

Document information

Publication

Revista Brasileira de Arbitragem

Jurisdiction

Brazil

Bibliographic reference

Daniela Monteiro Gabbay and Ricardo Ferreira Pastore, 'Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2014, Volume XI Issue 43) pp. 7 - 32

Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência

Daniela Monteiro Gabbay; Ricardo Ferreira Pastore

(*) (*)

Esse artigo tem por objetivo tratar de um tema que vem despontando no Brasil nos últimos anos: o ajuizamento de demandas indenizatórias decorrentes da prática de ilícitos concorrenciais, trazendo como proposta a possibilidade de resolução desse tipo de litígio fora do Judiciário. Para isso, o artigo analisa os principais precedentes sobre a matéria, bem como a arbitrabilidade desse tipo de litígio e as vantagens da escolha da arbitragem e de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos, especialmente a mediação e a negociação.

This article aims to address an issue that has emerged in Brazil in recent years: the filing of private antitrust claims, bringing the possibility of resolving this type of dispute outside the Courts. For this, the article analyzes the main precedents on the matter, as well as the arbitrability of such type dispute and the advantages of the choice of arbitration and other extra-judicial methods of conflict resolution, especially mediation and negotiation.

Introdução

Esse artigo tem por objetivo tratar de um tema que vem despontando no Brasil nos últimos anos: o ajuizamento de demandas indenizatórias decorrentes da prática de ilícitos concorrenciais (1), trazendo como proposta a possibilidade de resolução desse tipo de litígio fora do Judiciário.

A defesa da concorrência tem como função principal coibir os abusos do poder econômico e promover um ambiente competitivo nos mercados internos e externos por ela tutelados, buscando, assim, implementar uma política de concorrência que venha a proteger interesses individuais e coletivos da sociedade, por meio de inovação tecnológica, melhoria na qualidade dos produtos, redução de preços, etc. Na busca dessa função, as autoridades de concorrência, em geral, exercem a defesa da concorrência sob três eixos fundamentais. O primeiro, de natureza *preventiva*, se faz pelo controle de estruturas do mercado (atos e contratos) que possam levar à concentração econômica ou ao exercício abusivo de posição dominante (2).

Já o segundo, de natureza *repressiva*, consiste na investigação e imposição de penalidades aos agentes econômicos que praticam condutas anticoncorrenciais (controle de condutas), tais como a formação de cartel ou condutas unilaterais, como venda casada, imposição de preço de revenda, entre outras (3). E o terceiro, de natureza *promocional, informativa, educativa (4) e de formulação de políticas públicas*, consiste na disseminação da cultura da concorrência junto aos consumidores, às empresas, aos órgãos da Administração Pública direta e indireta (agências reguladoras, secretarias, departamentos, etc.), aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à sociedade em geral (5).

A prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica devem ser buscadas pelo Estado e pela sociedade por meio de ações em três esferas de atuação (6): administrativa (7), criminal (8) e civil.

Na esfera civil, que é o objeto desse artigo, a prevenção e a repressão das infrações contra a ordem econômica se dão por meio do estímulo às ações reparatórias de danos causados por referidas práticas anticoncorrenciais (denominadas *private antitrust enforcement*). A cultura dessas ações reparatórias de danos deve ser estimulada pelo CADE, tal como ocorre em outras jurisdições.

Nos EUA, onde essa cultura já é totalmente disseminada, as multas aplicadas pelas autoridades de defesa da concorrência, somadas às indenizações pagas em demandas reparatórias, chegam a cifras bilionárias. Na Europa, muito embora essa cultura de ações reparatórias seja menos desenvolvida do que nos EUA, também se verifica forte tendência no estímulo ao ajuizamento desse tipo de demanda. Jurisdições como o Reino Unido (9), a Alemanha e a Holanda têm tentado criar regras para facilitar o ajuizamento dessas ações, e a própria Comissão Europeia está em fase de elaboração de regras (10) mais claras que também visam a estimular o ajuizamento de ações privadas que busquem a reparação dos danos causados por práticas anticoncorrenciais. Essa tendência, que surge nas principais jurisdições com forte atuação no combate a condutas anticoncorrenciais, também é verificada no Brasil.

