

## **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A ARBITRAGEM COMO MÉTODO PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PRIVADAS QUE ENVOLVAM MATÉRIA CONCORRENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

*Danilo Brum de Magalhães Júnior*

**Resumo:** Este trabalho visa analisar o uso da arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial, tendo como pano de fundo a legislação brasileira. Defende-se que, de modo geral, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial, embora haja excepcionalmente um apertado espaço para utilização no *public enforcement*. Assim, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE na proteção da concorrência como direito difuso.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Direito Concorrencial. Arbitrabilidade. Litígios. Private Enforcement.

### **Introdução**

Nas palavras de James Bridgeman, “*arbitration of competition law is the meeting of two black arts*”<sup>1</sup>. Significa dizer que o Direito Antitruste e o instituto da arbitragem são assuntos aparentemente contraditórios e incompatíveis, isto porque “a natureza pública do direito da concorrência e a especial importância dos seus princípios e finalidades tornam a sua arbitrabilidade questionável”<sup>2</sup>. Mais especificamente, a fim de cumprir com

---

<sup>1</sup> Tradução nossa: “Arbitrabilidade de leis concorrenciais é um encontro de duas artes negras”. (BRIDGEMAN, JAMES. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In: **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008, p. 147).

<sup>2</sup> TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 445.

seu objetivo de proteção ao mercado (livre iniciativa e livre concorrência), diz-se que o Direito concorrencial brasileiro tem caráter eminentemente público e é comumente associado à noção de ordem pública<sup>3</sup> sendo as normas de direito Concorrencial consideradas como normas imperativas.

Nessa esteira, a arbitragem, de um lado, é um método de solução de disputas oriundo de uma criação da autonomia privada, pois sua base é um acordo de vontade das partes para submeter um futuro ou atual litígio a um julgador privado, o árbitro, retirando os poderes do âmbito do juízo estatal<sup>4</sup>. De outro lado, o Direito Concorrencial, também chamado de Direito Antitruste<sup>5</sup>, pode ser entendido como um conjunto de normas que tem por

---

<sup>3</sup> Calixto Salomão Filho identifica a ordem concorrencial com o que chama de "Constituição Econômica" de um Estado, ou seja, o conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômico de um dado país. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, 1ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 37-38). Eros Grau, por sua vez, traz o conceito de "ordem pública econômica", a qual compreenderia o conjunto de medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012, p. 60). Cita também mais gente nesse sentido como Paula Forgioni e algumas decisões do CADE

<sup>4</sup> KOMMINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)>. Acessado em: 30 dez. 2017.

<sup>5</sup> Em que pese a multiplicidade de expressões aplicadas à matéria de defesa da concorrência (tais como: Direito Antitruste, Direito Concorrencial e Direito da Concorrência, por exemplo), houve preferência de utilização da expressão "Direito Concorrencial" no presente trabalho. Ressalta-se, contudo, que algumas será possível encontrar algumas citações diretas onde os autores utilizaram outras formas de expressão para designar o Direito Concorrencial. Registra-se que a expressão "Direito Antitruste" é derivada do que os norte-americanos chamam de *antitrust law*. Essa identificação ocorreu, acima de tudo, devido ao fato de que as mais repudiadas concentrações econômicas estavam estabelecidas na forma de truste, como, a exemplo, a *Standard Oil*. Então, como direta consequência da aversão a esses trustes, ocorreu a generalização do termo truste para qualquer tipo de concentração, surgindo a denominação *antitrust*. Apesar dessa generalização, esse tipo de concentração não era predominante, sendo que somente um menor número de concentrações ocorria na modalidade de truste. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 70).

objetivo corrigir eventuais falhas de mercado por meio da restrição de atos e práticas que cerceiem o processo concorrencial<sup>6</sup>. Ou seja, a autonomia privada, que cria a arbitragem, também pode estar sujeita ao controle do Estado por meio do Direito Antitruste<sup>7</sup>.

Os sistemas tradicionais de controle antitruste são públicos (*public enforcement*) e privados (*private enforcement*)<sup>8</sup>. A aplicação privada contribui para proteger a concorrência sadia de forma eficaz e eficiente, juntamente com a execução pública. Este meio de combate a ilícitos concorrenciais é bastante significativo nos Estados Unidos, mas é pouco utilizado no Brasil. Na prática, assim, o direito concorrencial é principalmente imposto pelas autoridades da concorrência, no caso do Brasil, nos termos da Lei 12.529/11, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e sujeitas à revisão do Poder Judiciário.

