos Estados Unidos, que propõe alterar o *Federal Arbitration Act*⁵, lei de arbitragem norte-americana, de modo a invalidar quaisquer convenções de arbitragem, anteriores ao litígio, as quais estabeleçam a resolução pela via arbitral de disputas empregatícias, consumeristas, concorrenciais e de direitos civis.

O ponto interessante desse projeto é que ele tem por propósito reduzir substancialmente a arbitrabilidade de conflitos⁶, que hoje é vista de maneira mais amigável pela jurisprudência internacional, mais permissiva a essa modalidade de solução de conflitos. No que diz respeito, mais especificamente, às lides que envolvem situações relacionadas à lei de defesa da concorrência, o projeto de lei parece ir de encontro com tendências mais atuais da jurisprudência internacional que, com o aumento da confiança no instituto da arbitragem, expandiu o conceito de arbitrabilidade de demandas envolvendo direito da concorrência, superando a barreira inicialmente imposta.

Sendo assim, destarte este artigo tem por objeto avaliar os questionamentos iniciais à arbitrabilidade de conflitos concorrenciais

² ESTADOS UNIDOS. Corte de Falências do Alabama, divisão oriental. *Knepp v. Credit Acceptance Corp.* (In re *Knepp*). 29 de janeiro de 1999; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Apelação de West Virginia. *Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 13 de junho de 2012.

³ V. Código Interno de Georgia, §9-9-2(c)(5); Código Interno de Montana, §27-5-114; Código de Prática Civil e Remédios do Texas, §171.002(a)(2). Estas leis impõem restrições à validade de convenções de arbitragem envolvendo disputas consumeristas (BORN, 2014, pp. 1015-1016).

⁴ O *Arbitration Fairness Act* foi originalmente proposto em 2007, e proposto novamente em 2009 e 2011; porém, em nenhuma dessas ocasiões foi aprovado pelo Congresso norte-americano.

⁵ ESTADOS UNIDOS. Federal Arbitration Act, 1925.

⁶ É possível argumentar que as disposições do *Arbitration Fairness Act de 2013* são regras de validade contratual e não de arbitrabilidade. No entanto, o projeto produz efeitos sobre a arbitrabilidade das disputas concorrenciais, como será demonstrado na segunda parte do trabalho.

relacionados à ordem pública. Em particular, avaliará os argumentos no sentido positivo e contrário a tal arbitrabilidade, com especial cuidado para as decisões judiciais, europeia e americana, que endereçaram tais argumentos. Em momento posterior, o artigo irá analisar a existência de consenso e os novos desafios impostos pela ordem pública para, ao final, avaliar em que contexto o projeto mencionado pode ser enquadrado. Será um novo rol de argumentos no sentido contrário à arbitrabilidade de disputas concorrenciais ou uma derivação das dificuldades encontradas a partir do argumento de ordem pública, considerada inarbitrável?

1. A primeira rodada: ordem pública e arbitrabilidade

Durante muitos anos, até meados dos anos 80 e 90, as questões relacionadas ao Direito Concorrencial foram consideradas inarbitráveis, sobretudo em razão de sua natureza jurídica ligada à ordem pública. Tais questões de ordem pública costumavam sobrepor-se à autonomia da vontade das partes, impedindo que seus conflitos fossem resolvidos pela via arbitral⁷. As objeções quanto à arbitrabilidade de disputas envolvendo ordem pública supõem prejuízos que podem ser resumidos em três grupos: (i) as peculiaridades do procedimento arbitral, que poderiam comprometer o devido processo legal, como uma fase de apresentação de evidências menos rigorosa; (ii) a fundamentação limitada dos laudos arbitrais; e (iii) a ausência de via recursal em arbitragem, combinada com a revisão limitada das decisões por parte das cortes nacionais (OECD, 2010, pp. 8-9). Especialmente no campo do Direito da Concorrência, esses riscos eram vistos ainda com maior desconfiança, em função de supostos problemas que a arbitragem traria ao *enforcement* da defesa da concorrência, que, além de um mecanismo público, executado por autoridades de defesa da concorrência, também se daria por meio de agentes privados buscando indenizações perante o Poder Judiciário.

Apesar de todos os problemas práticos gerados a partir da confirmação da arbitrabilidade das controvérsias ligadas ao Direito

⁷ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co, Inc.* 20 de março de 1968. Na ocasião, o tribunal judicial pronunciou-se no sentido de que: “o recorrente interesse público no cumprimento de leis antitruste e a natureza das demandas suscitadas em casos deste tipo tornam o resultado claro no caso em tela. Em algumas situações, o Congresso permitiu que as partes usufruíssem das vantagens da arbitragem caso estivessem dispostas a aceitar uma menor certeza quanto a ajustes legalmente corretos, porém entendemos que esta não é uma dessas situações. Em suma, concluímos que as demandas concorrenciais levantadas neste caso são inapropriadas para a arbitragem”.

concorrencial, que serão posteriormente analisados, a via arbitral oferece vantagens para a aplicação e observância das regras antitruste. Primeiramente, as partes têm a oportunidade de selecionar árbitros especializados, que conheçam as nuances e as dificuldades da legislação concorrencial (em procedimentos judiciais, as partes não têm essa opção, visto que predomina o princípio do juiz natural). Além disso, é possível que, em última análise, um laudo arbitral que proteja a legislação concorrencial tenha maior peso no sistema internacional do que uma sentença judicial, uma vez que sua execução em outro país será provavelmente mais fácil. Explica-se: a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras foi ratificada por 145 países e, em geral, é aplicada de forma rápida e eficaz. Já a Convenção de Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro, que promove a execução de sentenças judiciais estrangeiras foi assinada apenas pela União Europeia, Estados Unidos e México e tem relevância consideravelmente menor no cenário internacional do que a Convenção de Nova Iorque (OECD, 2010, p. 14).

1.1 Precedentes sobre Arbitrabilidade em Disputas Concorrenciais

Paulatinamente, esses riscos começaram a ser analisados e, posteriormente, afastados. Estudos iniciais sobre a arbitrabilidade das questões antitruste apontam para uma distinção muito importante, realizada originalmente na França, entre as matérias consideradas inarbitráveis *per se* e aquelas que podem vir a ser classificadas como inarbitráveis, dependendo das circunstâncias específicas do caso⁸ (GAILLARD, 1999, p. 337). Desse modo, ocorre uma diferenciação entre as disputas cujo objeto é por si só inarbitrável, como, por exemplo, o divórcio e aquelas em que a revisão do cumprimento dos requisitos de ordem pública será eventualmente feita pelo Judiciário, no contexto de ação executória ou anulatória, como as questões envolvendo antitruste e fraude; estas não são consideradas inarbitráveis *per se*, mas podem ser assim classificadas de acordo com as particularidades do caso em questão (GAILLARD, 1999, p. 337).

O argumento de ordem pública, aliás, era comumente utilizado pelas partes como maneira de esquivar-se da opção pela arbitragem como método de resolução de controvérsias⁹. Porém, o aumento da confiança no instituto da

⁸ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 337.

⁹ Na primeira hipótese citada, as partes poderiam iniciar o procedimento arbitral sem suscitar nenhuma espécie de questão concorrencial. Considerando-se que tais questões eram presumidamente inarbitráveis, o árbitro não poderia suscitá-las *ex officio*,

arbitragem e o repúdio à sua utilização como um artifício das partes para evitar essa modalidade de solução alternativa de conflitos levaram ao entendimento de que a proteção de direitos difusos e o respeito à ordem pública poderiam ser conciliados com a via arbitral¹⁰. A expansão do conceito de arbitrabilidade é uma construção jurisprudencial, reativa, inclusive, a essa estratégia. Decorre, sobretudo, do entendimento de Cortes pioneiras em alguns casos emblemáticos, a seguir descritos:

(i) **Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.**

O caso girava em torno de um contrato para distribuição de veículos motores para Porto Rico, negociado entre a Mitsubishi Motors Corporation, companhia japonesa, e a Soler Chrysler-Plymouth, norte-americana¹¹. O contrato estabelecia a solução de controvérsias por meio da arbitragem, com sede no Japão, segundo as regras da Associação de Arbitragem Comercial do Japão, bem como a aplicação da lei suíça. Após o surgimento de uma disputa, a Mitsubishi ajuizou ação perante a Corte Distrital de Porto Rico, solicitando que a Soler fosse compelida à arbitragem no Japão, de acordo com a previsão contratual. A empresa norte-americana, por sua vez, alegou que o contrato violava as regras concorrenciais norte-americanas, contidas no *Sherman Act*¹², uma vez que impedia o distribuidor de vender os veículos fora de Porto Rico. Na ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que as disputas envolvendo questões de antitruste poderiam ser resolvidas pela via arbitral, resguardadas as atividades de jurisdição exclusiva das autoridades concorrenciais, como concessão de imunidades e investigações criminais. Tal confirmação da arbitrabilidade das disputas antitruste, foi possível em razão da chamada *second look doctrine*, segundo a qual é garantida ao Poder Judiciário a revisão do laudo arbitral emitido em ações de anulação e reconhecimento da referida decisão. Assim, foi reiterada a natureza de ordem pública das questões

possibilitando assim que as partes fugissem da incidência das leis concorrenciais aplicáveis ao litígio. Já na segunda hipótese levantada, a parte que não desejasse resolver sua disputa por meio da arbitragem, a despeito da existência de uma cláusula compromissória válida e operante, poderia suscitar determinada questão concorrential forçando a controvérsia a ser levada ao Judiciário.

¹⁰ Essa tendência também se justifica pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento da legislação concorrential em escala internacional. À medida que os países passam a regular e a punir condutas anticoncorrenciais, diminui-se o receio de que a questão concorrential possa ser negligenciada por um Tribunal Arbitral situado em países menos sensíveis a tais assuntos.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 2 de Julho de 1995.

