

A Arbitragem e o Direito da Concorrência

DANIEL COSTA CASELTA

1. Introdução

O presente artigo examinará a interação entre o direito da concorrência e o instituto da arbitragem, com ênfase na discussão acerca da arbitrabilidade de conflitos relacionados às normas de defesa da concorrência.

A arbitragem consiste em meio alternativo de solução de controvérsias, segundo o qual determinada disputa é solucionada em caráter definitivo por um terceiro, que não faz parte dos órgãos jurisdicionais estatais e recebe seus poderes de uma convenção privada.¹

O fundamento da arbitragem é a autonomia da vontade, a qual, contudo, não é ilimitada. Por razões de interesse público, os diferentes ordenamentos jurídicos impõem que determinados conflitos – em razão das partes envolvidas ou da natureza da matéria controvertida – devam permanecer sob

1. Segundo Carlos Alberto Carmona, a arbitragem constitui “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”. O autor esclarece ainda que “a terminologia tradicional, que se reporta a ‘meios alternativos’ parecer estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos” (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-32).

competência exclusiva do Poder Judiciário.² De qualquer modo, observa-se, tanto no Brasil como no cenário internacional, uma ampliação das matérias passíveis de serem resolvidas por arbitragem, num fenômeno chamado de expansão da arbitrabilidade.³

Em uma primeira análise, pode-se dizer que o direito da concorrência e o instituto da arbitragem possuem naturezas bem distintas: como adiantado, a arbitragem é informada pelo princípio da autonomia da vontade, ao passo que o direito concorrencial se destaca pela presença de normas de ordem pública que visam, sobretudo, proteger a concorrência e o sistema econômico como um todo.⁴

Não obstante essas diferenças, o fato é que a arbitragem costuma ser utilizada, sobretudo, para dirimir controvérsias entre empresas de grande porte, as quais são justamente as mais suscetíveis de se envolverem em questões relacionadas ao direito antitruste, razão pela qual não é incomum que a

2. João Luiz Lessa Neto esclarece que “a arbitrabilidade pode ser definida como a aptidão de determinada matéria ou entidade de ser julgada pela arbitragem. Há questões e entidades que apenas podem ser julgadas pelo Poder Judiciário. Assim, é possível falar em arbitrabilidade em sentido objetivo para designar o que (quais matérias) pode ser julgado por arbitragem e em sentido subjetivo relacionando-se com quem pode se submeter a arbitragem” (*Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 116)
3. De acordo com Alexis Mourre “it is generally acknowledged that states may set restrictions to the parties’ right to enter into an arbitration agreement with respect to certain types of disputes touching upon sensitive public policy issues that the state wishes to remain in national courts’ exclusive jurisdiction. (...) There has been, in the last three decades, a general trend towards the expansion of the category of arbitrable disputes. (...) As arbitration became the normal means of solving business disputes, restrictions to arbitrability tended to diminish or even disappear. One could say that the greater confidence placed upon arbitration as a means of dispute resolution, the wider the domain of arbitrability becomes” *Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives*. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International, 2011, p. 6).
4. Laurence Idot escreve que “at first glance, the two branches of law are opposite. Competition law is dominated by public order while, in contrast, arbitration law is dominated by the principle of will. This explains why, initially, the competition authorities were for a long time wary and reluctant vis-à-vis arbitration as method of dispute resolution” (*Arbitration and Competition*. In: OCDE. *Arbitration and Competition*, 2010. p. 56. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017).

aplicação das normas de defesa da concorrência seja suscitada no âmbito de procedimentos arbitrais.⁵

Nesse contexto, o presente artigo examinará inicialmente a evolução da discussão sobre arbitrabilidade de questões concorrenciais no direito estrangeiro (Estados Unidos e Europa) e, em seguida, estudará o tema à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, com apoio em pesquisa jurisprudencial, serão analisados exemplos de litígios envolvendo a aplicação de normas de defesa da concorrência, avaliando-se a potencial arbitrabilidade de tais litígios.

Trata-se de tema de inegável importância, o qual é objeto de discussão há várias décadas no direito estrangeiro e que somente nos últimos anos – em razão da ampliação da utilização da arbitragem e da importância crescente atribuída ao direito concorrencial – tem despertado a atenção dos operadores do direito no Brasil.