Apesar disso, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem surgir em relações jurídicas privadas, que tenham como matéria de fundo Direitos patrimoniais disponíveis, aptas a serem resolvidas pela arbitragem. É nessa intersecção entre o interesse público (concorrência) e o interesse privado (arbitragem) que reside a problemática do presente trabalho.

Uma das hipóteses para a intersecção entre o Direito concorrencial e a arbitragem é a identidade dos *players* que utilizam tal mecanismo de solução de controvérsias e que estão sob a supervisão dos órgãos de controle da concorrência. Explica-se: em razão dos elevados custos financeiros<sup>9</sup> que a

---

<sup>6</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

<sup>7</sup> KOMMINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)>. Acessado em: 30 dez. 2017, p. 3.

<sup>8</sup> Devido as origens e a influência do direito antitruste norte americano, costuma-se utilizar a palavra do inglês, *enforcement*, em referência a aplicação coercitiva do direito. Neste texto, utilizaremos como sinônimos as expressões *enforcement* e aplicação, no sentido de aplicação coercitiva do direito, ao longo do presente trabalho.

<sup>9</sup> Neste ponto, cabe fazer ressalva que estudos mais recentes utilizando ferramentas analíticas para dimensionar corretamente a problemática dos custos da Arbitragem demonstram que as diversas características do instituto da arbitragem devem ser analisadas de um ponto de vista da ciência econômica,

arbitragem pode demandar, verifica-se na prática<sup>10</sup> que ela vem sendo mais utilizada para resolução de negócios jurídicos de maior importância e de ampla complexidade técnica. Em razão destas características dos contratos que são levados à arbitragem, é comum que, por vezes, estes conflitos tenham como partes empresas de grande porte que possuam posição de destaque nas suas respectivas áreas de atuação (leia-se, poder de mercado ou operações econômicas sujeitas à supervisão concorrencial). Estas empresas, por seu turno, são exatamente os agentes econômicos cuja atuação, muito em razão de seu poder de mercado, é mais sensível aos olhos do Direito Concorrencial.

Estudos anteriores sobre a relação entre Arbitragem e Concorrência se restringiram a analisar, de regra, a arbitrabilidade de litígios que envolvam direito concorrencial<sup>11</sup>. Neste contexto, existe um entendimento doutrinário que permite a arbitrabilidade de conflitos privados que esbarrem na matéria concorrencial, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei

---

levando em conta os custos de transação e oportunidade. Desta forma, as empresas e agentes econômicos não devem restringir-se apenas em considerar os talvez elevados custos diretos e financeiros da arbitragem, mas fazer sempre uma avaliação para verificar se as suas características mencionadas irão de fato reduzir os custos de transação e oportunidade. Neste sentido: TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem A Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>10</sup> Neste sentido, à título exemplificativo, em março de 2017 foi publicado na imprensa que valor médio em disputas no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) cresceu 62% no ano de 2016. O valor médio saltou de R\$ 83 milhões em 2015 para R\$ 136 milhões em 2016. VALOR médio em disputas de arbitragens no CAM-CCBC cresce 62%. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mar. 2017. Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-25/valor-medio-disputas-arbitragens-cam-ccbc-cresce-62>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

<sup>11</sup> Muito embora exista hoje um início de debate acadêmico sobre utilização da arbitragem em matéria concorrencial, é fato que inexistem dados no Brasil sobre a suscitação de matéria concorrencial em procedimentos arbitrais domésticos, muito provavelmente pelo sigilo dos procedimentos arbitrais. Além disso, no desenvolvimento do presente trabalho, não foi encontrado nenhum registro de discussão como sobre o tema nos bancos de dados de acórdãos dos tribunais brasileiros (STJ, STF, TRF's e Tribunais Estaduais). Identificamos apenas os casos do CADE que serão tratados no presente trabalho.

12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96<sup>12</sup>.

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de já vir estimulando o debate sobre o tema em eventos científicos<sup>13</sup>, também vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração<sup>14</sup>.