¹² ESTADOS UNIDOS. *Sherman Antitrust Act*, 1890.

concorrenciais, ainda que estas fossem consideradas arbitráveis. Entre as razões apresentadas pelo ministro Blackmun¹³, a Suprema Corte enfatizou a necessidade de respeitar o acordo firmado entre as partes, o qual previa arbitragem, ainda que uma questão concorrencial tivesse sido posteriormente suscitada, além da tendência pró-arbitragem extraída do Federal Arbitration Act¹⁴. No que diz respeito à complexidade da questão, também levantada pela parte como argumento contrário à arbitrabilidade do litígio, a corte ressaltou que não haveria nenhum indício de que os árbitros estariam menos aptos a julgar a questão do que os juízes nacionais. Haveria, portanto, uma presunção de que as partes teriam selecionado árbitros imparciais e competentes, prontos a aplicar a legislação antitruste, independentemente de seu caráter mandatório e do interesse público (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 250 *et. seq.*). O caso Mitsubishi também levou à consolidação da doutrina de *effective vindication*, a qual determina que a convenção de arbitragem deve ser anulada caso o procedimento no foro contratual seja tão gravoso e difícil que faça com que a parte, do ponto de vista prático, perca o acesso à justiça. A decisão declarou expressamente que as demandas concorrenciais são arbitráveis, desde que a parte tenha a oportunidade de garantir a proteção de seus direitos estatutários por meio da via arbitral.

(ii) **Eco Swiss China Time v. Benetton International NV:**

O caso tratava de um contrato de licenciamento para a manufatura e posterior venda de relógios, firmado entre a Eco Swiss China Time Ltd., a Bulova Company Inc. e a Benetton International NV¹⁵. Além disso, ele previa a aplicação da lei holandesa ao mérito do litígio e a resolução das eventuais controvérsias segundo as regras do Instituto de Arbitragem da Holanda. O contrato estabelecia entre as partes um acordo de *market-sharing*, uma vez que a Eco Swiss não podia mais vender relógios na Itália, enquanto a Bulova estava impedida de vendê-los nos outros países que faziam parte da União Europeia à época da celebração do contrato. Ocorre que, após a emissão da decisão, a Benetton iniciou um procedimento de anulação do laudo arbitral sob a alegação de que haveria uma violação da legislação antitruste da União Europeia, mais

¹³ A opinião da corte foi emitida pelo Ministro Blackmun e aderida pelos Ministros Burger, C.J., White, Rehnquist, and O'Connor, JJ. O Ministro Stevens apresentou uma opinião dissidente, que foi aderida pelo Ministro Brennan, J.e pelo Ministro Marshall, J., exceto pela Parte II, 473 U. S. at 640. O Ministro Powell não participou da decisão do caso.

¹⁴ V. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983.

¹⁵ HOLANDA. Suprema Corte (Hoge Raad). *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV.* 25 de fevereiro de 2000.

precisamente do Artigo 81 do Tratado da União Europeia (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, pp. 255-256). Uma vez levada a ação à Suprema Corte Holandesa, esta solicitou uma interpretação à Corte Europeia de Justiça, questionando se os árbitros seriam obrigados a aplicar as regras concorrenciais *ex officio* e se as cortes nacionais teriam o poder de anular laudos arbitrais por considerarem que estes são contrários às regras concorrenciais comunitárias. A Corte Europeia de Justiça concluiu que a corte nacional seria obrigada a anular um laudo que viole o Direito concorrencial europeu, caso suas regras processuais internas prevejam a anulação de decisões arbitrais que contenham violações à ordem pública. Dessa resposta, é possível extrair que a CEJ equiparou as regras antitruste às normas de ordem pública da União Europeia. Da decisão do caso *Eco Swiss*, também podem ser confirmadas a arbitralidade das disputas concorrenciais, bem como a revisão da questão concorrencial pelas cortes nacionais, em sede de ação de anulação ou reconhecimento do laudo arbitral. Além disso, a corte julgadora entendeu que a questão concorrencial deveria ser obrigatoriamente enfrentada pela mesma ainda que houvesse sido suscitada de maneira tardia, na fase do procedimento de anulação do laudo arbitral (LANDOLT, 2012). Desse modo, a principal consequência do caso *Eco Swiss*, assim como no caso *Mitsubishi*, foi a de garantir aos árbitros o direito e o dever de aplicar o Direito comunitário, incluindo regras de antitruste, além de garantir às cortes nacionais o direito de revisar e, se apropriado, de anular laudos arbitrais que estejam em desacordo com tais regras (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 256).

Pode-se concluir a partir destes dois *leading cases* que a jurisprudência internacional acompanhou a tendência de confirmação da arbitralidade das disputas concorrenciais, bem como de revisão das questões concorrenciais por parte das cortes nacionais¹⁶. As decisões subseqüentes aos

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Sétimo Circuito. *Baxter Int'l, Inc. v. Abbot Labs.* 16 de janeiro de 2003; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.* 27 de abril de 2010; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Shearson/American Express v. McMahon.* 8 de junho de 1987; FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF.* 4 de junho de 2008; FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles.* 18 de novembro de 2004; FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro.* 14 de outubro de 1993; FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors.* 19 de maio de 1993; ALEMANHA. Alta Corte Regional de Thüringer (Thüringer OLG). *Caso nº 4 Sch 3/06.* 8 de agosto de 2007; ALEMANHA. Alta Corte Regional de Dresden. *Caso nº 11 Sch 01/05.* 20 de abril de 2005; SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Caso de 13 de novembro de 1998;* SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Sociedade belga v. Sociedade italiana.* 28 de abril de 1992; HOLANDA. Corte de Apelação de Haia. *Marketing Displays v. VR.* 24 de março de 2005; ITÁLIA. Corte de Apelação de Milão.

casos *Mitsubishi* e *Eco Swiss* não apenas determinaram os contornos e o alcance destes precedentes, mas também expuseram os problemas práticos decorrentes de tais determinações, como será abordado a seguir.

1.2. Contornos da Arbitrabilidade das Disputas Concorrenciais

1.2.1 Escopo da atuação arbitral

Uma vez afirmada a arbitrabilidade de conflitos envolvendo concorrência, o próximo passo seria a definição do escopo do papel dos árbitros. No caso *Aplix v. Velcro*¹⁷, decidido pela Corte de Apelação de Paris em 14 de outubro de 1993, consolidou-se o entendimento de que os árbitros possuem competência para determinar as eventuais conseqüências cíveis das condutas anticompetitivas, não podendo invadir a esfera de atuação privativa das autoridades de defesa da concorrência¹⁸ (GORDON, 2006, p. 249). Assim, estes podem, por exemplo, estabelecer as perdas e danos a serem pagas pela parte perdedora (que teria praticado alguma conduta anticompetitiva, gerando prejuízo). Isso não prejudica a atuação das autoridades públicas, que retêm a jurisdição exclusiva para investigar e processar administrativamente violações do Direito Concorrencial, bem como para aplicar determinadas sanções. Os árbitros, por sua vez, têm o dever de decidir a questão concorrencial segundo a lei aplicável, produzindo efeitos *inter partes*. Sendo assim, resta claro que as duas jurisdições não são concorrentes e possuem esferas distintas de atuação (BREKOUKAKIS & MISTELIS, 2009, p. 253).

Como aventado no caso entre duas companhias, belga e italiana, julgado pelo Tribunal Federal suíço em 1992¹⁹ o tribunal arbitral é obrigado a analisar a validade do contrato em questão, examinar sua compatibilidade com a legislação concorrencial aplicável e impor as sanções civis cabíveis, ainda que na ausência de decisão da autoridade concorrencial. Assim, não poderiam esquivar-se da aplicação de tais sanções civis ou negar a execução da convenção de arbitragem sob a alegação de que não tem autoridade para aplicar

Terra Armata v. Tensacciai. 5 de julho de 2006; ITÁLIA. Corte de Apelação de Bolonha. *Spa Coveme v. CFI*. 21 de dezembro de 1991.

¹⁷ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993. Op. cit.

¹⁸ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors*. 19 de maio de 1993. Op. cit.; V. também: Lei de Arbitragem da Suécia, §1(3); BLANKE, 2006, p. 249.

¹⁹ SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Sociedade belga v. Sociedade italiana*. 28 de abril de 1992. Op. cit.

determinadas sanções de competência exclusiva das autoridades concorrenciais. Contudo, os árbitros não podem invadir a esfera de atuação exclusiva da Comissão Europeia, como, por exemplo, a imposição de multas por condutas anticompetitivas. A confirmação da arbitralidade das disputas antitruste só foi possível em decorrência da possibilidade de revisão judicial dos laudos arbitrais. Assim, em sede de uma eventual ação de execução ou de anulação do laudo arbitral, o Judiciário poderia anular uma decisão arbitral em caso de flagrante desrespeito à ordem pública. Logo, só seriam consideradas inarbitráveis *a priori* as questões de jurisdição exclusiva das autoridades concorrenciais, de acordo com a lei aplicável à disputa.

1.2.2 Determinação da lei concorrencial aplicável

Qual deve ser a lei aplicável às questões concorrenciais? Caso não haja determinação expressa da lei aplicável ao mérito da controvérsia pelas partes, o tribunal arbitral será obrigado a determinar a lei substantiva aplicável com base em princípios de Direito Internacional Privado e em uma análise de conflito de leis. Tal análise é extremamente complexa, visto que a escolha dos critérios a serem utilizados para a determinação da lei aplicável ao mérito, como por exemplo o critério da “relação mais próxima” com o contrato, é bastante subjetiva e incerta (KIRRY, 2006, p. 379).

Entretanto, ainda que haja disposição expressa no contrato referente à lei aplicável às questões substantivas, a conclusão sobre qual lei deve ser aplicada às questões concorrenciais não é automática (KURKELA, 2007, p. 189). É possível que a *lex causae*, lei escolhida pelas partes para reger o mérito da disputa, não tenha relação com a transação estabelecida ou ainda que as partes, *ad argumentandum*, tenham deliberadamente escolhido determinada lei para evitar a aplicação de outras leis que apresentam, por exemplo, regras concorrenciais mais rígidas. Além disso, ainda que a lei escolhida esteja intimamente relacionada com a transação estabelecida no contrato, é não apenas possível como freqüente que a transação envolvendo a questão concorrencial produza efeitos em outras jurisdições.