2. Panorama da evolução da discussão no direito estrangeiro

O debate acerca da arbitrabilidade de questões antitruste teve desenvolvimento semelhante nos Estados Unidos e na Europa. Após um período em que se entendia que quaisquer litígios relacionados ao direito antitruste somente poderiam ser solucionados no âmbito do Poder Judiciário, passou-se a reconhecer a arbitrabilidade de determinadas disputas envolvendo a matéria.

No direito norte-americano, até meados de década de 1980, prevalecia o entendimento de que as questões concorrenciais não podiam ser submetidas ao juízo arbitral. Até então, os tribunais entendiam, em síntese, que as contro-

5. Sobre o assunto, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney escrevem que “embora não haja nenhum impedimento a que litígios de pouca monta sejam objeto de arbitragem, é incontestável que, em todo o mundo, a arbitragem vem sendo utilizada sobretudo em relação a contratos de maior complexidade, tornando-se o modo habitual de dirimir conflitos relacionados a temas como comércio internacional, joint ventures, transferência de tecnologia, etc. Não por acaso, em razão da complexidade e importância das questões mais comumente submetidas à arbitragem, é normal que os procedimentos arbitrais tenham como partes empresas de grande porte, com interesses que superam as fronteiras de um único país e com posição de destaque nas respectivas áreas de atuação. Essas empresas de grande porte, por seu turno, são exatamente aquelas cuja atuação é mais sensível no que diz respeito a outro ramo do direito que, nos últimos anos, vem tendo importância crescente no Brasil: o ‘Direito Antitruste’ ou ‘Direito da Concorrência’” (Possibilidade de Aplicação de Normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333-334).

vérsias relacionadas ao direito antitruste não envolvem apenas os interesses particulares das partes, tendo o potencial de afetar a economia como um todo, razão pela qual não poderiam ser dirimidas por arbitragem.⁶

Esse posicionamento prevaleceu até 1985, quando a Suprema Corte norte-americana, ao proferir decisão no caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, entendeu que uma disputa envolvendo o direito antitruste relacionada ao rompimento de um contrato internacional de distribuição no mercado automobilístico poderia ser solucionada por arbitragem.⁷

Embora o precedente em questão tenha sido proferido no âmbito de controvérsia envolvendo uma arbitragem internacional, o posicionamento em favor da arbitrabilidade de questões concorrenciais foi posteriormente estendido pelos tribunais norte-americanos às arbitragens domésticas.⁸

6. Veja-se, a respeito, o entendimento manifestado na decisão proferida no caso *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*: “A claim under the antitrust laws is not merely a private matter. The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public’s interest. (...) Antitrust violations can affect hundreds of thousands – perhaps millions – of people and inflict staggering economic damage. (...) We do not believe that Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in the courts.” (*American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit – 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)).
7. US Supreme Court, *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).
8. A respeito da evolução dos precedentes norte-americanos no sentido de aplicar, com relação às arbitragens domésticas, o entendimento adotado no caso *Mitsubishi*, veja-se: “A year later, a Pennsylvania district court extended the Mitsubishi holding to domestic antitrust disputes. In *Genna v. Foot International*, the court concluded that the Mitsubishi rationale was even more compelling in domestic disputes where arbitrators benefit from greater exposure to the virtues of free competition. The Supreme Court agreed. In *Shearson/American Express v. McMahon*, the Court, relying heavily on Mitsubishi, held that both RICO claims and claim brought under Section 10(b) of the Securities Exchange Act of 1934 are subject to arbitration. Since *McMahon*, the courts generally have applied Mitsubishi to permit arbitration of purely domestic antitrust disputes” (AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*. 6. ed. ABA Section of Antitrust Law, 2007, v. I, p. 999-1000). Sobre o mesmo tema, Laurence Idot esclarece: “Despite the ratio decidendi of the Mitsubishi ruling, which was clearly geared towards international arbitration, the lower courts have generally agreed to implement domestic arbitration as a solution” (*Arbitration and Competition cit.* p. 56).