E justamente por estar se proliferando a ideia de utilização de outros métodos de resolução de disputas para solucionar controvérsias concorrenciais é que existe a necessidade de se estudar as situações em que a utilização do instituto da arbitragem seria juridicamente possível para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrential no Direito brasileiro, evitando, inclusive, uma possível inversão da lógica de incentivos das normas de defesa da concorrência<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Esta, inclusive, foi nossa conclusão em trabalho de conclusão defendido nesta Escola de Direito em 2014. (MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014).

<sup>13</sup> Neste sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

<sup>14</sup> O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso "ICL-Bromisa" (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso "ALL-Rumo" (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso "BM&FBovespa-Cetip" (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso "AT&T-TimeWarner" (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>.

<sup>15</sup> Alexandre Cordeiro Macedo, neste sentido, destaca que "as normas de defesa da concorrência possuem uma estrutura de incentivos montada para estimular a concorrência e desestimular os agentes a praticarem atos anticompetitivos, de maneira que ao se julgar um caso concreto cujo resultado seja um *enforcement* imperfeito o operador da norma antitruste inverte sua estrutura de incentivos

Dentro deste contexto, o presente ensaio traz como problemática a utilização da arbitragem em questões relativas ao Direito Concorrencial. Mais especificamente, busca-se responder duas perguntas: (i) há possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como meio de resolução de disputas privadas, em alguma medida, esbarrem em questões concorrenciais? e (ii) qual é o limite da atuação do árbitro frente às autoridades estatais de defesa da concorrência?

## 2. A arbitralidade do direito concorrenciais brasileiro

O emprego da arbitragem somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam a sua utilização. Assim, não é qualquer litígio que está apto a ser resolvido por esse mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, mas somente aqueles que satisfaçam os requisitos de admissibilidade impostos pela lei.

De acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”<sup>16</sup>. Desta forma, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem, é necessário que estejam presentes as condições<sup>17</sup> para a arbitralidade subjetiva e para a arbitralidade objetiva<sup>18</sup>.

---

fornecendo um 'prêmio' ao suposto infrator e punindo aquele agente que pautou suas condutas pelos princípios da ordem econômica. Não é demais ressaltar que, intrínseco as situações de *enforcement* imperfeito, existe um alto custo social " (MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2014).

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>17</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitralidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 02 fev. 2018.

<sup>18</sup> Sobre o tema, cabe destacar uma crítica tecida por Cândido Rangel Dinamarco: “Pensando bem, e vendo esses conceitos fora da cultura dos arbitralistas, a arbitralidade não é objetiva nem subjetiva. Falar em arbitralidade é falar na suscetibilidade de dado conflito à solução arbitral, e nada mais. O que há de objetivo e de subjetivo são as causas excludentes da arbitralidade, de modo que, ocorrendo uma delas, o conflito deixa de ser arbitrável ainda quando a outra não

Nesse contexto, indaga-se como deverá um árbitro (ou mesmo as partes e advogados no desenho de suas cláusulas ou compromissos ou os centros de arbitragem), sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, portar-se em uma disputa na qual os litigantes tenham arguido, ainda que incidentalmente, questões relativas ao Direito Concorrencial, levando-se em consideração as características peculiares que distinguem esse ramo do Direito.

A arbitrabilidade subjetiva tem relação direta com a capacidade das partes de contratar, de assumir direitos e obrigações no universo jurídico<sup>19</sup>. Significa dizer que, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende da análise se as partes que pretendem utilizar a arbitragem: (i) firmaram convenção arbitral; (ii) podem ser atingidos pelos efeitos do compromisso arbitral; e (iii) se tais efeitos podem lhes ser opostos coercitivamente<sup>20</sup>.