A *lex arbitri*, lei da sede da arbitragem, por sua vez, também é muitas vezes irrelevante para a questão concorrencial, já que a sede é freqüentemente escolhida com base em um critério de neutralidade e afeta, sobretudo, as questões procedimentais da disputa e não as substantivas. Em outras palavras, a lei da sede da arbitragem, em regra, é aplicada à questões como a da validade e extensão da convenção de arbitragem mas não à discussão de mérito propriamente dita, que envolve, por exemplo, o descumprimento de uma disposição contratual concorrencial. O dever do árbitro de aplicar a legislação concorrencial, portanto, não decorre necessariamente da vontade das partes -

da *lex causae* ou da *lex arbitri* (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 45) -, uma vez que as regras antitruste devem ser aplicadas ainda que não tenham sido escolhidas ou até mesmo suscitadas pelas partes (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 45). Entende-se majoritariamente que a legislação concorrencial do país ou países em que a transação produz efeitos deve ser aplicada, ainda que a lei escolhida pelas partes como aplicável ao mérito seja outra (KURKELA, 2007, p. 195). A aplicação de tais leis deve ser feita de acordo com seus próprios critérios de aplicabilidade, segundo o princípio de auto-conexão de regras mandatórias (*auto-rattachement des lois d'application imediate*) e deve ser guiada pela razoabilidade e análise das circunstâncias específicas do caso concreto.

Considerando-se que as questões concorrenciais são, em geral, parte da ordem pública, existem consequências que devem ser levadas em consideração. A necessidade de respeito à ordem pública internacional decorre do dever dos árbitros de emitir uma decisão executável. Ainda que não exista definição precisa desses conceitos, em geral, a ordem pública é definida como o conjunto de noções básicas de moralidade e justiça²⁰. De acordo com as recomendações da *International Law Association*, a ordem pública internacional diz respeito ao conjunto de regras de um Estado que impedem a execução e reconhecimento de um laudo arbitral emitido no contexto da arbitragem internacional. Portanto, ela abrange princípios fundamentais, as chamadas “leis de polícia” e obrigações internacionais. Ademais, vale ressaltar que a ideia de ordem pública internacional não se confunde com o conjunto de princípios de ordem pública comuns a diversos Estados, referido como ordem pública transnacional. Em verdade, a ordem pública internacional tem escopo ainda mais restrito do que a ordem pública doméstica (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2002, p. 3).

Além das leis antitruste dos países cujos mercados são afetados pela disputa, os árbitros devem observar as regras dos países onde a execução do laudo arbitral provavelmente será buscada, bem como dos países que seriam os mais prováveis foros alternativos da arbitragem, segundo o local de estabelecimento das partes e outros fatores jurisdicionais relevantes. Em razão da pluralidade de posições doutrinárias e possibilidades de leis aplicáveis, cria-se uma enorme insegurança para o árbitro em relação a que lei concorrencial deve efetivamente ser aplicada. Desse modo, faz-se necessária uma análise extremamente cautelosa das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, bem como dos potenciais efeitos da aplicação das referidas normas. Esse exame

²⁰ Conceito extraído da decisão proferida pelo Juiz Joseph Smith no caso *Parsons & Whittemore: ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação. Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie de Papier (RAKTA)*, 1974.

deve pautar-se no bom senso e na razoabilidade, de modo a conciliar o dever de seguir as determinações das partes, resolvendo a controvérsia e o de resguardar a observância do Direito Concorrencial (RADICATI DI BROZOLO, 2010, pp. 46-47).

A atuação do árbitro na determinação da legislação aplicável ao caso concreto deve ser guiada não apenas pelo dever de emitir uma decisão que possa ser executada, mas também pelo dever de não se tornar cúmplice de violações ao Direito Antitruste. Ainda que esteja a serviço das partes, entende-se atualmente que o tribunal arbitral está também sujeito a um dever maior de busca a justiça e de respeito às leis concorrenciais aplicáveis (RADICATI DI BROZOLO, 2010, pp. 46).

1.2.3 Obrigação de suscitar a questão concorrencial *ex-officio*?

Parece ser razoavelmente consolidado o entendimento de que os árbitros podem aplicar a legislação concorrencial dos países cujos mercados são afetados pela controvérsia analisada. No entanto, o que ocorre quando a questão concorrencial não é suscitada pelas partes do litígio? Teria o árbitro a possibilidade e até mesmo o dever de suscitar a questão *ex officio*? Trata-se de uma situação extremamente delicada que envolve a ponderação de diversos princípios, como a igualdade processual, a autonomia da vontade e o respeito à ordem pública .

Primeiramente, salienta-se que o árbitro está, acima de tudo, vinculado à vontade das partes, isto é, às determinações da convenção de arbitragem e do contrato como um todo. Além disso, a autonomia da vontade é um dos princípios fundamentais da arbitragem e, portanto, as partes têm, em princípio, liberdade para moldar o procedimento. Assim, em uma primeira análise, seria possível chegar à conclusão de que, uma vez que a questão concorrencial não tenha sido suscitada pelas partes, não caberia ao árbitro fazê-lo, visto que este estaria desrespeitando a vontade das partes e excedendo suas prerrogativas. A situação agrava-se ainda pelo fato de que a aplicação da legislação concorrencial é independente da aplicação da legislação escolhida pelas partes para governar o mérito (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 45). Ademais, a abordagem de questão concorrencial *ex officio* poderia, em última análise, gerar uma violação da igualdade processual entre as partes e do direito a um procedimento justo e equitativo. Invariavelmente, a questão concorrencial beneficiará uma das partes, em detrimento da outra. Assim, um árbitro que suscita tal questão por conta própria poderia ser considerado tendencioso, visto que está, ainda que não propositalmente, favorecendo uma das partes.

Por outro lado, como mencionado acima, um dos principais deveres do árbitro é o de emitir um laudo reconhecível e executável, ou seja, uma decisão cuja anulação não possa ser solicitada com base nas previsões da Convenção de Nova York²¹. Além disso, o tribunal arbitral tem o dever de observar as regras de ordem pública nacional e internacional, visto que a anulação de um laudo arbitral fundamentada no desrespeito a ordem pública, por exemplo, poderia inclusive levar a uma responsabilização pessoal do árbitro que proferiu a decisão. Argumenta-se, portanto, que, em razão do caráter obrigatório das regras concorrenciais, sendo, em geral, consideradas como parte da ordem pública²², o árbitro teria a obrigação de suscitar a questão concursal, ainda que não tenha sido levantada pelas partes. Em contrapartida, o tribunal seria obrigado a dar às partes a oportunidade de manifestarem-se sobre a questão, sob pena de violação ao devido processo legal (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 50).

No que tange à União Europeia, após a decisão do caso *Eco Swiss*, aventou-se um suposto dever do árbitro de levantar a questão concursal e, conseqüentemente, eventual responsabilização caso tal questão fosse negligenciada. Do mesmo modo, o tribunal arbitral também estaria encarregado de garantir a aplicação das normas de ordem pública, o que inclui a legislação concursal europeia, sob pena de posterior anulação do laudo arbitral proferido. Entretanto, o referido raciocínio pode ser mais bem explicado a partir do caso *Thalès v. Euromissiles*²³, julgado pela Corte de Apelação de Paris em 18 de novembro de 2004. As partes do litígio em análise haviam assinado dois contratos, sendo o segundo deles um contrato de licenciamento que colocava a empresa Euromissiles na posição de única produtora e vendedora do bem em questão. Anos mais tarde, em razão de uma falta de acordo quanto ao preço do produto, foi iniciada uma arbitragem administrada pela Câmara de Comércio Internacional. Ao fim do procedimento, Thalès foi obrigada a pagar perdas e danos à outra parte em razão da rescisão ilegal do contrato. A referida parte propôs, então, ação de anulação do laudo arbitral, não deferida pela corte de primeira instância e subseqüente apelação perante a Corte de Apelação de Paris, alegando violação da legislação concursal europeia e conseqüentemente do Código de Processo Civil francês.

²¹ Convenção de Nova Iorque, Artigo V.

²² ALEMANHA. Alta Corte Regional de Thüringer (Thüringer OLG). *Caso nº 4 Sch 3/06*. 8 de agosto de 2007. Op. cit.; ALEMANHA. Alta Corte Regional de Dresden. *Caso nº 11 Sch 01/05*. 20 de abril de 2005. Op. cit. HOLANDA. Corte de Apelação de Haia. *Marketing Displays v. VR*. 24 de março de 2005.

²³ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. Op. cit.

Em sua decisão, a Corte de Apelação de Paris reconheceu que a legislação antitruste comunitária fazia parte da ordem pública europeia e que o árbitro teria, de fato, um dever implícito de aplicar tais regras de modo a resguardar os preceitos de ordem pública. Entretanto, a corte ressaltou de maneira oportuna que a anulação de um laudo arbitral em razão da violação de regra antitruste comunitária — e, conseqüentemente, da ordem pública — só poderia ocorrer em situações nas quais tais violações fossem *efetivas, flagrantes e inegáveis*²⁴. E os árbitros só poderiam ser responsabilizados, por meio de anulação do laudo por estes proferido, em casos nos quais a questão concorrencial fosse óbvia, flagrante e não suscitada²⁵. No caso *Thalès v. Euromissiles*, o tribunal francês entendeu que a violação ao Direito concorrencial não era automaticamente perceptível e, portanto, não poderia levar à anulação da decisão ora emitida (BLANKE, 2006, p. 249).

A possibilidade de suscitar questão concorrencial *ex officio* deve, pois, ser analisada *in casu*, a partir de uma ponderação entre o dever de emitir um laudo exequível e o de respeitar a vontade das partes, conduzindo um procedimento arbitral justo e equilibrado (KLAUSEGGER & KLEIN, 2013, p. 118). Não seria razoável exigir que um árbitro suscite *ex officio* determinada questão concorrencial que não seja manifesta e cuja identificação não seja intuitiva; logo, seu dever é limitado às situações em que há flagrante violação das regras de defesa da concorrência. Assim sendo, os árbitros não são pressupostos de levantar questões concorrenciais que não foram trazidas pelas partes, a menos que estas sejam violações flagrantes da legislação e da ordem pública.