De todo modo, a jurisprudência norte-americana reconhece que há matérias envolvendo o direito antitruste que são de competência exclusiva das autoridades de defesa da concorrência ou do Poder Judiciário, como, por exemplo, a aplicação de multas e a imposição de sanções criminais. Entende-se que os tribunais arbitrais têm competência para decidir sobre as consequências privadas relacionadas ao direito antitruste, como a condenação de infratores a pagarem indenizações e a cessarem práticas ilícitas, bem como a declaração de invalidade de contratos por infringirem a legislação antitruste.⁹

Na Europa, a arbitrabilidade de questões antitruste, após um período em que foi objeto de resistência em algumas jurisdições, passou a ser amplamente aceita. Na França, por exemplo, a jurisprudência por muitos anos impôs restrições à arbitrabilidade de questões antitruste, sob o fundamento de se tratar de matéria de ordem pública. Tal entendimento, contudo, veio a ser modificado pelos tribunais judiciais franceses, que passaram a admitir a possibilidade de os tribunais arbitrais condenarem infratores ao pagamento de indenizações e declararem a nulidade de contratos com fundamento nas normas de defesa da concorrência.¹⁰

Assim como ocorre no direito norte-americano, também se reconhece na Europa que determinadas matérias envolvendo o direito antitruste não podem ser resolvidas por arbitragem, como, por exemplo, a aplicação de multas e de sanções criminais, que constituem competência exclusiva das autoridades concorrenciais e do Poder Judiciário.¹¹

9. Veja-se o esclarecimento de Alexis Mourre acerca da jurisprudência norte-americana: “An arbitral tribunal would obviously have no power to take decisions of a public nature, such as fines or criminal sanctions. Those sanctions are within the exclusive power of competition agencies, public offices, and courts. (...) What an arbitral tribunal can do is to draw the civil consequences of a violation of antitrust laws, by enjoining a party to cease violating the other’s rights, awarding damages, or invalidating the contract” (Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration: a handbook for practitioners*. Kluwer Law International, 2011, p. 29).
10. Nathalie Jalabert-Doury esclarece que “the Paris Court of Appeal has ruled that arbitrators have jurisdiction to decide upon the existence and consequences of an infringement of EC and national competition law” (France. In: FOER, Albert A.; CUNEO, Jonathan W. (Org.). *The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 321).
11. Servando sobre a experiência europeia, Alexis Mourre defende que “it is now settled law that arbitrators can apply antitrust rules to award damages or to ascertain that a contract is null and void for breach of competition law. (...) It is

3. Arbitrabilidade de questões concorrenciais no direito brasileiro

Após o breve exame da experiência estrangeira, passa-se a analisar a arbitrabilidade de matérias envolvendo o direito da concorrência à luz do direito brasileiro.

3.1 *A arbitragem no direito brasileiro e os limites para a arbitrabilidade de disputas*

A Lei n. 9.307/96, conhecida como Lei da Arbitragem, define, em seu art. 1º, quais tipos de litígio podem ser solucionados por arbitragem no direito brasileiro, estabelecendo que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Da análise do dispositivo, verifica-se que o primeiro requisito para a submissão de um litígio à arbitragem diz respeito à capacidade de contratar das partes (a chamada arbitrabilidade subjetiva). O segundo requisito, por sua vez, relaciona-se com a natureza do direito envolvido (a chamada arbitrabilidade objetiva), reservando-se a arbitragem para a solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, quais sejam, os direitos que tenham expressão econômica e que possam ser objeto de renúncia ou transação.¹²

Em geral, são tidas como não arbitráveis as questões relacionadas ao direito de família (em especial aquelas envolvendo questões de estado das pessoas), direito das sucessões e direito penal, dentre outras. Não obstante, ainda que se trate de direito indisponível, entende-se que as consequências patrimoniais relacionadas a tais disputas – por exemplo, o valor de indenização em caso de responsabilidade civil decorrente de conduta criminosa – podem ser objeto de arbitragem.¹³

beyond doubt, conversely, that an arbitral tribunal could not take any decision that falls under the exclusive jurisdiction of a national court or a competition authority. Courts and competition authorities, as a matter of fact, are vested with exclusive powers to take decisions of an administrative or criminal nature in the name of the public interest” (Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives cit., p. 43).

12. Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney, Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 336.
13. Veja-se a lição de Carlos Alberto Carmona: “De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relacionadas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos),

Como se verá no tópico seguinte, essa distinção entre os direitos indisponíveis e suas consequências estritamente patrimoniais será de grande importância na análise da arbitrabilidade de questões envolvendo direito da concorrência.