---

ocorra. Se a falta da chamada arbitrabilidade objetiva, isso basta para que o conflito não seja arbitrável. Se faltar a arbitrabilidade subjetiva dá-se o mesmo. Só a arbitrabilidade objetiva, sem a subjetiva, não basta para que haja uma concreta arbitrabilidade. O mesmo quando só está presente a arbitrabilidade subjetiva e não a objetiva. Vendo as coisas dessa maneira, o que se percebe é uma delimitação objetiva e uma delimitação subjetiva da arbitrabilidade, de modo que um conflito só será arbitrável quando estiver cumulativamente contido no âmbito de uma e de outra. Mas essa linguagem conta com absoluta aceitação e é pacificamente praticada na teoria da arbitragem, não havendo razão para afastá-la. Vale somente a observação aqui dirigida por um não arbitralista ao espírito dos não arbitralistas em geral, como contribuição ao melhor entendimento daqueles conceitos segundo uma boa lógica verbal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76). No mesmo sentido é a crítica de Diego Franzoni, o qual destaca que: “[...] em nossa opinião, a primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem é absolutamente inútil. Seu efeito prático consiste em repetição desnecessária de regras sobre capacidade, representação e assistência do Código Civil. É evidente que aqueles que são capazes de contratar podem se valer da arbitragem, seria um contrassenso se não pudessem. Ademais, mesmo por um ângulo objetivo, essa disposição não tem qualquer relevância, porque a transacionabilidade de um direito (capacidade de contratar sobre ele) também não é critério para arbitrabilidade objetiva.” (FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.77-78).

<sup>19</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

<sup>20</sup> FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78

Neste ponto, quando estamos diante de entes privados, a questão é saber se, em primeiro lugar, as partes que pretendem utilizar a arbitragem para resolver alguma disputa que envolva matéria concorrencial firmaram convenção arbitral. Ela pode ser uma cláusula compromissória contida em instrumento contratual existente entre as partes ou em acordo firmado com o CADE ou, ainda, um compromisso arbitral, por exemplo.

Por fim, deve-se analisar se os efeitos do compromisso arbitral podem ser opostos às partes coercitivamente, caso uma delas se recuse a se submeter à arbitragem. No caso, deve-se analisar se as partes tinham aptidão para o exercício do direito de contratar no momento da pactuação do compromisso arbitral e se inexistiam quaisquer hipóteses de incapacidades relativas ou absolutas.

Já com relação à arbitrabilidade objetiva, diferentemente de outros países, a legislação brasileira não previu de forma expressa a vedação *per se* de arbitragem envolvendo temas de ordem pública<sup>21</sup>. Neste sentido, Ricardo de Carvalho Aprigliano ressalta que é um equívoco afirmar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável. Para o autor, a origem da confusão que existe está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados. Segundo o autor, "Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos

---

<sup>21</sup> São 3 as referências à "ordem pública" na Lei nº 9.307/96, mas nenhum desses dispositivos diz respeito à arbitrabilidade:

I. O artigo 2º, §1º, o qual limita-se a impedir a escolha de regras que violem a ordem pública;

II. O inciso II do artigo 39, o qual, por sua vez, dispõe não ser passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça uma sentença arbitral estrangeira proferida em ofensa à ordem pública nacional; e

III. O parágrafo único do mesmo artigo 39, o qual afasta a possibilidade de alegação de ofensa à ordem pública em matéria de citação. Nenhum desses dispositivos diz respeito à arbitrabilidade.

Assim, a ordem pública no critério adotado pelo direito brasileiro serve como "um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade do litígio. Ou seja, a imperatividade *per se* não é um óbice à submissão do litígio à arbitragem, já que o árbitro poderá aplicar tais normas durante o transcurso do procedimento.



indisponíveis"<sup>22</sup>. Pedro Batista Martins, no mesmo sentido, adverte que é um engano considerar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável, pois “ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível”<sup>23</sup>.

Desta forma, não há, *per se*, uma exclusão de matérias que interessem à ordem pública do litígio arbitral.<sup>24</sup> Nessa esteira, nos termos do artigo 1º da LBA, o campo da arbitrabilidade é definido no direito brasileiro em função da patrimonialidade e da disponibilidade dos direitos em discussão.

O problema reside no fato de que: (i) o Direito Concorrencial brasileiro, é regulado pela Lei 12.529/11, considerada imperativa e de ordem pública com o objetivo de tutelar direitos difusos, pertencentes à coletividade, extrapolando, portanto, a órbita individual. Em outras palavras, trata-se de um direito de todos, mas de ninguém individualizadamente; e (ii) o conteúdo imediato do Direito Antitruste não é de natureza patrimonial, de maneira que, além de ultrapassar a esfera individual, não podem os litigantes transigir sobre os direitos.