1.2.4 Revisão das Decisões Arbitrais em Disputas Concorrenciais

O entendimento atual e pacífico é de que as questões concorrenciais são, em princípio, arbitráveis. Entretanto, tal entendimento só é possível com base na possibilidade de revisão judicial pelo Poder Judiciário. De acordo com os precedentes jurisprudenciais dos Estados Unidos e da União Europeia, a saber o caso *Mitsubishi* e o caso *Eco Swiss*, a arbitrabilidade da controvérsia pressupõe a observação da chamada *second look doctrine* (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 34). Assim, as conseqüências civis das disputas

²⁴ “As violações à ordem pública internacional no sentido do Artigo 1502-5º NCPC (Novo Código de Processo Civil Francês) devem ser flagrantes, efetivas e concretas”. FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. *Op. cit.*

²⁵ SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). Caso de 13 de novembro de 1998. *Op. cit.*

concorrenciais são, em princípio, arbitráveis e o Poder Judiciário só deve em intervir em eventual revisão judicial em sede de ação de execução ou anulação do laudo arbitral²⁶. Tal entendimento, pois, parte basicamente de duas premissas: (i) os árbitros tem o dever de - e irão - aplicar as regras concorrenciais cabíveis e (ii) às cortes nacionais é resguardada a possibilidade de rever a decisão arbitral (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 32).

Dessa forma, é garantido às cortes judiciais o reexame da decisão arbitral, bem como da questão da arbitrabilidade do litígio, em sede de ações de anulação ou execução do laudo arbitral. Essa prática, no entanto, gera um problema prático do ponto de vista processual. Em razão das usuais repercussões internacionais de disputas concorrenciais, é possível que um caso envolvendo a legislação concorrencial norte-americana seja julgado fora dos Estados Unidos. Nessa situação, a parte poderia ajuizar ação de anulação ou de execução do laudo fora dos Estados Unidos e o Judiciário norte-americano não teria, portanto, a oportunidade de reexaminar a aplicação de suas regras antitruste (BORN, 2014, p. 796).

1.2.5 Extensão da Revisão Judicial

Além de ser uma condição para a arbitrabilidade, a ideia de que as cortes nacionais têm direito a um reexame da decisão arbitral também está consolidada na jurisprudência de inúmeras cortes internacionais. No entanto, ainda restam algumas incertezas em relação à extensão dessa revisão. Para solucioná-las, é necessário separar duas correntes doutrinárias: a maximalista e a minimalista. De acordo com os maximalistas, o Poder Judiciário pode e deve

²⁶ Deve-se esclarecer, no entanto, que a atual presunção de arbitrabilidade das matérias de antitruste distingue-se claramente da análise referente à conformidade da convenção de arbitragem com a legislação concorrencial aplicável. Ainda que o litígio seja considerado arbitrável, portanto, é possível que a cláusula compromissória contenha violações à legislação antitruste, como por exemplo, aos artigos 81 e 83 do Tratado da União Europeia. A análise da arbitrabilidade da disputa diz respeito à jurisdição do Tribunal, ou seja, entende-se que caso o litígio seja inarbitrável, o Tribunal não terá jurisdição para julgá-lo. Uma vez superada essa questão, move-se para uma análise substantiva de mérito, referente à compatibilidade dos termos da convenção com as leis concorrenciais aplicáveis ao caso. Ainda que produzam o mesmo efeito, qual seja a nulidade ou invalidade da convenção de arbitragem, o exame da arbitrabilidade do litígio e a análise da conformidade da cláusula com as leis de antitruste não se confundem e realizam-se em momentos distintos. Em suma, o fato de a disputa ser arbitrável não implica, de maneira alguma, que esta estará de acordo com as regras do Direito da concorrência. Nota-se que a primeira é uma questão de jurisdição, enquanto a segunda é uma questão substantiva.

realizar uma revisão irrestrita das conclusões factuais e jurídicas da decisão arbitral, de modo a garantir o estrito cumprimento da legislação concorrencial aplicável. Já para os minimalistas, a corte judicial deve limitar-se a verificar se o tribunal arbitral de fato enfrentou as questões concorrenciais e se sua decisão foi emitida de maneira competente, sem reavaliar as conclusões de fato e de direito às quais chegaram os árbitros. Sendo assim, o Judiciário deveria apenas garantir a inocorrência de violações flagrantes à ordem pública, sem, no entanto, reexaminar o mérito da questão decidida pelos árbitros²⁷ (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 33 *et seq.*).

Muitas vezes, a escolha da arbitragem pelas partes se dá em razão de vantagens como a celeridade do procedimento e a finalidade das decisões, visto que não há, regra geral, via recursal e as hipóteses de anulação do laudo arbitral são bastante restritas. Assim, o estabelecimento de uma revisão extensa e intrusiva do mérito por parte do Judiciário poderia ser considerada contrária à própria natureza do instituto da arbitragem. Além disso, é importante notar que, ainda que, na maior parte dos países da União Europeia, o Direito Concorrencial seja visto como parte da ordem pública, nem toda violação de regra concorrencial constitui desrespeito à ordem pública, de acordo com o Artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque²⁸.

Ademais, a popularização e o desenvolvimento da arbitragem como meio preferencial de solução de controvérsias contribui para a adoção da visão minimalista²⁹. Ainda que a possibilidade de revisão judicial em sede de

²⁷ No caso *Mitsubishi*, a Suprema Corte norte-americana determinou que: “enquanto a eficácia do procedimento arbitral requer que a revisão substancial na fase de execução da sentença permaneça mínima, isso não requereria uma averiguação intrusiva para aferir se o tribunal tomou conhecimento das questões antitruste e de fato as decidiu”..

²⁸ Convenção de Nova Iorque, Artigo V(2)(b); “O reconhecimento e a execução de um laudo arbitral também podem ser recusados caso a autoridade competente do país onde o reconhecimento é pretendido entenda que: (b) o reconhecimento ou a execução do laudo seriam contrários à ordem pública daquele país”; SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Tensacciai v. Terra Armata*. 8 de março de 2006. No caso *Tensacciai v. Terra Armata*, o Tribunal Federal suíço pronunciou-se no sentido de que as regras concorrenciais não faziam parte do conceito de ordem pública, segundo a lei de Direito internacional Privado suíça. No que diz respeito aos países da União Europeia, estes em geral consideram que o Direito concorrencial faz parte de sua ordem pública, porém violações de menor importância às regras antitruste podem ser entendidas como fora do escopo da ordem pública

²⁹ FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Gallay v. Fabricated Metals INC*. 5 de janeiro de 1999; FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. *Op. cit.*; BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. *Cytec v. SNF*. 22 de junho de 2009. *Op. cit.*

anulação ou execução do laudo seja garantida às partes, cumpre ressaltar que os juízes nacionais não são necessariamente mais competentes ou mais bem versados em Direito da Concorrência do que os árbitros. No mesmo diapasão, a tendência jurisprudencial parece pender para uma revisão restrita das decisões emitidas em sede de arbitragem. No caso *Baxter v. Abbot*³⁰, decidido pela Corte de Apelação norte-americana do 7º circuito, os juízes pronunciaram-se no sentido de que, em linha com a decisão do caso *Mitsubishi*, a atuação do Judiciário é restrita e não deve envolver o reexame do mérito da questão. Salientou-se que um erro referente à lei não estaria entre as hipóteses de anulação do laudo arbitral e que não haveria razão em “perturbar” o laudo arbitral, ainda que os árbitros estivessem equivocados quanto à ausência de violação à legislação concorrencial.

Similarmente, no caso *Cytec v. SNF*³¹, as duas cortes revisoras do laudo arbitral optaram pela visão minimalista. O caso em análise girava em torno de dois contratos celebrados entre a Cytec e a SNF. O primeiro deles previa o fornecimento de um componente químico, enquanto o segundo estabelecia que a SNF compraria todo o excedente do referido componente exclusivamente da Cytec, por um período de 8 anos. Ao surgir uma disputa entre as partes, estas iniciaram procedimento arbitral sediado em Bruxelas e administrado pela Câmara de Comércio Internacional. Foram emitidos dois laudos, um parcial e um final, determinando que a previsão de exclusividade violava a legislação concorrencial da União Europeia. A Suprema Corte francesa, em ação de reconhecimento do laudo iniciada pela Cytec, entendeu que a revisão da decisão deveria apenas analisar se existia violação flagrante e efetiva à ordem pública internacional, o que não havia ocorrido no caso em tela. Assim, confirmou a decisão da Corte de Apelação de Paris, que havia se pronunciado no sentido de que a corte realizaria apenas uma “revisão extrínseca”, dando eficácia à sentença arbitral na França³². A Corte de Apelação de Bruxelas também optou pela revisão limitada do laudo, revogando a decisão anterior do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, que havia concedido a anulação da decisão arbitral solicitada pela SNF, a partir de uma revisão extensa

³⁰ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Sétimo Circuito. *Baxter Int’l, Inc. v. Abbot Labs*. 16 de janeiro de 2003. *Op. cit.*

³¹ FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. *Op. cit.*; BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. *Cytec v. SNF*. 22 de junho de 2009. *Op. cit.*

³² FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. *Op. cit.*

do laudo³³. Desse modo, tanto a Suprema Corte francesa quanto a Corte de Apelação belga decidiram pela legalidade e validade do laudo arbitral emitido pela CCI, entendendo que a revisão da decisão deveria ser restrita e preservando o instituto da arbitragem³⁴.

Apesar da tendência minimalista predominante, notam-se ainda algumas inconsistências nos parâmetros de revisão utilizados pelas cortes nacionais. No caso *Terra Armata v. Tensacciai*³⁵, por exemplo, em um procedimento de reconhecimento do laudo arbitral, a Corte de Apelação de Milão optou por uma revisão mais detalhada do laudo arbitral. Diferentemente do parâmetro de revisão mínima estabelecido no caso *Thalès v. Euromissile*³⁶, ou até mesmo em qualquer dos casos citados, a Corte de Apelação de Milão decidiu ir além desse marco. Enquanto a Suprema Corte francesa havia declarado no caso *Thalès* que anularia um laudo caso houvesse violação “flagrante, efetiva e concreta” da regra comunitária, a Corte italiana decidiu aplicar um parâmetro mais alto e minucioso, analisando o raciocínio e os detalhes do laudo arbitral, de modo a garantir que o tribunal arbitral havia sido diligente e respeitado as regras concorrenciais comunitárias. Segundo a análise de Phillip Landolt, em comparação aos outros casos acima, os critérios aplicados pela corte italiana na decisão do caso *Terra Armata v. Tensacciai* seriam mais adequados à necessidade de testar a compatibilidade das decisões com a legislação concorrencial europeia. Isso porque a revisão mínima facilitaria e criaria o risco de inobservância das regras antitruste aplicáveis por parte dos árbitros (LANDOLT, 2006).