A própria Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), no seu art. 47, prevê que os

prejudicados (sejam eles concorrentes, fornecedores ou consumidores finais), individual ou coletivamente (nesse último caso, por meio dos legitimados previstos no Código de Defesa do Consumidor), poderão ingressar em juízo para obter a cessação de práticas que constituem infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo instaurado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Normalmente, essa demanda reparatória surge em face dos prejuízos decorrentes de práticas anticoncorrenciais, tendo em vista a obtenção de indenização por danos emergentes e lucros cessantes, o que pode ser cumulado com pedido de cessação dessas práticas.

Além das multas administrativas aplicadas pelo CADE (11), os valores das indenizações nestas ações cíveis podem alcançar cifras bastante elevadas ao causador do dano (12) - (13).

P 10
P 11

Muito embora a Lei de Defesa da Concorrência não faça distinção das práticas anticoncorrenciais que podem ser objeto de demandas reparatórias (14), esse artigo terá como foco central as demandas reparatórias decorrentes da prática de formação de cartel.

O cartel é um acordo entre concorrentes que pode envolver as seguintes práticas: (a) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; (b) estabelecimento de restrições/quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços; (c) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (e.g., combinação quanto ao teor de cada uma das propostas); e (d) divisão/alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores (15).

Os efeitos do cartel podem atingir tanto os consumidores finais quanto os demais compradores (p. ex., distribuidores) e fornecedores (que podem ou não ser participantes da prática anticompetitiva), em relações horizontais ou verticais, e que pagam um preço acima do valor de mercado. É por isso que o cartel é considerado a prática anticompetitiva mais grave e danosa, ocasionando perda de bem-estar do consumidor e perda de competitividade.

Na indústria de eletrodomésticos (tais como os bens duráveis da linha branca: geladeiras, freezers, etc.), por exemplo, há diversos mercados relevantes que se interligam para viabilizar a produção desses bens. Cada item utilizado na montagem desses eletrodomésticos compõe um mercado relevante diferente (p. ex., o mercado de tintas, o mercado de componentes elétricos, o mercado de compressores, etc.). Além dos mercados relacionados à fabricação do produto, outros mercados também estão envolvidos, tais como o de varejo de bens duráveis, de crédito para o consumidor e de seguro garantia estendida, entre outros.

Um cartel realizado no mercado de varejo de bens duráveis impactará diretamente no consumidor final com a alta do preço do produto. Por outro lado, um cartel no mercado de tintas terá impacto direto no fabricante do eletrodoméstico, que poderá buscar reparação desses danos, e indireto no consumidor final, que também poderá ser reparado caso o fabricante do eletrodoméstico repasse o seu aumento de custo para o preço final do produto comercializado.

P 11
P 12

Esse artigo tem como objeto os prejuízos individuais sofridos pelos fornecedores e compradores da cadeia produtiva, em face do pagamento de valor acima do mercado pela prática de cartelização, e não tratará de prejuízos auferidos pelo consumidor e de sua defesa via ações coletivas (16). A escolha pelas ações individuais indenizatórias e a exclusão dos interesses difusos e coletivos justifica-se também pela disponibilidade da matéria e a sua conseqüente arbitrabilidade, o que será tratado no Capítulo 2 deste artigo.

Muito embora, atualmente, essas demandas indenizatórias sejam levadas no Brasil ao Judiciário, há um campo bastante promissor para a utilização de métodos privados de solução de conflitos nessa área, sejam consensuais ou adjudicatórios, evitando as conseqüências que advêm do litígio judicial, como a morosidade (em termos de tempo (17) e custo), a exposição do litígio aos concorrentes e a publicidade negativa aos consumidores, entre outras questões que serão analisadas nos capítulos a seguir.

Assim, o presente artigo é um convite ao debate e à reflexão sobre o tema proposto e, sem pretensão de esgotá-lo, tratará, após esta introdução, das ações indenizatórias decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil e nos EUA (Capítulo 1), da arbitrabilidade desse tipo de litígio (Capítulo 2), bem como das vantagens da escolha da arbitragem (Capítulo 3) ou de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos, especialmente a mediação e a negociação (Capítulo 4).