Assim, tendo-se em vista que o legislador brasileiro optou que só podem ser objeto de arbitragem no Brasil os “direitos patrimoniais disponíveis”, poder-se-ia chegar à conclusão lógica de que foge aos domínios de uma arbitragem substituir-se às autoridades, administrativas ou judiciais, na aplicação do Direito da Concorrência, uma vez que o Estado reservou o papel de guardião de uma determinada ordem econômica ao Tribunal Administrativo do CADE ou ao Poder Judiciário.

No entanto, como vimos, não se pode ignorar que os agentes econômicos sempre devem ser vistos como responsáveis pelas consequências

---

<sup>22</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 53.

<sup>23</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

<sup>24</sup> Ressalta-se que, no mesmo sentido da autora, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney destacam que “a lei brasileira não exclui as ‘matérias de ordem pública’ do objeto possível de um procedimento arbitral”. (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. **Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral**. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). *Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003)

prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem, inclusive quando ilícitas à luz do Direito Antitruste. Ou seja, embora o Direito Antitruste, em sua essência, proteja a coletividade contra desvios (abusos) no mercado, seria inaceitável imaginar que o prejuízo individual (cliente, concorrente, consumidor) pudesse ser inteiramente subsumido, em termos privados, à sanção administrativa.

Desta forma, evidente que a defesa da concorrência não se faz apenas no âmbito do CADE<sup>25</sup>. Por este motivo, o artigo 47 da lei 12.529/11 legitima que os sujeitos prejudicados, com efeitos na esfera privada, por infração à ordem econômica possam pleitear na esfera judicial, visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática da infração.

Assim, nos termos da Lei 12.529/11, portanto, tem-se que a tutela administrativa do Direito Antitruste não esgota as ações em face dos infratores da legislação concorrencial, especialmente para o ressarcimento de cada indivíduo lesado, ou seja, enquanto o Processo Administrativo perante o CADE tem como objeto a imposição de multa por infração administrativa, a ação judicial visa à reparação dos danos causados ou a cessação da conduta.

Enquanto a aplicação direta do Direito Antitruste perante o CADE visa a proteção de direitos da coletividade, o prejudicado que busca reparação de seus prejuízos, com fundamento no artigo 47 da lei 12.529/11, está em defesa de um direito individual ou individual homogêneo<sup>26</sup>.

No que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, portanto, à luz do artigo 47 da Lei Antitruste brasileira, observa-se que não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96. A indisponibilidade do Direito Concorrencial, portanto, “encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

<sup>26</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31.

<sup>27</sup> ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem**

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração<sup>28</sup>.

No âmbito acadêmico, encontrou-se pelo menos 9 publicações discutindo arbitrabilidade objetiva do Direito concorrencial brasileiro, sendo que todos os autores foram enfáticos a confirmarem a arbitrabilidade. O quadro abaixo resume o posicionamento dos autores.

Figura 3 – Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial Brasileiro

AUTOR / ANO PUBLICAÇÃO	ARBITRABILIDADE OBJETIVA DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO
Pedro Paulo Salles Cristofaro, e Rafael de Moura Rangel Ney (2003)	"há uma forte inclinação em atribuir-se aos árbitros a competência para decidir controvérsias que envolvam a aplicação de normas de Direito da Concorrência"
José Gabriel Assis de Almeida (2008)	"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 pública brasileira"
Isabel Vaz (2009)	"Não existem, ao que se sabe, precedentes no Direito Brasileiro, embora, <i>en passant</i> , alguns arbitralistas, ao discorrerem sobre a arbitragem, se refiram à possibilidade do recurso a essa jurisdição para solucionar questões antitruste"
Daniela Gabbay, e Ricardo Pastore (2014)	No que diz respeito à violação à ordem econômica, poder-se-ia pensar à primeira vista que tal matéria seria indisponível, o que também não é verdade, especialmente quando se está tratando de demandas reparatórias ajuizadas pelas partes prejudicadas para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, o que pode ocorrer independentemente do inquérito ou processo administrativo (tal como previsto no art. 47 da Lei n. 12.529/2011)
Danilo Brum de Magalhães Júnior (2014)	Ocorre, no entanto, que o Direito da Concorrencial brasileiro, embora público na sua natureza, gera direitos cujos titulares são particulares ou situações jurídicas que podem ser tuteladas ou exercidas por privados, havendo, nestas hipóteses, grandes indícios acerca da possibilidade jurídica de aplicação de normas de Direito antitruste pelo juízo arbitral no contexto brasileiro, desde que haja um compromisso arbitral entre as partes.
Bruno Bastos Becker (2015)	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 (...)
Rodrigo Camargo Cavalcanti (2015)	A ausência de previsão legal sobre a utilização da arbitragem pelo CADE não se mostra, enfim, nenhum obstáculo, já que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional o impede de fazê-lo
Yane Dantas (2017)	A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral
Lucas Moreira Jimenez (2017)	Em vista disso, a doutrina brasileira é praticamente uníssona em reconhecer que, por maioria de razão, aqueles legitimados a pleitear reparação por infração à ordem econômica na esfera judicial estão igualmente legitimados a recorrer à esfera arbitral.