A despeito dessas inconsistências, pode-se afirmar que predomina a visão minimalista. Em termos mais práticos, para que uma violação à legislação concorrencial configure transgressão da ordem pública, é preciso que esta seja flagrante e que ponha em cheque os objetivos da política concorrencial

³³ BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. *Cytec v. SNF*. 22 de junho de 2009. *Op. cit.*

³⁴ É possível encontrar alguns artigos anteriores a 2009 comentando a disparidade entre os parâmetros de revisão utilizados pelas cortes francesas e pelas cortes belgas, visto que, até junho de 2009, vigorava na Bélgica o entendimento emitido pelo Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, de que a revisão do laudo arbitral deveria ser extensiva. Entretanto, tal entendimento foi revogado em 22 de junho de 2009, a partir do julgamento da Corte de Apelação de Bruxelas, no qual foi compartilhada a visão aplicada pela Suprema Corte francesa, de que a revisão deveria ser mínima.

³⁵ ITÁLIA. Corte de Apelação de Milão. *Terra Armata v. Tensacciai*. 5 de julho de 2006. *Op. cit.*

³⁶ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. *Op. cit.*

(RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 34). Em linhas gerais, um laudo que não condene acordos horizontais que levem a restrições graves da concorrência, como fixação de preços, troca de informações estratégicas e divisão de mercados será quase que certamente contrário à ordem pública. A violação da ordem pública é menos evidente, no entanto, em decisões relacionadas a restrições verticais, tais como acordos de exclusividade, nos quais a ilegalidade é menos óbvia e mais sujeita a um teste de resultados (RADICATI DE BROZOLO, 2010, p. 41). Nessas situações, a análise deve ser realizada caso a caso, de acordo com as circunstâncias específicas.

Nesse sentido, a jurisprudência demonstra que a revisão extensa do laudo arbitral deve ser realizada apenas em situações excepcionalíssimas, como, por exemplo: (i) a grave suspeita de fraude por parte do tribunal arbitral, acobertando comportamentos anticoncorrenciais; (ii) o não enfrentamento de questões concorrenciais flagrantes; e (iii) a emissão de laudos arbitrais contraditórios, obscuros ou incompletos, impedindo a análise a ser realizada pela corte nacional (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 34/43).

1.2.6 Interações e Enforcement Arbitral das Disputas Concorrenciais

Como mencionado, uma das principais condições para a confirmação da arbitrabilidade das disputas concorrenciais foi a garantia de revisão da questão antitruste, a ser realizada pelas cortes nacionais. Porém, além de ações instauradas para o reconhecimento e anulação dos laudos arbitrais, procedimentos envolvendo a mesma relação contratual podem ser iniciados simultaneamente perante árbitros e juízes ou autoridades concorrenciais. Além disso, em razão do usual caráter internacional das transações comerciais envolvendo questões concorrenciais, procedimentos paralelos podem ocorrer simultaneamente em países diferentes, o que suscita dois questionamentos: (i) Algum dos procedimentos deve ser suspenso? (ii) e, em caso afirmativo, qual dos procedimentos deve ser suspenso?

Antes de analisar essas questões, vale falar como as agências concorrenciais e árbitros podem interagir para compreender o escopo de sua cooperação.

1.2.7 Auxílio das autoridades concorrenciais

Embora o escopo das arbitragens fique sujeito às conseqüências cíveis das disputas concorrenciais³⁷, nem sempre existe uma decisão prévia por parte dos órgãos concorrenciais a respeito da conduta das partes em arbitragem. Assim surge a primeira pergunta: o painel arbitral pode solicitar o auxílio das autoridades concorrenciais? Em procedimentos judiciais na Europa, por exemplo, a interação entre as cortes nacionais dos países membros da União Europeia e as autoridades concorrenciais é bastante comum. A própria legislação da União Europeia prevê a possibilidade de as cortes solicitarem a assistência da Comissão Europeia, bem como o direito da Comissão de intervir em casos tramitando perante as cortes europeias³⁸. Assim, os juízes podem solicitar a transmissão de documentos, a emissão de pareceres sobre a aplicação das regras de Direito da concorrência, entre outras atividades.

No caso dos tribunais arbitrais, entretanto, a consulta às autoridades concorrenciais é questionável. Nesse sentido, há que se distinguir duas hipóteses: a presença e a ausência de consentimento das partes. Caso as partes estejam de acordo quanto à intervenção da autoridade concorcencial, esta poderia atuar, caso desejar, sem maiores questionamentos. Todavia, na hipótese de ausência de consentimento de uma das partes, a situação torna-se mais complicada. Primeiramente, a arbitragem é um meio privado de resolução de controvérsias e que a existência de consenso e a autonomia da vontade são pilares do procedimento arbitral. Porém, muitas vezes, a falta de informações e a não atuação da autoridade concorcencial pode acabar por prejudicar a resolução justa e adequada do conflito, o que é, em última análise, o principal objetivo do procedimento arbitral.

Não se pode ignorar ainda o freqüente dever de confidencialidade presente na arbitragem. As partes freqüentemente desejam que seus procedimentos sejam sigilosos. Nessa situação, o processo de cooperação entre

³⁷ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors*. 19 de maio de 1993. Op. cit. FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993. Op. cit.; SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Sociedade belga v. Sociedade italiana*. 28 de abril de 1992. Op. cit.

³⁸ No que diz respeito às cortes nacionais, o auxílio a ser concedido pelas autoridades concorrenciais está expressamente previsto em algumas jurisdições. A legislação da União Europeia, por exemplo, impõe como um dever da Comissão Europeia a concessão de auxílio às cortes europeias em questões concorrenciais. Esse auxílio inclui o fornecimento de documentos, emissão de pareceres, opiniões, entre outras atividades. A cooperação entre as autoridades concorrenciais e as cortes judiciais ocorre de acordo com a legislação do país em que se situa a corte, isto é, segundo as previsões nacionais acerca do ingresso de terceiros no procedimento judicial.

o tribunal arbitral e a autoridade concorrential torna-se muito delicado, visto que, em princípio, as informações da arbitragem não podem ser fornecidas a nenhuma parte externa (KLAUSEGGER & KLEIN, 2013, p. 121). Além disso, é necessário que o tribunal certifique-se de que a solicitação feita por uma das partes foi fundamentada e não constitui medida meramente protelatória. Em razão de todas essas dificuldades e das características do procedimento arbitral, tende-se a concluir que a intervenção da autoridade concorrential só é possível com o consentimento das partes. Nota-se também que o parecer eventualmente fornecido pela autoridade concorrential não é vinculante, ou seja, a decisão final resta a cargo dos árbitros, independentemente da opinião que foi emitida pela autoridade.

Além da possibilidade de solicitar o auxílio da autoridade concorrential, há que se considerar também a hipótese da intervenção espontânea, caso em que o órgão público ingressaria no procedimento no papel de *amicus curiae*. Ainda que o recebimento das submissões escritas não seja obrigatório, como no procedimento judicial, o tribunal pode aceitar a intervenção da autoridade concorrential desde que julgue adequado e que haja consenso entre as partes. Todavia, a autoridade não pode, sob hipótese alguma, impor sua intervenção. Portanto, alguns doutrinadores consideram que a possibilidade de intervenção como *amicus curiae* estaria descartada (IDOT, 2010, p. 68). Em se tratando de uma arbitragem, a autoridade concorrential poderia atuar inclusive como *expert witness*, de modo a auxiliar o tribunal arbitral na sua decisão a partir do conhecimento especializado das questões concorrentiais (BLANKE & LANDOLT, 2011, pp. 109-110).

1.2.8 Existência de procedimentos tramitando em paralelo

Naturalmente, a segunda pergunta estaria relacionada à possível concomitância de procedimentos versando sobre a mesma disputa concorrential. O procedimento arbitral deve ser sobrestado? Apenas quando o outro procedimento for judicial? Em todos os casos ou apenas sob determinadas condições? É, sim, possível que existam dois procedimentos versando sobre o mesmo caso, tramitando em paralelo: um perante o tribunal arbitral e o outro perante a corte nacional ou a autoridade concorrential. Surge, assim, a dúvida em relação ao que deveria ser feito nessa hipótese. A resposta para esta questão não é fácil e depende de diversas circunstâncias, como os fatos específicos do caso, a suposta violação da legislação concorrential e o *timing* dos procedimentos.

Por exemplo, o parágrafo 3º do *Federal Arbitration Act* norte-americano determina que as cortes distritais devem suspender procedimentos

judiciais em que um acordo escrito estabeleça a resolução por arbitragem³⁹. Há, portanto, um forte favorecimento da arbitragem como meio de resolução de controvérsia⁴⁰. Ilustrativamente, percebe-se que a suspensão do procedimento judicial foi requerida perante a Corte Distrital, em razão da pendência da arbitragem no caso *Mitsubishi*. Esse entendimento foi reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, ainda que as disputas concorrenciais não fossem expressamente mencionadas na cláusula compromissória.

Os tribunais arbitrais, por sua vez, sobretudo em arbitragens internacionais, podem, em geral, proceder com a arbitragem, independentemente da existência de procedimentos paralelos tramitando perante autoridade concorrential. A visão majoritária é a de que não há necessidade de suspensão de um dos procedimentos. No âmbito da União Europeia, por exemplo, ainda que já exista um processo tramitando perante a Comissão Europeia, entende-se que o tribunal arbitral não tem o dever de suspender a arbitragem e deve decidir por si só se deseja resolver a questão de pronto ou esperar as conclusões da Comissão (BLANKE & LANDOLT, 2011, p. 894). A Comissão, por sua vez, também não está obrigada a interromper a investigação conduzida (IDOT, 2010, p. 72). Nota-se que, antes do Regulamento 1/2003, o sistema de *enforcement* da legislação concorrential era hipercentralizado; logo, diversas atividades como a concessão de isenções individuais eram de exclusividade da Comissão Europeia (IDOT, 2010, p. 59-60; MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 254). Atualmente, a medida que o sistema tornou-se mais descentralizado, a suspensão dos procedimentos é considerada como uma decisão discricionária das agências nacionais, bem como dos tribunais arbitrais lidando com a mesma violação antitruste (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 259).