3.2 O direito da concorrência e a arbitrabilidade de questões concorrenciais

No direito brasileiro, a defesa da concorrência é assegurada pelo art. 173, § 4º da Constituição Federal.¹⁴ Em âmbito infraconstitucional, a Lei n. 12.529/2011, também conhecida por Lei de Defesa da Concorrência, disciplina as competências do CADE, autarquia federal que tem por objetivo, em síntese, exercer o controle prévio de atos que possam resultar em concentração econômica (o chamado *controle de estruturas*), bem como reprimir as infrações à ordem econômica e impor as respectivas penalidades (o chamado *controle de condutas*).¹⁵

O art. 1º, parágrafo único, da Lei de Defesa da Concorrência dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”, entendendo-se que o objeto primário de proteção do direito concorrencial seja a própria *concorrência*,¹⁶ e não os concorrentes, consumidores ou eventuais partes prejudicadas diretamente.

aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes. Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as consequências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador da conduta anti-jurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso” (*Arbitragem e processo...* cit., p. 38-39).

14. “Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.
15. Sobre o tema, *vide*: Paula Andrea Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
16. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75-81.

A defesa da concorrência também é objeto da Lei n. 8.137/90 (Lei de Crimes Econômicos), a qual define os crimes contra a ordem econômica, estabelecendo que determinadas infrações concorrenciais – notadamente a prática de cartel¹⁷ – constituem crime e ficam sujeitos à pena de reclusão.¹⁸

Nesse contexto, tendo em vista a restrição da arbitragem aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, questiona-se se é possível a utilização da arbitragem para solucionar conflitos que se relacionem com o direito da concorrência.

Na análise da questão, deve-se ter presente que, embora as infrações à ordem econômica inegavelmente resultem em efeitos adversos para a *concorrência* – ou seja, ao sistema concorrencial – referidas condutas também podem acarretar efeitos patrimoniais aos eventuais prejudicados.

Tanto é assim que o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece que os prejudicados pela prática de infração à ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter a cessação das práticas que constituam infração à ordem econômica e pleitear indenização por perdas e danos.¹⁹

Nesse sentido, com base na distinção acima mencionada entre os direitos indisponíveis e seus efeitos patrimoniais, é possível concluir, de modo semelhante à orientação adotada no direito estrangeiro, que – embora o direito antitruste, tanto em sua esfera administrativa como em sua esfera penal, tenha por objeto

17. Os cartéis são definidos como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio” (Resolução CADE n. 20/99).

18. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

19. Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

preponderante a proteção de direitos indisponíveis – as consequências estritamente patrimoniais relacionadas ao direito concorrencial podem ser dirimidas por meio de arbitragem.²⁰ No item seguinte, serão examinados alguns exemplos de questões concorrenciais que podem ser solucionadas por arbitragem.

3.3 *Controvérsias envolvendo direito concorrencial e avaliação da arbitrabilidade*

Tendo ficado estabelecido, a partir da análise empreendida no item acima, que, em princípio, não há óbice para que o juízo arbitral aprecie questões relacionadas ao direito da concorrência com o objetivo de solucionar controvérsias relacionadas aos seus desdobramentos patrimoniais, serão examinados a seguir alguns exemplos de questões concorrenciais que podem ser solucionadas mediante arbitragem.

Para tanto, é útil analisar quais as questões envolvendo direito da concorrência que têm sido submetidas ao Poder Judiciário, para, a partir daí, avaliar se tais questões poderiam ser submetidas ao juízo arbitral caso as partes assim estabelecessem.

Com base na ampla pesquisa em Levantamento Jurisprudencial empreendido pelo Comitê de Contencioso Econômico do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (“IBRAC”), foram catalogados diversos precedentes nos quais o Poder Judiciário examinou questões envolvendo a aplicação do direito concorrencial.