Fonte: Elaborado pelo autor<sup>29</sup>.

### **Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 203

<sup>28</sup> O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso "ICL-Bromisa" (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso "ALL-Rumo" (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso "BM&FBovespa-Cetip" (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso "AT&T-TimeWarner" (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>.

<sup>29</sup> Os posicionamentos foram retirados das obras a seguir listadas: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo

Verifica-se, portanto, que apesar da questão da arbitrabilidade do Direito Concorrencial não ter sido objeto de intenso debate no Judiciário brasileiro, muito possivelmente porque o contencioso envolvendo matéria concorrencial ainda é incipiente no Brasil<sup>30</sup>, há um claro sinal por parte da

---

Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; 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; VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 16. São Paulo, 2009, p. 353-385; GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014; MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014; BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf)>. Acessado em: 03 fev. 2018; CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015; DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, pp. 231-246, 2017; JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

<sup>30</sup> Esta foi a conclusão alcançada no relatório sobre o Brasil que integrou outro estudo da OCDE sobre o *enforcement* privado do Direito Concorrencial – *Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*. Uma das razões apontadas pelo relatório é a falta de familiaridade de juízes com a matéria em questão, que ainda impera no judiciário brasileiro: “Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages.” (ORGANIZAÇÃO

doutrina e da autoridade concorrencial do Brasil no sentido de ser possível a utilização do procedimento arbitral no direito antitruste<sup>31</sup>, sendo até recomendável por parte da autoridade concorrencial o fomento de tal prática, em razão dos benefícios dela advindos<sup>32</sup>. 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>33</sup>.

Portanto, no atual panorama da legislação brasileira, é possível concluir pela possibilidade jurídica de utilização da arbitragem (arbitrabilidade) para resolução de conflitos privados, que em alguma medida esbarram em questões concorrenciais, cabendo ao árbitro, na análise do caso em concreto, analisar, ainda, se a disputa travada entre as partes está no escopo da convenção de arbitragem por elas firmada.

### *2.1 Os limites da atuação do árbitro em face das autoridades estatais de defesa da concorrência*

Verificada a possibilidade jurídica de utilização da arbitragem (arbitrabilidade) para resolução de conflitos privados, que em alguma medida esbarram em questões concorrenciais, questiona-se qual é o limite entre as esferas de competência do árbitro e das autoridades de defesa da concorrência? Definir a linha demarcatória entre a jurisdição exclusiva das

---

PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. **Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil**. Paris, 2015, p. 3. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em 30 jan. 2018).

<sup>31</sup> BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, nº 2, 2015. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf)>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 242.

<sup>32</sup> Neste sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

<sup>33</sup> DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p.162.

autoridades estatais e a esfera de competência do árbitro nem sempre é tão evidente.

A OCDE, nas conclusões do relatório da pesquisa sobre Arbitragem e Concorrência concluiu que “um árbitro não pode impedir autoridades de concorrência de exercerem seus próprios poderes para fazer cumprir o direito da concorrência”<sup>34</sup>. Para a OCDE, o árbitro “só pode intervir para determinar as consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial”<sup>35</sup>.

Significa dizer que, na prática, de maneira geral, o árbitro pode determinar consequências de direito civil pela violação do direito concorrencial por uma das partes<sup>36</sup> (*ex post allocation* ou controle de condutas), excluindo do escopo do árbitro matérias de *public enforcement*<sup>37</sup>. Ou seja: o árbitro não pode investigar e punir uma conduta de cartel e impor aos seus participantes multas em benefício da sociedade, mas somente determinar o ressarcimento de uma parte lesada pelos danos sofridos em razão da prática anticompetitiva<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> No original: “[...] an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11).