O tema tem começado a despontar no Brasil, embora muito pouco se tenha escrito sobre o mesmo, em comparação a outros países europeus e aos EUA. Assim, o artigo tem tanto um viés prático, trazendo à tona litígios concorrenciais submetidos à arbitragem no cenário internacional e os principais precedentes sobre a matéria, quanto um viés fomentador do

debate, da reflexão e da implementação da arbitragem em disputas concorrenciais no Brasil.

Entende-se que a expansão dos métodos extrajudiciais de solução de litígios concorrenciais no Brasil é uma tendência e realidade próxima, seguindo a prática internacional. Nesse sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (18), por meio de seu Comitê da Concorrência, ao analisar questões centrais e estratégicas na área, ressaltou que o uso de meios alternativos de solução de conflitos para resolver disputas concorrenciais tem crescido exponencialmente nos últimos anos, estimulando um instigante debate entre a prática e a academia, além de ter levado a um maior desenvolvimento jurisprudencial sobre a matéria:

The use of alternative dispute resolution mechanisms, including arbitration and mediation, to resolve commercial disputes with a competition component has increased exponentially in recent years. This interplay between arbitration and competition law has stimulated a lively debate amongst academics and practitioners and has led to interesting jurisprudential developments. (19)

1 Ações Indenizatórias Decorrentes de Ilícitos Concorrenciais: Uma Área em Expansão

1.1 Ações judiciais no Brasil

Tendo havido uma evolução do combate aos cartéis no Brasil, foram escolhidos neste artigo como exemplos três casos que representam setores relevantes da indústria no País (20). Tanto o cartel dos vergalhões de aço quanto o cartel dos gases medicinais foram cartéis que afetaram o mercado nacional, já o cartel dos compressores foi um cartel internacional que afetou tanto o mercado nacional quanto outros mercados internacionais, como os EUA e diversos países europeus.

Cartel dos Vergalhões de Aço

Em setembro de 2000, o Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas de São Paulo – Sinduscon/SP e o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – Secovi/SP protocolizaram representação na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), autoridade que fez parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência até a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, por meio da qual denunciaram as empresas Companhia Siderúrgica Belgo Mineira, Gerdau S.A. e Siderúrgica Barra Mansa pela prática de cartel no mercado nacional de aços longos, mais especificamente de aços longos do tipo vergalhão. Constatando indícios da prática de cartel, a SDE/MJ instaurou processo administrativo (21) para apuração da conduta.

Em 2005, o processo administrativo foi a julgamento pelo CADE, que reconheceu a existência da prática de cartel e determinou a condenação da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (atualmente denominada Arcelormittal Brasil S.A.), Gerdau S.A. e Siderúrgica Barra Mansa ao pagamento de multa no valor de 7% sobre o faturamento bruto das empresas no ano anterior ao da instauração do processo administrativo iniciado pela SDE/MJ.

Após a condenação do CADE, foi ajuizada uma série de ações indenizatórias (22) contra as empresas participantes do cartel. Além de ações civis públicas e coletivas (23), foi ajuizada ação individual pelo Grupo Cobraço (24) contra a Arcelormittal Brasil S.A. requerendo a cessação das condutas anticoncorrenciais e a condenação pelo ressarcimento por perdas e danos, lucros cessantes, danos decorrentes da progressiva interrupção comercial, bem como dano moral e à imagem (25).

Cartel dos Gases Medicinais

Em 2003, após denúncia anônima encaminhada à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), foi instaurado processo administrativo (26) contra as Empresas AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., além de sete pessoas físicas ligadas às empresas, para apurar a formação de cartel no mercado de gases medicinais. Durante a investigação empreendida pela SDE/MJ, houve busca e apreensão nas empresas investigadas, bem como interceptações telefônicas de conversas mantidas entre os participantes do cartel.

Após longa instrução processual na SDE/MJ, o CADE, em 2010, decidiu, por unanimidade, condenar pela prática de formação de cartel as empresas AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., além de sete pessoas ligadas às empresas. As multas chegaram ao valor de aproximadamente R\$ 2,3 bilhões.

Nos termos da decisão proferida pelo CADE, os produtos fornecidos pelas empresas participantes do cartel são produtos essenciais para a indústria, bem como para o setor médico-hospitalar, e o cartel resultou em graves prejuízos à indústria e à saúde pública brasileira, merecendo punição exemplar. Além disso, o CADE determinou o envio de sua

decisão ao Conselho Federal de Medicina, à Confederação Nacional da Indústria, à Associação Nacional de Hospitais Privados, à Federação Brasileira de Hospitais, ao Ministério da Saúde, à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp e ao Ministério das Cidades, com a finalidade de estimular o ajuizamento de demandas reparatórias (27).