Os julgados mapeados no Levantamento Jurisprudencial podem ser classificados da seguinte forma: (i) ações judiciais questionando decisões (interlocutórias ou finais) proferidas pelo CADE em processos administrativos envolvendo o controle de estruturas e de condutas, tanto em virtude

20. Nesse sentido, veja-se entendimento de Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney: “(...) o conteúdo imediato do Direito Antitruste não é de natureza patrimonial, seja em sua face administrativa – cuja aplicação incumbe ao CADE – seja na esfera penal. (...) Em vista de tal constatação, na medida em que, como referido de início, podem ser objeto de arbitragem no Brasil apenas os ‘direitos patrimoniais disponíveis’, chega-se à conclusão óbvia de que foge aos domínios de uma arbitragem substituir-se às autoridades administrativas ou judiciais na aplicação do Direito Antitruste. (...) Isso não significa, todavia, que, indiretamente, a aplicação do Direito Antitruste deixe de ter reflexos na esfera patrimonial das partes envolvidas, trazendo a discussão quanto à arbitrabilidade para outro plano” (Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo juízo arbitral cit., p. 345-346).

de aspectos de mérito com em razão de alegações relacionadas ao devido processo legal; (ii) ações penais relacionadas ao direito da concorrência; (iii) disputas contratuais no âmbito das quais há discussão relacionada ao direito da concorrência; e (iv) ações pleiteando indenização por danos decorrentes de infrações à ordem econômica.

3.3.1 *Questionamento de decisões do CADE*

Muitos dos litígios relacionados ao direito concorrencial em discussão no Poder Judiciário envolvem o questionamento de decisões proferidas pelo CADE.

Dentre os principais exemplos de litígios nessa categoria, incluem-se ações judiciais questionando decisões do CADE proferidas no âmbito da análise de atos de concentração. Nessas ações, as empresas que tiveram operações vetadas (ou substancialmente restringidas) pelo CADE alegam que a autarquia aplicou incorretamente a lei concorrencial. O questionamento em geral pode envolver tantos aspectos de mérito da operação (por exemplo, alegando-se que o CADE avaliou incorretamente o poder de mercado das empresas envolvidas na operação) como aspectos formais do processo administrativo (por exemplo, alegando-se que o CADE descumpriu formalidades ou prazos impostos pela lei para análise da operação).²¹

Também podem ser mencionados os processos judiciais no âmbito dos quais empresas ou indivíduos pleiteiam a anulação de decisões proferidas pelo CADE nos processos administrativos para imposição de sanções por infração à ordem econômica. Nesses casos, os questionamentos em geral podem envolver tantos aspectos de direito material (por exemplo, alegação de que a conduta foi incorretamente caracterizada como infração ou que o montante da penalidade desobedeceu ao princípio da proporcionalidade) como questões

21. Como exemplo, pode-se mencionar o processo judicial ajuizado com o objetivo de desconstituir a decisão do CADE que havia vetado a operação envolvendo as empresas Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A (“caso Nestlé/Garoto”). Na ação judicial, além de alegarem que o CADE avaliou incorretamente a participação de mercado das empresas envolvidas na operação, as partes sustentaram que o CADE descumpriu o prazo máximo para aprovação da operação previsto na lei concorrencial então em vigor (Lei n. 8.884/94), de modo que a operação deveria ser automaticamente aprovada. A decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região anulou a decisão administrativa e determinou que o CADE proferisse novo julgamento (TRF-1, Apelação Cível n. 2005.34.00.015042-8/DF, Relator João Batista Moreira, j. 21-1-2009).

envolvendo o devido processo legal (por exemplo, questionando a admissão pelo CADE de provas consideradas ilícitas pelos demandantes).²²

Em muitos casos, os questionamentos relacionados ao devido processo legal são levados ao Poder Judiciário antes mesmo de ser proferida decisão final pelo CADE. Nesse sentido, há diversos casos em que os representados em processos administrativos buscam invalidar determinadas decisões interlocutórias proferidas pelo CADE no âmbito de processos administrativos (por exemplo, decisões indeferindo a oitiva de testemunhas).²³

Com base no art. 1º da Lei n. 9.307/96, conclui-se que os litígios envolvendo decisões proferidas pelo CADE no âmbito do controle de estruturas e de condutas não podem ser objeto de arbitragem, uma vez que tais litígios não envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, a atuação do CADE no âmbito da análise de atos de concentração tem por objetivo evitar a formação de estruturas empresariais que possam resultar em dominação de mercado e, conseqüentemente, gerar prejuízos ao ambiente competitivo. De modo semelhante, as competências atribuídas ao CADE para impor sanções às empresas e indivíduos condenados por infração à ordem econômica têm o objetivo de coibir condutas ilícitas que tenham por objeto ou possam produzir efeitos adversos à concorrência.