<sup>35</sup> No original: “[...] arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11).

<sup>36</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11

<sup>37</sup> PINTO, Débora. *The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process*. Tese de Mestrado, Maastricht University, 2016, p. 7.

<sup>38</sup> Neste sentido: “o árbitro pode decretar a nulidade de um acordo contrário às regras de ordem pública da concorrência, mas ele não pode determinar a aplicação de multas em razão da violação da legislação antitruste” (GONÇALVES, Eduardo

Existe a discussão acerca da possibilidade do árbitro de, além de aplicar as sanções pecuniárias de ordem civil, reconhecer a contrariedade de determinada conduta com o Direito Concorrencial, determinando a invalidade/nulidade de contrato ou cláusula com base neste julgamento. Aqui, a solução parece ser largamente positiva, na medida em que é permitido às cortes estatais reconhecer em ilicitude de condutas em caráter incidental, não havendo razão para se entender em sentido diverso com relação ao juízo arbitral.<sup>39</sup>

Os árbitros ainda detêm um espaço, embora muito limitado, para aplicação *ex ante allocation* do Direito Concorrencial<sup>40</sup> (controle de estruturas). A competência exclusiva do CADE no âmbito de um sistema de notificação prévia de operações afasta a possibilidade de envolvimento da arbitragem para o controle preventivo<sup>41</sup>. Mas isso não impede que haja um espaço para aplicação do instituto da arbitragem no controle de condutas, especificamente atribuído e delineado pelo CADE para cumprimento de obrigações contidas em Acordos de Atos de Concentração ou Termo de Cessação de Condutas.

---

Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 153). No mesmo sentido é o entendimento de JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 229.

<sup>39</sup> IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 59.

<sup>40</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11

<sup>41</sup> IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 58.

De modo geral, portanto, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *enforcement* privado do Direito Concorrencial, embora haja um apertado espaço para utilização no *enforcement* público, o que é normalmente incentivado pelo SBDC<sup>42</sup>. De fato, entende-se que uma cultura disseminada de “litígio concorrencial” funciona como um importante desestímulo à prática ou tolerância de condutas anticompetitivas, colaborando para o fortalecimento da ordem concorrencial como um todo, com os conhecidos benefícios resultantes para a sociedade.

Dentro deste contexto, entende-se que o árbitro pode reconhecer e aplicar as consequências civis de uma violação ao Direito Concorrencial, sem tratar de leis e matérias que resvalam na esfera administrativa ou criminal da disciplina, isto porque, o árbitro só pode atuar naquilo que não interfira com a jurisdição exclusiva da autoridade de defesa da concorrência.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Este entendimento foi expressado pelo CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, de relatoria do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, que apurou a existência de um cartel no setor de gases medicinais e condenou as empresas envolvidas ao pagamento de multas que totalizaram R\$ 2,3 bilhões: “Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdição estrangeiras. Nos Estados Unidos, onde a lei estabelece que os prejudicados por um cartel têm [sic] direito a um valor equivalente a três vezes a indenização ordinariamente cabível, a litigância privada já se transformou em peça chave de política de defesa da concorrência no país. Trata-se de mais um desestímulo à infração da lei. No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?K\\_OXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIFRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9ATHgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O\\_hzzvf9\\_Dn](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K_OXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIFRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9ATHgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn)> Acesso em 13 jan. 2018.).

<sup>43</sup> IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 58.



Assim, um árbitro não pode impedir autoridades do SBDC (ou do Ministério Público e Poder Judiciário em caso de crime) de exercerem seus próprios poderes sancionatórios para fazer cumprir o direito da concorrência em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica (esfera administrativa ou criminal). A esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE. Além disso, os árbitros devem observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei 12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.

Conclui-se parcialmente, portanto, que há uma complementaridade entre o poder do SBDC e o poder do árbitro. O primeiro (SBDC) possui monopólio da aplicação de sanções administrativas por violação à ordem econômica, mas não com relação às consequências civis, que são exercidas pelos “prejudicados” perante o Poder Judiciário ou arbitragem.

### **3. Conclusão**

O presente trabalho voltou-se a investigar a adequação da arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial de acordo com a legislação brasileira.