³⁹ De acordo com o Federal Arbitration Act dos Estados Unidos, §3: “Caso qualquer demanda ou procedimento seja levado a qualquer corte nos Estados Unidos, sobre qualquer questão que possa ser submetida à arbitragem, segundo convenção por escrito para tal arbitragem, a corte na qual tal demanda ou procedimento está em andamento, uma vez segura de que a questão discutida em tal demanda ou procedimento pode ser submetida à arbitragem segundo tal convenção, deverá, a partir da solicitação de uma das partes, suspender o julgamento da ação até que tal arbitragem tenha sido conduzida de acordo com os termos da convenção, desde que a parte solicitante da suspensão não esteja inadimplente quanto à instituição da arbitragem”.

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983. *Op. cit.*; ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Décimo circuito. *Peterson v. Shearson/American Express, Inc.*, 1988; ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sels*, 1993.

Há que se considerar ainda a possibilidade de existência de uma decisão por parte da autoridade concorrencial, situação na qual se entende que o tribunal arbitral não está vinculado à referida decisão. Sendo assim, a decisão administrativa não tem efeito de coisa julgada e serve apenas como “autoridade persuasiva” para os árbitros. Ressalta-se, no entanto, que caso o tribunal decida emitir um laudo em sentido contrário à decisão da autoridade concorrencial, este deverá ser extensamente fundamentado, explicando-se às razões para tal discordância, de modo a blindar a decisão contra eventuais ações de anulação (IDOT, 2010, p. 71).

Ressalte-se que o objetivo do Tribunal Arbitral e o da autoridade concorrencial são diferentes, o que poderia ser utilizado como argumento para defender a continuação dos procedimentos paralelos. Aos árbitros cabe solucionar a controvérsia entre as partes, sendo a decisão sobre a questão concorrencial necessária para a consecução desse fim. Por outro lado, o objetivo da autoridade concorrencial é garantir e fiscalizar a aplicação e o cumprimento das regras concorrenciais (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 258-259). Essa distinção, ainda que teórica, pode gerar efeitos práticos na atuação de cada um dos órgãos.

2. A Segunda Rodada: Consenso e Arbitrabilidade

Tradicionalmente, a discussão em torno da arbitrabilidade das disputas concorrenciais sempre esteve relacionada ao papel da ordem pública e à competência e possibilidade dos árbitros de resguardarem a legislação de defesa da concorrência. No entanto, à medida que o debate torna-se mais complexo, em vista das dificuldades práticas mencionadas nos parágrafos anteriores, surge uma possível nova discussão sobre a arbitrabilidade das questões antitruste. Tal discussão está relacionada ao consenso e à suposta existência de convenções de arbitragem abusivas, analogamente ao que se discute em arbitragens sobre o Direito do Consumidor. Não se sabe, entretanto, se tal discussão implica um ressurgimento do debate em torno da arbitrabilidade das questões antitruste a partir de um novo enfoque ou apenas uma discussão referente à validade contratual das convenções de arbitragem. Assim, vale a pena avaliar como a dúvida de arbitrabilidade surgiu no Direito do Consumidor (derivada a partir de questionamentos a respeito da existência de real consenso), para explicar o que ocorreu no cenário das disputas concorrenciais, ambos os casos inseridos no *Arbitration Fairness Act de 2013*.

2.1 *Consenso e Arbitrabilidade de Disputas Consumeristas*

O debate a respeito da arbitrabilidade das disputas consumeristas revolve, basicamente, em torno da existência de consenso por parte dos envolvidos no procedimento arbitral. Ainda que o tema receba tratamentos distintos de acordo com as diferentes legislações aplicáveis ao caso, nota-se uma tendência global de imposição de determinadas restrições à arbitrabilidade dos casos envolvendo consumidores, em razão, sobretudo, da posição de hipossuficiência ocupada pelos mesmos e da existência de convenções de arbitragem abusivas. A ausência do chamado “igual poder de barganha” entre as partes coloca em questionamento a existência de real consenso em submeter-se a um procedimento arbitral.

Pode-se dizer que o estopim mais provável para o desencadeamento do *Arbitration Fairness Act de 2013*, no tocante às disputas consumeristas, foi o caso da *AT&T v. Concepción*⁴¹, em que a Suprema Corte Americana confirmou a validade de uma convenção de arbitragem que impedia os consumidores em questão de se juntar a outros consumidores em um eventual procedimento arbitral; i.e., não havia possibilidade de *class action* ou, mais especificamente, de *class wide arbitration*. No caso, um contrato que previa o fornecimento de celulares gratuitos foi firmado entre a AT&T e o Sr. e a Sra. Concepción. Após serem cobrados impostos sobre o valor de venda dos celulares, o casal decidiu processar a empresa perante uma corte distrital californiana. A demanda foi então consolidada numa *class action*, alegando-se que a AT&T teria promovido propagandas falsas e fraude ao cobrar impostos de venda sobre celulares gratuitos. A AT&T, por sua vez, decidiu mover ação buscando compelir os Concepción à arbitragem, em razão da cláusula compromissória existente no contrato. Entretanto, tanto a Corte Distrital quanto a Corte de Apelação do caso negaram o pedido, sob a alegação de que a referida cláusula seria *unconscionable*. Em linhas gerais, a doutrina da *unconscionability* está relacionada à “ausência de escolha consciente por parte de um dos contratantes, associada a termos contratuais não razoavelmente favoráveis à parte contrária”⁴², e é utilizada para invalidar cláusulas consideradas abusivas, ainda que o Federal Arbitration Act não apresente restrição objetiva à arbitrabilidade desse tipo de disputa.

A Suprema Corte norte-americana decidiu reverter a decisão das primeiras instâncias, confirmando a validade da convenção de arbitragem e

⁴¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *AT&T Mobility LLC v. Concepción*. 27 de abril de 2011.

⁴² ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Distrito de Columbia. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 11 de Agosto de 1965.

remetendo as partes para o procedimento arbitral. Na ocasião, a Corte pontuou que as ações coletivas seriam incompatíveis com o Federal Arbitration Act. A opinião da corte, emitida pelo Ministro Scalia também determinou que a regra consolidada no caso *Discover Bank*⁴³ a respeito da *unconscionability* de convenções de arbitragem consumeristas havia sido anulada pelo FAA e, portanto, não poderia ser utilizada como argumento para defender a invalidade da cláusula arbitral em questão. Por fim, a necessidade de respeitar os termos do contrato e a tendência pró-arbitragem do Direito norte-americano, firmada, sobretudo, em *Moses H. Cone*⁴⁴ foram ressaltadas, de modo a facilitar procedimentos eficazes e eficientes.

Cabe enfatizar que, em geral, o exame referente à *unconscionability* diz respeito a uma questão de validade contratual, e não de arbitrabilidade. Basicamente, a diferença entre as duas categorias reside na extensão e alcance de suas conclusões. A discussão de arbitrabilidade se dá, normalmente, em razão da natureza de determinado tipo de disputas, tornando toda uma categoria de litígios inarbitrável. Já o debate em torno da validade contratual diz respeito à justiça dos termos da convenção de arbitragem, a partir de uma análise caso a caso (BORN, 2014, p. 1023). Ainda que o resultado da inarbitrabilidade da disputa e da invalidade da cláusula sejam o mesmo, qual seja o fim do procedimento arbitral, estas partem de premissas diferentes e têm alcances distintos.

O caso *AT&T v. Concepción* teve grande repercussão sobre as relações consumeristas, visto que tem o potencial de garantir às empresas a possibilidade de compelir consumidores a ajuizarem demandas arbitrais individuais. Ao ver de grupos consumeristas, a decisão poderia representar um risco às demandas de consumidores, já que, grande parte das vezes, o valor da causa em si é relativamente pequeno, especialmente se comparado aos altos custos da arbitragem. No caso relatado acima, por exemplo, os valores de imposto cobrados somavam aproximadamente 30 dólares. Assim, a relação custo-benefício do procedimento arbitral pode se tornar desfavorável ao consumidor, fazendo com que, em última análise, ele acabe desistindo da arbitragem, em detrimento de seus direitos.

Assim, o *Arbitration Fairness Act de 2013*, pode ser visto como uma reação a esse tipo de situação, de modo que supostamente protege as partes consideradas mais fracas na celebração de contratos. No caso específico do direito do consumidor, parece que o projeto tenta ir ao encontro do que já se

⁴³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte da Califórnia. *Discover Bank v. Superior Court*. 7 de dezembro de 2005.

⁴⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983. Op. cit.

verifica em outros diplomas legais alhures. Isso porque, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a arbitragem de disputas envolvendo Direito do Consumidor é regulada ou até mesmo proibida em diversos países. Ainda que cada país europeu tenha seu próprio tratamento da questão, segundo a diretiva da União Europeia sobre *Termos Injustos em Contratos Consumeristas*, os termos de contratos consumeristas padrão estão sujeitos a requisitos de isonomia e justiça. Entre suas determinações, a referida diretiva estabelece que um dispositivo contratual “*é injusto **prima facie** e conseqüentemente inválido caso obrigue o consumidor a solucionar suas controvérsias exclusivamente por meio de arbitragem não contida em previsão legal*”⁴⁵. A Corte Europeia de Justiça já se pronunciou no sentido de que a justeza e a igualdade do contrato de consumo e mais especificamente, de sua convenção de arbitragem, devem ser analisadas e decididas pelo tribunal arbitral, ainda que a questão não tenha sido suscitada pelas partes, visto que a diretiva faz parte da ordem pública comunitária.

Os Estados-membros também possuem leis específicas diferentes sobre a questão. O Direito Alemão e Austríaco, por exemplo, requerem que as previsões referentes à solução de disputas consumeristas pela via arbitral estejam registradas em convenção de arbitragem separada e assinada pelo consumidor para que sejam consideradas válidas. Segundo o Direito Inglês, convenções de arbitragem consumeristas serão consideradas inválidas caso estejam abaixo de determinado valor monetário, ou sejam consideradas injustas. Esses são apenas alguns dos exemplos dos diferentes tratamentos que a arbitragem de litígios do consumidor recebe dentre os países da Europa (BORN, 2014, pp. 1019-1020).