Embora as decisões do CADE possam inevitavelmente acarretar conseqüências patrimoniais relevantes aos envolvidos – basta pensar, por exemplo, numa decisão que veta ou impõe restrições a uma determinada operação no âmbito do controle de condutas ou numa decisão que impõe penalidades pecuniárias em sede de controle de condutas – é evidente que os processos questionando referidas decisões não envolvem direitos disponíveis.

22. Um exemplo é o julgado que anulou decisão administrativa por meio da qual o CADE havia condenado laboratórios farmacêuticos por supostamente se reunirem com o objetivo de dificultar o ingresso de medicamentos genéricos no país. A decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que ainda não transitou em julgado, anulou a multa imposta pelo CADE por entender que as provas constantes do processo administrativo não evidenciavam a prática de infração à ordem econômica (TRF-1, Apelação Cível n. 0043687-03.2007.4.01.3400, Relator Kássio Nunes Marques, j. 30-3-2015).
23. A respeito da revisão judicial das decisões do CADE, vide: Fabrício Antonio Cardim de Almeida (coord.), *Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – Pesquisa Empírica e Aplicada sobre os Casos Julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

Desse modo, assim como seria impensável imaginar que os árbitros pudessem se substituir ao CADE em suas competências, é inegável que os litígios envolvendo o questionamento de decisões do CADE não podem ser solucionados por arbitragem.

3.3.2 *Questões penais*

O Levantamento Jurisprudencial também identificou diversos precedentes em ações penais ajuizadas com fundamento na Lei de Crimes Econômicos. Como consequência dos esforços das autoridades de investigação e persecução penal – incluindo a criação de áreas especializadas de combate a cartéis no âmbito dos Ministérios Públicos²⁴ – verificou-se nos últimos anos um incremento importante na quantidade de decisões judiciais em âmbito penal envolvendo crimes contra a ordem econômica.²⁵

É evidente que a imposição de sanções criminais é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, de modo que tais matérias não podem ser objeto de arbitragem. Como visto acima, essa orientação também é adotada no direito estrangeiro.

3.3.3 *Juízo de validade de disposições contratuais à luz do direito da concorrência*

Outra discussão importante que pode ser identificada no Levantamento Jurisprudencial diz respeito às disputas contratuais no âmbito das quais as partes suscitam questões envolvendo o direito da concorrência.

Dentre os exemplos de disputas desse tipo encontradas no Levantamento Jurisprudencial, pode ser mencionada ação movida por lojistas de *shopping centers* pleiteando a declaração de nulidade de cláusula de raio pactuada nos contratos de locação, sob o fundamento de que a proibição de que os lojistas instalem outras lojas em determinado raio de atuação seria nula por violar a lei concorrencial.²⁶

24. Como exemplo, pode-se citar o Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartéis e Lavagem de Dinheiro (GEDEC) do Ministério Público do Estado de São Paulo.

25. Sobre o tema, vide: Ana Paula Martinez, *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

26. No caso em questão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a inserção de cláusula de raio nos contratos de locação não seria abusiva, afirmando que “o dono do negócio pode impor limitações e condições para o uso de sua propriedade por terceiros” e, no tocante à alegação de ilícito concorrencial, “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente

Nesse contexto, a questão que surge é se, em controvérsias semelhantes relacionadas a disputas contratuais submetidas à arbitragem, os árbitros poderiam se pronunciar sobre questões concorrenciais suscitadas pelas partes, proferindo decisão, por exemplo, acerca da nulidade de eventual cláusula com fundamento na Lei de Defesa da Concorrência.

Tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis – e, portanto, passíveis de resolução por arbitragem – conclui-se que os árbitros podem, no âmbito de uma disputa relacionada à validade ou invalidade de uma disposição contratual, aplicar a Lei de Defesa da Concorrência para dirimir a controvérsia. Caso a disputa exemplificada acima fosse submetida à arbitragem, o tribunal arbitral poderia, por exemplo, declarar a nulidade de cláusula de raio com base na legislação concorrencial. Deve-se ter presente, aqui, a distinção mencionada acima entre os direitos indisponíveis e seus efeitos estritamente patrimoniais.