Após a publicação da decisão do CADE, foram ajuizadas pelo menos três ações indenizatórias contra as empresas que fizeram parte do cartel. Uma pela Sabesp (28), uma pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais (29) e outra pelo Ministério Público Federal (30).

▲ P 15

● P 16

Cartel dos Compressores

Em julho de 2009, após ter firmado um acordo de leniência (31) e de ter conduzido buscas e apreensões em diversas empresas, o CADE instaurou processo administrativo (32) para apuração de um cartel no mercado de compressores utilizados na refrigeração de geladeiras e aparelhos de ar-condicionado. O processo administrativo foi instaurado contra as Empresas Whirlpool S.A., Brasmotor S.A., Danfoss A/S, Tecumseh do Brasil Ltda., ACC – Appliances Components Companies S.p.A. e Panasonic Electric Works Co., Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.), e contra diversos executivos ligados a essas empresas.

Em setembro de 2009, o Grupo Whirlpool e diversas pessoas físicas ligadas ao grupo celebraram um termo de cessação de prática com o CADE, comprometendo-se a recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 100 milhões para as pessoas jurídicas e aproximadamente R\$ 3 milhões para as pessoas físicas.

Em novembro de 2012, a Superintendência-Geral do CADE recomendou a condenação de três executivos pela prática de cartel no mercado brasileiro de compressores, bem como o arquivamento do processo administrativo em relação às Empresas Danfoss A/S, ACC – Appliances Components Companies S.p.A. e Panasonic Electric Works Co., Ltd., em razão de não haver nos autos provas de que sua participação no cartel internacional tenha repercutido em suas vendas no Brasil. Recomendou, ainda, o arquivamento do processo administrativo em relação às pessoas físicas e jurídicas que celebraram termos de compromisso de cessação com o CADE e à empresa Tecumseh do Brasil Ltda. e os seus executivos, em razão do cumprimento do acordo de leniência firmado com o CADE. O processo administrativo ainda se encontra sob a análise do CADE.

Ainda em 2012, a Electrolux do Brasil S.A., uma das principais clientes das empresas envolvidas no cartel, ajuizou demanda reparatória (33) contra as empresas participantes do cartel, buscando indenização pelos danos sofridos em decorrência do cartel. A ação ainda se encontra pendente de julgamento.

1.2 Ações judiciais nos EUA

Nos EUA, a cultura do litígio concorrencial é amplamente disseminada, especialmente por meio de ações coletivas (*class actions*). Em praticamente todos os casos em que as autoridades antitruste americanas anunciam a investigação ● de um potencial cartel, ou que fizeram um acordo por meio do qual as empresas confessaram terem participado de um cartel, há um movimento de ajuizamento de ações buscando a reparação dos danos causados por estes cartéis (34).

▲ P 16

● P 17

Bruno Maggi (35), na tabela reproduzida a seguir, organiza informações sobre o valor de indenização, multa e sobrepreço praticado por cartéis nos EUA, que demonstram a importância das ações indenizatórias naquele país. De fato, as ações indenizatórias nos EUA servem como meio efetivo para coibir e punir a prática de cartéis e são amplamente incentivadas pelas autoridades antitruste daquele país.

CARTEL	INDENIZAÇÕES	MULTA	SOBREPREÇO
Cartel do Ácido Cítrico	US\$ 175 milhões	US\$ 105,4 milhões	30,77%
Cartel da Lisina	US\$ 70 milhões	US\$ 81,3 milhões	13,26%
Cartel da Borracha	US\$ 268 milhões	US\$ 76,9 milhões	12,5% (apenas nos EUA)
Sorbates Direct Purchaser Antitrust Litigation	US\$ 96,5 milhões	US\$ 34,3 milhões	20,07%