Mais especificamente, buscou-se responder duas perguntas: (i) há possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como meio de resolução de disputas privadas que, em alguma medida, esbarrem em questões concorrenciais? e (ii) qual é o limite da atuação do árbitro frente às autoridades estatais de defesa da concorrência?

Viu-se que, apesar de o Direito concorrencial brasileiro ter caráter eminentemente público e ser comumente associado à noção de ordem pública - vez que as normas de direito Concorrencial são consideradas como normas imperativas -, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem surgir em relações jurídicas que possuam convenção de arbitragem. Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de já vir estimulando o debate sobre o tema em eventos científicos, também vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração.

Analisando o trabalho como um todo, pôde-se concluir que:

1. Para análise da arbitrabilidade subjetiva do direito concorrencial no direito brasileiro:

**1.1** Em primeiro lugar, é necessário verificar se as partes que pretendem utilizar a arbitragem para resolver alguma disputa que envolva matéria concorrencial firmaram convenção arbitral. Ela pode ser uma cláusula compromissória contida em instrumento contratual existente entre as partes ou em acordo firmado com o CADE ou, ainda, um compromisso arbitral, por exemplo.

**1.2** Em segundo lugar, deve-se analisar se as partes tinham aptidão para o exercício do direito de contratar no momento da pactuação do compromisso arbitral e se inexistiam quaisquer hipóteses de incapacidades relativas ou absolutas.

2. Com relação à arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial no direito brasileiro:

**2.1** A experiência do Direito comparado demonstra que litígios relativos a direitos com regimes de ordem pública são inarbitráveis *per se*.

**2.2** No que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, à luz do artigo 47 da Lei Antitruste brasileira, não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96. A indisponibilidade do Direito Concorrencial, portanto, encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual.

De modo geral, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial, embora haja um apertado espaço para utilização no *public enforcement*, o que vem sendo incentivado pelo CADE. Dentro deste contexto, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE. Além disso, os árbitros devem observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei

12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem; e

O limite do poder dos Tribunais arbitrais, neste contexto, está exatamente nas esferas de competência constitucional e legal das autoridades do SBDC (ou do Ministério Público e Poder Judiciário em caso de crime) de exercerem seus próprios poderes sancionatórios para fazer cumprir o direito da concorrência em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica (esfera administrativa ou criminal).

A finalidade da arbitragem, portanto, não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência, porquanto a arbitragem presta-se a trazer ao árbitro - terceiro independente - uma discussão parametrizada por premissas privadas e que, apenas em última instância podem vir a impactar a concorrência como um todo. Em outras palavras, a arbitragem é uma ferramenta para dar efetividade às decisões da autoridade antitruste e desestimular práticas anticompetitiva que possam ser geradas pela concentração. As decisões arbitrais, nesse contexto, são para questões privadas, sendo que eventual análise sobre atos de concentração ou infração à ordem econômica não substituem a possibilidade de análise e sanção pela autoridade antitruste na defesa dos interesses difusos.

### 3. Referências bibliográficas

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.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf)>. Acessado em: 03 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRIDGEMAN, JAMES. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In: **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo - um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015;

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, pp. 231-246, 2017;

DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals Second Circuit. American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.* 391 F.2d 821. Disponível em: <<http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>>. Acessado em: 18 jan. 2018

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Supreme Court. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>>. Acessado em: 17 jan 2018.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n° 2, novembro 2013, pp. 11-31.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, n° 2, Novembro 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. In **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 4, n° 6, p. 87-89, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência – Origem Histórica e Base Constitucional, in: **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 2, pp. 65-74.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: *Kluwer Law International*, 1999.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158.

FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012.

HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3º ed. West Group, 2005.

IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível

em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 set. 2018, p. 58.

JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

KOMMINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)>. Acessado em: 30 set. 2017.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 02 set. 2018.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2014.

MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 set. 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016

PINTO, Débora. *The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process*. Tese de Mestrado, Maastricht University, 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Viaje por R\$ 50,00: Promoção ou Preço Predatório? A Revolução Antitruste no Brasil 2: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. Ed. Singular, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem A Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 16. São Paulo, 2009, p. 353-385.

WILLIAMSON, Oliver E. Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.