Note-se que em diversas situações, mesmo em matérias não relacionadas ao direito concorrencial, o árbitro, ao proferir decisão acerca de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, pode ter que decidir acerca da validade ou invalidade de atos jurídicos. Desse modo, o simples fato de no âmbito de uma sentença arbitral ser necessário apreciar a validade de uma disposição contratual à luz da Lei de Defesa da Concorrência não faz com que a disputa deixe de envolver direito disponível e, portanto, não torna a matéria insuscetível de ser dirimida por arbitragem.²⁷

econômico em relação a seus competidores não caracteriza qualquer ilícito, visto que prevista como excludente, nos exatos termos do estabelecido no § 1º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011” (REsp 1535727/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 10-5-2016).

27. Nesse sentido, veja-se o entendimento de Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney: “(...) o fato de, no processo lógico de formação da decisão em uma arbitragem, ser necessário examinar a eventual nulidade de disposições contratuais – ou mesmo de um contrato como um todo – não afasta a ‘disponibilidade’ dos direitos em controvérsia, nem impede o prosseguimento do Juízo arbitral. Qualquer entendimento diverso representaria inaceitável restrição à arbitragem capaz de praticamente inviabilizar o instituto. Veja-se que, a todo momento, pode ser o árbitro confrontado com leis cogentes, incidentes sobre o conflito, obrigando-o a aplicar tais normas às situações concretas. (...) Do mesmo modo, a necessidade de apreciação da validade de uma disposição contratual à luz da Lei Antitruste, por mais complexa que seja essa tarefa, não implica na paralisação do processo arbitral nem constitui hipótese de incidência do art. 25 da Lei n. 9.307/96” (Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo juízo arbitral cit., p. 348-349).

3.3.4 Indenização por danos decorrentes de infrações à ordem econômica

Por fim, um aspecto da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência que tem se desenvolvido nos últimos anos no Brasil são as ações por meio das quais os prejudicados pleiteiam indenização pelos prejuízos causados por práticas anticompetitivas.

Nesse sentido, como acima adiantado, o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece que os prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo para “obter a cessação das práticas” e o “recebimento de indenização por perdas e danos sofridos”, independentemente da investigação da prática na esfera administrativa, que não será suspensa em razão do ajuizamento da ação.

No âmbito do Levantamento Jurisprudencial, foram identificados diversos julgados discutindo a responsabilidade civil por danos decorrentes de infrações à ordem econômica. A maior parte dos casos constituem ações civis públicas movidas pelo Ministério Público com o objetivo de obter reparação pelos danos causados à coletividade – incluindo danos patrimoniais e danos morais coletivos – em virtude das práticas anticompetitivas.

Há ainda um número crescente de ações de responsabilidade civil movidas por particulares pleiteando indenização por prejuízos causados pela prática de cartel e outras infrações à ordem econômica.

À luz do quanto exposto nos itens acima, conclui-se que as disputas envolvendo pedidos de indenização por infrações à ordem econômica podem ser objeto de arbitragem, por se tratar de discussão referente a direitos patrimoniais disponíveis.²⁸

Uma dificuldade prática para a solução de tais litígios por arbitragem decorre da exigência de que as partes voluntariamente submetam os litígios ao

28. No mesmo sentido, admitindo a possibilidade de o pleito indenizatório por danos decorrentes de infração à ordem econômica ser dirimido por arbitragem: Carlos Francisco de Magalhães, Gabriel Nogueira Dias e Cristiano Rodrigo Del Debbo, Brazil. In: GOTTS, Ilene Knable (Org.). *The Private Competition Enforcement Review*. 4. ed. London: Law Business Research Ltd., 2011, p. 31; Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore, Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 43, 2014, p. 19; Bruno Bastos Becker, Concorrência e arbitragem no direito brasileiro – hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, 2015, p. 259; Alexandre Cordeiro, Arbitragem na concorrência, 2017, disponível em: <<https://jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017>>. Acesso em: 22.jun.2017.

juízo arbitral por meio de cláusula ou compromisso arbitral. Tratando-se de cartel – infração por meio da qual os diversos competidores de um determinado mercado se unem para fixar os preços e prejudicar a concorrência – é difícil imaginar que os réus da demanda concordem em se submeter a um procedimento arbitral, uma vez que o tempo de tramitação de uma arbitragem tende a ser menor do que o de uma ação judicial.²⁹

De todo modo, mesmo em caso de cartel, na hipótese de o prejudicado formular o pleito indenizatório em face do membro do cartel com quem contratou diretamente, não está descartada a possibilidade de o litígio ser solucionado por arbitragem, desde que o contrato contenha cláusula arbitral.