CARTEL	INDENIZAÇÕES	MULTA	SOBREPREGO
Cartel das Vitaminas	Entre US\$ 4,2 e 5,6 bilhões	US\$ 915 milhões	Vitamina B12: 40,9% Vitamina E: 36,82% Vitamina B5: 31,13% Vitamina C: 30,75% Vitamina B6: 29,8% Vitamina A: 28,9% Vitamina B2: 22,9% Vitamina B3: 15,67% Vitamina B1: 12,18% Vitamina D: 12,08%
Auction Houses Antitrust Litig. And Kruman v. Christie's International PLC	US\$ 552 milhões	US\$ 31,1 milhões	-
Cartel dos Explosivos Comerciais	US\$ 113 milhões	US\$ 11,8 milhões	4% (apenas nos EUA)
Polyester Staple (EUA e CA)	US\$ 47,16 milhões	US\$ 24,4 milhões	-
Diamonds, Industrial, US	US\$ 5,78 milhões	US\$ 3,2 milhões	3%

2 Arbitrabilidade de Demandas Indenizatórias na Área de Concorrência

▲ P 17
▲ P 18
▼ A Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 9.307/1996), em seu art. 1º, define o que pode ser objeto de arbitragem (conceito de arbitrabilidade objetiva) e ● quem pode se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), ao dispor que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A arbitrabilidade normalmente é definida pela lei nacional de cada país (36). É o Código Civil brasileiro que define quem são as pessoas capazes de contratar, assim como é o Direito brasileiro que também resguarda a indisponibilidade de determinadas matérias, que devem ser levadas à jurisdição estatal, como as relacionadas às áreas penal e de interesse de menor, que, por exemplo, não são disponíveis e nem arbitráveis.

Quando se fala em inarbitrabilidade e reserva de jurisdição, normalmente costumam vir à mente os litígios envolvendo o Poder Público. Contudo, é importante destacar que isso não é uma realidade no Brasil (37), e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem dado suporte ao entendimento de que o conflito é arbitrável e a cláusula arbitral válida e eficaz em casos que envolvem a Administração Pública (como empresas públicas e sociedades de economia mista) e não dizem respeito a interesse público primário (38).

▲ P 18
▲ P 19
▼ Algumas leis federais, inclusive, expressamente preveem a possibilidade de adoção da arbitragem pela Administração como forma adequada de solução de conflitos (39), o que tem importante impacto no recebimento de investimento ● estrangeiro no País. A arbitrabilidade, portanto, está relacionada à lei nacional do País e tem enfoque subjetivo e objetivo, tal como exposto *supra*.

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 nº 12.529/2011).

Outra questão relevante que surge em relação à arbitragem em demandas concorrenciais (principalmente em arbitragens internacionais) diz respeito à escolha da lei aplicável e à necessidade (ou não) de aplicação da lei de concorrência existente ao caso (40) pelos árbitros.

É importante ressaltar, contudo, que os árbitros não podem impedir que as autoridades competentes exerçam os seus poderes sancionatórios em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica e à aplicação da lei de defesa da concorrência. A atuação do árbitro, nesse caso, se dá em relação à pretensão indenizatória, o que não se confunde com a atuação administrativa do órgão competente (no caso do Brasil, o CADE).

▲ P 19
▲ P 20
▼ ●

Foi nesse sentido que a OCDE se posicionou:

Arbitration is only possible if the competition law allows for it and an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law. The arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law. In practice this means ex post allocation of damages to one party as a result of another party violating competition law. There is a very limited role for arbitration in the ex ante application of competition law, for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities (NCAs).

Referido documento ressalta ainda que os árbitros têm o dever de aplicar a lei de concorrência no julgamento do caso, devendo validar essa questão junto às partes logo no início do procedimento, quando são definidas as questões objeto do litígio, embora a aplicação da lei em si não esteja sujeita à autonomia da vontade das partes.

Arbitrators undoubtedly have a duty to apply competition law, and are expected to do so. In the past doubts have been raised about the duties of arbitrators, with the argument that arbitration is subject to party autonomy and arbitrators should therefore not go beyond what parties want. However, if legal systems allow competition law matters to be arbitrated, this should come with the expectation that arbitrators will apply competition law. This extends to the application of competition law even after an agreement has been made between the parties. The arbitrators have a specific burden of providing comprehensive reasoning for their award to demonstrate to the courts in the review process that they have dealt with the competition law issues consistently, coherently and professionally.