O debate em torno do *Arbitration Fairness Act de 2013* está ostensivamente relacionado à ausência de consentimento e à abusividade das cláusulas, tópicos associados à validade contratual. Entretanto, considerando-se que o referido projeto visa invalidar toda uma categoria de convenções de arbitragem pré-disputa, é possível questionar se ele não teria efeitos sobre a discussão de arbitrabilidade.

2.2 Extensão da discussão para o Direito Concorrencial

Antes de iniciar o próximo tópico, é importante chamar atenção para o fato de que o projeto legislativo do *Arbitration Fairness Act de 2013*, proposto originalmente em 2011, fazia menção apenas às disputas empregatícias, consumeristas e relacionadas a direitos civis, mas não às concorrenciais. A

⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva da UE 93/13/EEC.

inclusão das questões antitruste ocorreu apenas na versão de 2013. Uma das suas principais justificativas para tal inclusão foi a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *American Express v. Italian Colors Restaurant*⁴⁶, que afirmou a validade de cláusula compromissória banindo ações coletivas no âmbito concorrencial, de maneira similar ao ocorrido no caso *AT&T v. Concepción*.

As partes, American Express e Italian Colors, firmaram um contrato no qual se determinava que as eventuais disputas seriam resolvidas pela via arbitral, estabelecendo também que as demandas não poderiam ser ajuizadas sob a forma de *class actions*. Apesar dos termos da convenção de arbitragem, os Requeridos, Italian Colors, iniciaram uma *class action* contra a American Express, alegando violações ao Direito Concorrencial norte-americano. Segundo os Requeridos, a American Express teria usado seu monopólio no mercado dos chamados *charge cards* para cobrar dos comerciantes taxas supostamente 30% mais elevadas que as cobradas por empresas de cartões de crédito concorrentes, assim violando o parágrafo 1º do Sherman Act⁴⁷. Os Requerentes então tentaram compelir as partes à arbitragem perante a Corte Distrital, que deferiu o pedido. A Corte de Apelação, por sua vez, reverteu a referida decisão, sob a alegação de que a renúncia contratual era inválida e, portanto, a arbitragem não poderia prosseguir, já que, do ponto de vista financeiro, os custos da arbitragem em muito excederiam o valor a ser recebido, impossibilitando a arbitragem individual. Tal entendimento foi reafirmado pela Corte de Apelação três vezes, até chegar à Suprema Corte norte-americana.

A Suprema Corte, pois, foi incumbida da tarefa de decidir sobre a validade de uma renúncia contratual à arbitragem coletiva em situações nas quais os custos da arbitragem individual excedem o valor da causa, a ser potencialmente recuperado pelo Requerente. Contrariamente à decisão da instância inferior, o entendimento emitido pela maioria dos juízes da Suprema Corte norte-americana foi de que tais renúncias seriam válidas por uma série de

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *American Express v. Italian Colors Restaurant*. 20 de junho de 2013.

⁴⁷ De acordo com o Sherman Antitrust Act dos Estados Unidos, §1: “Todo contrato, combinação na forma de truste ou similar, ou conspiração, que restrinja o comércio entre os estados, ou com nações estrangeiras, será declarado ilegal. Toda pessoa que celebre qualquer contrato ou participe de qualquer combinação ou conspiracy declarada ilegal deverá ser considerada culpada de uma contravenção e a partir de sua condenação, deverá ser punida por meio de multa igual ou inferior a \$100.000.000 em caso de sociedade, ou em caso de qualquer outra pessoa, \$1.000.000, ou por meio de prisão de não mais que 10 anos, ou por meio de ambas as punições, segundo escolha da corte”.

motivos⁴⁸. Alguns desses motivos já haviam sido abordados no caso *AT&T v. Concepción*, como a necessidade de respeitar os termos do contrato e a tendência pró-arbitragem extraída do *Federal Arbitration Act*. Além disso, o Ministro Scalia, que emitiu a opinião da Corte⁴⁹, ressaltou que a doutrina de *effective vindication*⁵⁰, consolidada no caso *Mitsubishi* tinha como objetivo impedir que a parte renunciasse previamente a seu direito de buscar os chamados *statutory remedies*⁵¹. No entanto, segundo ele, “o fato de a prova de um remédio legal não compensar a despesa envolvida não constitui uma eliminação do direito de buscar tal remédio” e, portanto, a referida doutrina não seria aplicável ao caso em tela. Nesse sentido, explicou-se que as leis concorrenciais não garantem um caminho processual para a proposição de demandas cujos custos possam ser acessíveis a todos. A Corte pontuou ainda que não poderia prever todos os custos envolvidos na arbitragem e que a questão já havia sido resolvida em *AT&T v. Concepción*, no qual foi rejeitado o argumento relacionado a efetividade de custos de que as ações coletivas seriam necessárias para julgar determinadas demandas

Uma opinião divergente também foi compartilhada por três juízes da Suprema Corte⁵², em suporte dos argumentos dos Requeridos, os quais alegavam que os termos da convenção de arbitragem em questão impediam sua *effective vindication*, visto que o procedimento se tornaria economicamente inviável. De acordo com essa visão, a referida doutrina se aplicaria ao caso analisado, pois o contrato não impunha somente um impedimento à proposição de ações coletivas, mas também a qualquer tipo de divisão, transferência ou diminuição de custos, fazendo com que os custos da arbitragem se tornassem proibitivos para os Requeridos. O resultado seria uma verdadeira vedação do acesso aos *statutory remedies*, supostamente garantidos a partir do caso

⁴⁸ A opinião da corte foi emitida pelo Ministro Scalia e aderida pelos Ministros Roberts, C. J., and Kennedy, Thomas, and Alito, JJ. O Ministro Thomas, J. apresentou uma opinião concordante. O Ministro Breyer, J., apresentou uma opinião dissidente, aderida pelos Ministros Ginsburg, Sotomayor, e Kagan, JJ.

⁴⁹ Os Ministros Roberts, C.J, Kennedy, Thomas, and Alito, J.J. aderiram a esta opinião. O Ministro Thomas, J., apresentou uma opinião concordante.

⁵⁰ A doutrina de *effective vindication*, utilizada como argumento por *Italian Colors*, foi imposta como uma condição à arbitrabilidade das disputas concorrenciais, consolidada no caso *Mitsubishi*, e teria estabelecido, em linhas gerais, que a convenção de arbitragem só seria válida caso o litigante pudesse efetivamente reivindicar seus direitos estatutários pela via arbitral.

⁵¹ Remédios contra violações ao Direito concorrencial norte-americano, contidos no *Sherman Antitrust Act*.

⁵² A opinião da corte foi emitida pela Ministra Kagan e aderida pelos Ministros Ginsburg e Breyer.

Mitsubishi. Além disso, a decisão em *AT&T v. Concepción*, segundo explicado pela Ministra Kagan, não deveria ser aplicada ao caso *American Express v. Italian Colors Restaurant*, uma vez que o segundo caso não tratava propriamente do impedimento a ações coletivas, mas sim do impedimento à *effective vindication*, diferente do que ocorreu no caso anterior, no qual a referida doutrina sequer fora suscitada como argumento. De acordo com a opinião dissidente, portanto, o caso *American Express v. Italian Colors Restaurant* enquadrava-se nas circunstâncias ligadas à *effective vindication*, considerando-se que os custos da arbitragem tornavam-se proibitivos, efetivamente eliminando a responsabilidade concorrencial.

Conclusão

É possível concluir a partir das considerações feitas, que o debate em torno da arbitrabilidade das questões concorrenciais sob a égide da ordem pública foi, em sua maior parte, resolvido e superado. Entretanto, surge um novo debate: o da arbitrabilidade com base no equilíbrio entre as partes, na existência de cláusulas abusivas e na presença de consenso. Discute-se a possibilidade de uma parte de impor determinadas restrições contratuais à outra, de modo que os termos do contrato e a escolha da via arbitral acabem por dificultar ou até impedir que a outra parte garanta e proteja seus direitos concorrenciais. Assim, a tentativa de vedação dessa estratégia parece ser a principal motivação para a inclusão das questões concorrenciais no projeto do *Arbitration Fairness Act de 2013*. Isto gerou uma nova discussão sobre a arbitrabilidade de tais questões, vistas sob um prisma diferente: o das relações interpartes e não o da ordem pública

Nota-se que o projeto legislativo estabelece apenas a invalidade das convenções de arbitragem pré-disputa, que obriguem a parte mais fraca a ir para a arbitragem, resguardando-lhes, no entanto, o direito de posteriormente optar pela via arbitral. Ainda assim, as mudanças objetivadas pelo projeto, podem, sim, provocar considerável impacto sobre a arbitrabilidade das disputas concorrenciais, visto que, de acordo com o *Arbitration Fairness Act de 2013*, as disputas consumeristas, concorrenciais, empregatícias e de direitos civis, baseadas em convenções de arbitragens anteriores ao litígio seriam consideradas inválidas, a menos que a parte mais vulnerável opte posterior e expressamente pela via arbitral. Percebe-se ainda que o referido projeto legislativo não propõe uma análise da abusividade da cláusula arbitral com base nas circunstâncias específicas do caso concreto, mas sim uma invalidação automática das convenções de arbitragem pré-disputa prevendo a resolução de

controvérsias concorrenciais, gerando, portanto, efeitos sobre a arbitrabilidade desta categoria de litígios⁵³.

Entretanto, é importante esclarecer que, ainda que a nova discussão referente à arbitrabilidade no Direito Concorrencial possa ser comparada à existente no Direito do Consumidor, nota-se uma diferença fundamental entre elas. No que concerne às disputas consumeristas, o desequilíbrio entre as partes é mais evidente, uma vez que o consumidor é, em geral, considerado como a parte hipossuficiente, por aderir aos termos estabelecidos pelo fornecedor. Desse modo, o possível problema gerado pela escolha da via arbitral torna-se mais plausível, já que a arbitragem é um procedimento privado e pressupõe uma igualdade de poder de negociação entre as partes. Da mesma forma, a discussão a respeito da arbitrabilidade e a imposição de restrições à arbitragem de disputas consumeristas parece ser uma consequência natural das peculiaridades deste tipo de controvérsia.