Com efeito, embora o cartel seja tido como infração extracontratual – uma vez que o dano decorre de um elemento externo ao contrato, a saber, a combinação ilícita entre concorrentes – o prejudicado nesse caso poderá alegar violação ao dever de boa-fé objetiva previsto no art. 422 do Código Civil, o qual impõe aos contratantes, tanto na celebração como na execução do contrato, a observância dos princípios da probidade e boa-fé.³⁰ Naturalmente, a possibilidade de solução do pleito indenizatório por arbitragem nessas situações dependerá da abrangência da cláusula arbitral, o que deve ser examinado em cada caso concreto.³¹

29. Nesse sentido, veja-se posicionamento de Carlos Francisco de Magalhães, Gabriel Nogueira Dias e Cristiano Rodrigo Del Debbio: “In theory, it is possible to employ arbitration in Brazil to dispute the amount of damages caused by a cartel, for example. However, it is very unlikely that a defendant would voluntarily join an arbitration with such scope” (Brazil cit., p. 31).

30. Daniel Costa Casalta, *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 132-133 e nota de rodapé n. 239.

31. Discutindo a possibilidade teórica de cobrança, por meio de arbitragem, de danos oriundos da prática de cartel no âmbito de relação de fornecimento disciplinada por contrato com cláusula arbitral, Daniela Monteiro Gabay e Ricardo Ferreira Pastore sustentam que “é possível, nesse caso, que a extensão da cláusula arbitral atinja esse litígio, com a possibilidade de se discutir também a violação da boa-fé objetiva em relação ao contrato, uma vez que a empresa omitiu a cartelização para obter vantagem financeira. É claro que isso vai depender muito do caso concreto e da forma como foi redigida a cláusula arbitral, pois a arbitragem tem como pedra fundamental a autonomia da vontade das partes, que escolhem os litígios (ou parcela deles) que serão submetidos a essa forma de solução de conflitos” (Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência cit., p. 24).

4. Conclusão

Com base na análise empreendida nos tópicos acima, concluiu-se que, embora o direito antitruste tenha por objeto preponderante a proteção de direitos indisponíveis, as consequências estritamente patrimoniais em matéria concorrencial podem ser solucionadas por arbitragem.

Examinando-se alguns exemplos de litígios relacionados ao direito da concorrência, foi possível identificar que determinadas matérias – a saber, questões criminais e questionamentos de decisões proferidas pelo CADE no exercício de suas competências – são de competência exclusiva do Poder Judiciário, por não envolverem direitos disponíveis.

Por outro lado, algumas matérias relacionadas ao direito concorrencial – como o exame da validade de disposições contratuais à luz da Lei de Defesa da Concorrência e de pedidos indenizações por danos decorrentes de infrações à ordem econômica – podem ser objeto de arbitragem.

Diante da crescente utilização da arbitragem e da consolidação do direito concorrencial no Brasil, é possível prever que a interação entre esses dois ramos do direito será cada vez mais comum.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de (Coord.). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*. 6. ed. ABA Section of Antitrust Law, 2007, v. I.
- BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro – hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.
- CORDEIRO, Alexandre. Arbitragem na concorrência. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017>>. Acesso em: 22. jun. 2017.

- CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- 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*, n. 43, 2014.
- IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OCDE. *Arbitration and Competition*, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.
- JALABERT-DOURY, Nathalie. France. In: FOER, Albert A.; CUNEO, Jonathan W. (Org.). *The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- LESSA NETO, João Luiz, *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Brazil. In: GOTTS, Ilene Knable (Org.). *The Private Competition Enforcement Review*. 4. ed. London: Law Business Research Ltd., 2011.
- MARTINEZ, Ana Paula, *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo, Singular, 2013.
- MOURRE, Alexis. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration: a handbook for practitioners*. Kluwer Law International, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial – as condutas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, 2009.