The parties and any other arbitrators involved in the procedure need to agree that the competition issue forms part of the arbitration. A competition question cannot suddenly be brought into the process at the final stages, and the parties should be able to see from the case file that a competition issue is likely to be raised in the arbitration. In following the Eco/Swiss decision of the European Court of Justice, it would seem the movement is towards a duty on arbitrators to raise legal issues in arbitration proceedings, despite some remaining hostile to any duty to apply competition laws. (41)

É recomendável que se aplique a lei de defesa da concorrência ao caso até mesmo para evitar futuro questionamento judicial do laudo arbitral por violação à ordem pública (42) ou mesmo problemas na homologação de laudo arbitral estrangeiro. Isso porque, caso o laudo arbitral ignore ou mesmo contrarie o disposto na lei de concorrência, são diminutas as chances de o mesmo ser executado ● ou, quando a sentença for estrangeira, homologado por um dos países signatários da Convenção de Nova Iorque (43) .

Ainda que não seja possível rever o mérito no processo de reconhecimento e homologação de sentença arbitral estrangeira, analisa-se, nesse momento, a arbitrabilidade da matéria no país em que a sentença é objeto de reconhecimento e se a mesma fere a ordem pública daquele país (44) .

2.1 O caso Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc

Quando se fala em arbitrabilidade de conflitos na área de direito da concorrência, o caso Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc (473 U.S. 614 (1985)), julgado pela Suprema Corte norte-americana, é de análise obrigatória, pois representou um marco importante para a consideração da arbitrabilidade de disputas concorrenciais no âmbito da arbitragem internacional.

Até 1985, não se admitia nos EUA cláusulas arbitrais que incidissem sobre disputas envolvendo direito antitruste, uma vez que essa matéria era considerada indisponível e afeita a questões envolvendo políticas públicas, sob a égide da doutrina conhecida como “American Safety Doctrine” (45) . Isso mudou com o julgamento do caso Mitsubishi pela Suprema Corte, que admitiu a arbitrabilidade de disputas concorrenciais (*federal antitrust claims*).

A empresa japonesa Mitsubishi firmou contrato de distribuição de automóveis com a empresa revendedora Soler de Porto Rico, com cláusula arbitral que elegia a *Japan Commercial Arbitration Association* para resolver eventuais litígios que surgissem entre as partes. O conflito entre as empresas surgiu em função de restrições territoriais no contrato de distribuição, pois a distribuidora ● porto-riquenha, devido a dificuldades enfrentadas na venda dos automóveis, tentou cancelar pedidos e transferir a venda de carros para fora da área designada no contrato, o que foi visto como quebra contratual pela Mitsubishi.

A Mitsubishi, então, iniciou um procedimento de arbitragem no Japão para obter o pagamento e os danos decorrentes da quebra do contrato, bem como acionou a Justiça Federal americana (*US District Court*) com base no *Federal Arbitration Act* e na Convenção de Nova Iorque de Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras para obter ordem judicial que compelisse a Soler a submeter o conflito à arbitragem no Japão. A Soler se defendeu e apresentou reconvenção, alegando, além da quebra contratual, a violação pela Mitsubishi ao direito da concorrência, suscitando que as questões sobre essa matéria não eram arbitráveis porque decorriam de violação à lei antitruste norte-americana (*Sherman Act*) (46) .

A *District Court* determinou, então, que as partes submetessem o litígio à arbitragem, decisão que foi revertida pela *Court of Appeals*, que, aplicando a “*doctrine of American Safety*”, entendeu que a reconvenção apresentada pela Soler sobre violação ao direito da

concorrência não era arbitrável. A Suprema Corte, por fim, decidiu a matéria e entendeu que o litígio era sim arbitrável, considerando o caráter internacional da questão e também as seguintes razões:

[...] *There is no warrant in the Arbitration Act for implying in every contract within its ken a presumption against arbitration of statutory claims. Nor is there any reason to depart from the federal policy favoring arbitration where a party bound by an arbitration agreement raises claims founded on statutory rights.*

*Respondent's antitrust claims are arbitrable pursuant to the Arbitration Act. Concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes, all require enforcement of the arbitration clause in question, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context. See *Scherk v. Alberto-Culver Co.* The strong presumption in favor of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions is reinforced here by the federal policy in favor of arbitral dispute resolution, a policy that applies with special force in the field of international commerce. The mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assumption that the arbitration clause is tainted. So too, the potential complexity of antitrust matters does not suffice to ward off arbitration; nor does an arbitration panel pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes. And the importance of the private damages remedy in enforcing the regime of antitrust laws does not compel the conclusion that such remedy may not be sought outside an American Court. (47)*