Em contrapartida, nas disputas concorrenciais, não é tão óbvio o desequilíbrio entre as partes e, conseqüentemente, muito menos evidente a identificação de uma parte considerada mais vulnerável. Assim, ainda que a discussão referente à arbitrabilidade parta da mesma premissa, ela se torna mais complexa, visto que requer uma análise caso a caso, de acordo com as circunstâncias e características específicas das partes e do contrato. No caso *American Express v. Italian Colors Restaurant*, por exemplo, a identificação da Italian Colors como a parte mais fraca não se dá automaticamente, em decorrência do papel exercido por ela na transação, mas sim a partir da análise do contrato e do desenvolvimento do caso.

Por fim, ainda não é possível afirmar se o *Arbitration Fairness Act de 2013* será de fato aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos. Considerando o princípio da observância de termos contratuais e a tendência pró-arbitragem observada no Direito norte-americano e extraída do FAA, muitos acreditam que o *Arbitration Fairness Act de 2013* tem poucas chances de ser aprovado⁵⁴. Ainda que o projeto seja aprovado, é impossível prever suas consequências acessórias e talvez até não anunciadas: em particular, se influenciará legislações similares em outros países. Entretanto, apesar de todas as incertezas, é seguro

⁵³ Pode-se dizer que os projetos legislativos que promovem uma análise caso a caso, de acordo com os termos específicos do contrato, impondo apenas certas restrições à arbitrabilidade sinalizam uma forma mais proporcional e construtiva de proteger partes vulneráveis e tendem a ser mais bem sucedidas (BORN, 2014, p. 1023).

⁵⁴ O principal site de monitoramento de projetos legislativos nos Estados Unidos, por exemplo, indica uma probabilidade de apenas 6% de promulgação do *Arbitration Fairness Act de 2013*.

afirmar que a questão é deveras controversa e está longe de ser definitivamente resolvida.

Referências

ALEMANHA. Alta Corte Regional de Thüringer (Thüringer OLG). *Caso nº 4 Sch 3/06*. 8 de agosto de 2007. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn91277&query=AND\(content%3A%22thuringia%22,content%3A%228%22,content%3A%22august%22,content%3A%222007%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn91277&query=AND(content%3A%22thuringia%22,content%3A%228%22,content%3A%22august%22,content%3A%222007%22)). Acesso em: 10/08/14.

ALEMANHA. Alta Corte Regional de Dresden. *Caso nº 11 Sch 01/05*. 20 de abril de 2005. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn80544&query=AND\(content%3A%22dresden%22,content%3A%2220%22,content%3A%22april%22,content%3A%222005%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn80544&query=AND(content%3A%22dresden%22,content%3A%2220%22,content%3A%22april%22,content%3A%222005%22)). Acesso em: 10/08/14.

BLANKE, Gordon. Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law. *Journal of International Arbitration*. Haia, v. 23, Issue 3, 2006.

BLANKE, Gordon; LANDOLT, Philip (eds.). *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Haia: Kluwer Law International, 2011.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2014.

Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, 1958. Original em inglês disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf. Acesso em: 12/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Arbitration Fairness Act, 2013. Disponível em: <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s878/text>. Acesso em: 12/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Federal Arbitration Act, 1925. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9>. Acesso em: 15/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Código Interno de Georgia, §9-9-2(c)(5). Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/hottopics/gacode/Default.asp>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Código Interno de Montana, §27-5-114. Disponível em: <http://law.justia.com/codes/montana/2013/title-27/chapter-5/part-1/section-27-5-114/>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Código de Prática Civil e Remédios do Texas, §171.002(a)(2). Disponível em: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/SDocs/CIVILPRACTICEANDREMEDIESCODE.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Sherman Antitrust Act, 1890. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>. Acesso em: 15/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Falências do Alabama, divisão oriental. *Knepp v. Credit Acceptance Corp. (In re Knepp)*. 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/alnb/8WRH/in-re-knepp/>. Acesso em: 10/08/2014.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Apelação de West Virginia. *Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.courtswwv.gov/supreme-court/docs/spring2012/35494-35546-35635.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co, Inc.* 20 de março de 1968. Disponível em: <http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>. Acesso em: 10/08/14

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 2 de Julho de 1995. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcse.pl?court=US&vol=473&invol=6141>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/1/>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Sétimo Circuito. *Baxter Int'l, Inc. v. Abbot Labs.* 16 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1361842.html>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.* 27 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Shearson/American Express v. McMahon.* 8 de junho de 1987. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=482&invol=220>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Décimo circuito. *Peterson v. Shearson/American Express, Inc.*, 1988;

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sels*, 1993.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *AT&T Mobility LLC v. Concepción*. 27 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Distrito de Columbia. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 11 de Agosto de 1965. Disponível em: http://www.leagle.com/decision/1965795350F2d445_1705.xml/WILLIAMS%20v.%20WALKER-THOMAS%20FURNITURE%20COMPANY. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte da Califórnia. *Discover Bank v. Superior Court*. 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1426696.html>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *American Express v. Italian Colors Restaurant*. 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133_19m1.pdf. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação. *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie de Papier (RAKTA)*, 1974. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/508/969/367069/>. Acesso em: 12/08/14.

FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn31227&query=AND\(content%3A%22cytec%22,content%3A%22v%22,content%3A%22snf%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn31227&query=AND(content%3A%22cytec%22,content%3A%22v%22,content%3A%22snf%22)). Acesso em: 10/08/14.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn25000>. Acesso em: 10/08/14.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993a. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16216&query=AND\(content%3A%22aplix%22,content%3A%22v%22,content%3A%22velcro%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16216&query=AND(content%3A%22aplix%22,content%3A%22v%22,content%3A%22velcro%22)). Acesso em: 10/08/14.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors*. 19 de maio de 1993b. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16134&query=AND\(content%3A%22labinal%22,content%3A%22v%22,content%3A%22mors%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16134&query=AND(content%3A%22labinal%22,content%3A%22v%22,content%3A%22mors%22)). Acesso em: 10/08/14.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

HOLANDA. Suprema Corte (Hoge Raad). *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV*. 25 de fevereiro de 2000. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN22033&query=AND\(content%3A%22eco%22,content%3A%22swiss%22,content%3A%22v%22,content%3A%22benetton%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN22033&query=AND(content%3A%22eco%22,content%3A%22swiss%22,content%3A%22v%22,content%3A%22benetton%22)). Acesso em: 10/08/14.

HOLANDA. Corte de Apelação de Haia. *Marketing Displays v. VR*. 24 de marco de 2005. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27051&query=AND\(content%3A%22marketing%22,content%3A%22displays%22,content%3A%22v%22,content%3A%22vr%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27051&query=AND(content%3A%22marketing%22,content%3A%22displays%22,content%3A%22v%22,content%3A%22vr%22)). Acesso em: 10/08/14.

IDOT, Laurence. The Round Table on Arbitration and Competition Claims, OECD. Arbitration and Competition. 26 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. International Law Association Report on Public Policy, 2002. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>. Acesso em: 12/08/14.

ITÁLIA. Corte de Apelação de Milão. *Terra Armata v. Tensacciai*. 5 de julho de 2006. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27916&query=AND\(content%3A%22terra%22,content%3A%22armata%22,content%3A%22v%22,content%3A%22tensacciai%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27916&query=AND(content%3A%22terra%22,content%3A%22armata%22,content%3A%22v%22,content%3A%22tensacciai%22)). Acesso em: 10/08/14.

ITÁLIA. Corte de Apelação de Bolonha. *Spa Coveme v. CFI*. 21 de dezembro de 1991. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4674&query=AND\(content%3A%22spa%22,content%3A%22coveme%22,content%3A%22v%22,content%3A%22compagnie%22,content%3A%22française%22,content%3A%22des%22,content%3A%22isolants%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4674&query=AND(content%3A%22spa%22,content%3A%22coveme%22,content%3A%22v%22,content%3A%22compagnie%22,content%3A%22française%22,content%3A%22des%22,content%3A%22isolants%22)). Acesso em: 10/08/14.

KIRRY, Antoine. Arbitrability: Current Trends in Europe. *Arbitration International*. Londres, v.12, n. 4, p. 379, 2006.

KURKELA, Matti et al. Certain Procedural Issues in Arbitrating Competition Cases. *Journal of International Arbitration*. Haia, v. 24, n.2, p. 189, 2007.

KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. (eds). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2013*. Viena: Austrian Yearbook on International Arbitration, 2013.

LANDOLT, Philipp. *Eco Swiss and its Ramifications*, 2012. Disponível em: http://www.landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2012/02/120130_VAD_PhLandolt_NotesReferences.pdf. Acesso em: 10/08/14.

LANDOLT, Phillip. *Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 – A Commentary*, 2006. Disponível em: <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/EBLR-19-1-Landolt1.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2009.

OECD Secretariat. *The Round Table on Arbitration and Competition Claims*, OECD. Key findings. 26 de outubro de 2010.

RADICATI DI BROZOLO, Luca. The Round Table on Arbitration and Competition Claims, OECD. Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators. 26 de outubro de 2010.

SUÉCIA, Lei de Arbitragem, §1(3). Disponível em: <http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-1999121.aspx>. Acesso em: 10/08/14.

SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Caso de 13 de novembro de 1998*. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn22035>. Acesso em: 10/08/14.

SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Societate belga v. Societate italiana*. 28 de abril de 1992. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn4469>. Acesso em: 10/08/14.

SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Tensacciai v. Terra Armata*. 8 de março de 2006. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27954&query=AND\(content%3A%22tensacciai%22,content%3A%22v%22,content%3A%22terra%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27954&query=AND(content%3A%22tensacciai%22,content%3A%22v%22,content%3A%22terra%22))

3A%22terra%22,content%3A%22armata%22). Acesso em: 12/08/14.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Roma. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/legislation/treaties/ec/art81_en.html. Acesso em: 10/08/14.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva da UE 93/13/EEC. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>. Acesso em: 15/08/14.