Esse precedente, que afastou a *American Safety Doctrine*, passou a ser usado também para arbitragens domésticas nos EUA (48). A partir dele ficou claro que ainda que se reconheçam os impactos do direito da concorrência em políticas públicas, prevalecem nas demandas indenizatórias a disponibilidade e arbitrabilidade relacionadas ao direito daquele que foi prejudicado e busca a devida reparação pelo dano que sofreu.

No âmbito da União Europeia, também se tem entendido que demandas decorrentes de violação ao direito da concorrência (arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) são arbitráveis (49).

2.2 Responsabilidade contratual ou extracontratual?

Quanto às demandas indenizatórias, normalmente a formação de cartéis configura responsabilidade por ato ilícito, uma vez que é fato externo ao contrato, ou seja, uma responsabilidade extracontratual da empresa, cuja obrigação de reparar os danos está prevista no art. 927 do Código Civil e, mais especificamente, no art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência (50), que prevê que aqueles que forem prejudicados por práticas anticoncorrenciais podem ingressar em juízo para 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.

Muito embora o artigo fale de ingresso em juízo, dando a entender que as demandas reparatórias devem ser apresentadas junto ao Judiciário, nada obsta que, sendo o conflito disponível, as partes decidam resolvê-lo por meio da arbitragem ou outros meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Há também a possibilidade de se entender a responsabilidade da empresa dentro da esfera contratual. Nesse sentido, consideremos uma relação contratual entre determinada empresa e um de seus fornecedores que exista por 20 anos, a partir do mesmo contrato, apenas havendo o reajuste anual do preço. Posteriormente, suponhamos que a empresa descubra que por 5 desses 20 anos o fornecedor estava atuando em cartel e cobrando um preço acima do mercado (sobrep preço). Nesse momento, caso houvesse uma cláusula arbitral no contrato, poderia haver a extensão da cláusula arbitral para tratar dos prejuízos decorrentes da violação ao direito de concorrência em decorrência do cartel? Entende-se 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 (51). 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.

Na decisão do caso *Coors Brewing Co. v. Molson Breweries* (51 F.3d 1511 (10th Cir.)), da Corte de Apelação nos EUA, por exemplo, entendeu-se que estavam sujeitas à cláusula arbitral as demandas decorrentes da relação contratual, o que não abrangia atos competitivos realizados pelo demandado com terceiros que não faziam parte do contrato. Assim, apenas as disputas concorrenciais verticais que envolviam partes do contrato (como fabricante, distribuidor, revendedor, franqueado, varejista ou consumidor) estavam sujeitas à arbitragem, o que excluiu eventual fixação de preço ou prática anticompetitiva decorrente de relação com outros fabricantes ou vendedores, que podem ser demandados na Corte Estatal (52).

Por outro lado, na decisão *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716, 723 (9th Cir. 1999), a Corte de Apelação de outro circuito nos EUA entendeu que a cláusula arbitral seria ampla o suficiente para se estender a todas as disputas que surgissem em conexão com o contrato, uma vez que a resolução da demanda concorrencial demandava interpretação do contrato (53).

Importante ressaltar que mesmo que o contrato objeto da arbitragem seja inválido, inclusive como consequência de violação ao direito da concorrência, a cláusula arbitral é autônoma e permanece válida (princípio da autonomia da cláusula arbitral, também conhecido como *principle of separability of the arbitration clause* (54)).

▲
P 25
●
P 26
▼

A opção pela arbitragem pode vir por meio de cláusula arbitral ou compromisso. O que diferencia essas duas formas de convenção de arbitragem é o elemento temporal em relação ao litígio, pois, enquanto a cláusula arbitral é estipulada no contrato *antes* do surgimento do conflito (55), o compromisso (56) se dá *após* o seu surgimento. Em ambos os casos, sendo a responsabilidade das partes entendida como contratual ou extracontratual, é possível haver a opção pela arbitragem como forma de solução de conflito.

O art. 118 da Lei de Defesa da Concorrência determina que, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente. Sendo o CADE uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, a sua intervenção em processo judicial desloca a competência para a Justiça Federal (57). Contudo, quando a demanda reparatória não é judicial, mas arbitral, nada obsta que haja a participação de representantes do CADE na qualidade de testemunhas técnicas (*expert witness*).

3 Vantagens da Arbitragem

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos bastante utilizada na área empresarial. Isso porque ela traz importantes vantagens ao mundo dos negócios, como a confidencialidade (evitando o uso das informações do litígio pelos concorrentes ou outros *players* do mercado), celeridade e eficiência (pouco presentes no Judiciário), além da possibilidade de escolha dos árbitros com conhecimento técnico e das práticas de mercado ou de determinada indústria (a familiaridade com procedimentos arbitrais internacionais pode ter um peso importante a depender do litígio) e flexibilidade do procedimento.

Assim, um dos grandes atrativos da arbitragem é a possibilidade de as partes fazerem escolhas (autonomia da vontade), o que vai desde a escolha do(s) árbitro(s), da Câmara Arbitral (quando a arbitragem é institucional), do direito aplicável até o objeto e a sede da arbitragem, entre outras. Além disso, a ● sentença arbitral é um título executivo judicial, que pode ser executado dentro ou fora do país (quando o laudo for estrangeiro, poderá ser reconhecido e homologado em outros países).

▲
P 26
●
P 27
▼

Sobre as vantagens da arbitragem, pesquisa empírica realizada pela School of International Arbitration da Queen Mary (University of London), e patrocinada pelo White and Case, ouviu e mapeou as razões centrais por que as empresas escolhem a arbitragem internacional: como a escolha é feita, quem influencia essa decisão e quais fatores são mais importantes quando a empresa negocia cláusulas arbitrais. O que se destacou nas respostas dos entrevistados foram a flexibilidade e a possibilidade de se fazer escolhas na arbitragem, além da confidencialidade, do tempo e da eficiência deste procedimento (58):

ESCOLHAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À DISPUTA	ESCOLHA DA SEDE DA ARBITRAGEM
<i>68% of corporations have a dispute resolution policy. Whether or not they have a policy, corporations generally take a reasonably flexible approach to negotiating arbitration clauses. They have strong preferences regarding confidentiality and language and reasonably strong preferences regarding governing law and seat. In all cases, the result depends on the nature of the contract and the relative bargaining positions of the parties.</i>	<i>Choice of governing law is mostly influenced by the perceived neutrality and impartiality of the legal system with regard to the parties and their contract, the appropriateness of the law for the type of contract and the party's familiarity with the law.</i> <i>The decision about governing law is a complex issue to which most respondents and interviewees appear to take a considered and well thought out approach.</i>	<i>Choice of seat is mostly influenced by 'formal legal infrastructure', the law governing the contract and convenience.</i> <i>London is the most preferred and widely used seat of arbitration. London, Paris, New York and Geneva are the seats that were used most frequently by respondents over the past five years. The level of user satisfaction for these seats is high. For all four seats a majority of users described them as either "excellent" or "very good".</i>

ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM	ESCOLHA DOS ÁRBITROS	CONFIDENCIALIDADE	TEMPO
<i>Corporations look for neutrality and “internationalism” in their arbitration institutions and expect institutions to have a strong reputation and widespread recognition.</i>	<i>Open-mindedness and fairness, prior experience of arbitration, quality of awards, availability, knowledge of the applicable law and reputation are the key factors that influence corporations' choices about arbitrators.</i>	<i>The responses indicate that confidentiality is important to users of arbitration, but it is not the essential reason for recourse to arbitration. 50% of respondents erroneously believe that arbitration is confidential even where there is no specific clause to that effect in the arbitration rules adopted or the arbitration agreement and 12% did not know whether arbitration is confidential in these circumstances.</i>	<i>Disclosure of documents, written submissions, constitution of the tribunal and hearings are the main stages of the arbitral process that contribute to delay. According to respondents, parties contribute most to the length of proceedings, but it is the tribunal and the arbitration institution that should exert control over them to keep the arbitral process moving quickly.</i>

▲
P 27
P 28
▼

No âmbito internacional, a arbitragem também é escolhida muitas vezes pelo fato de os contratantes serem de diferentes países e não quererem se submeter às vicissitudes dos tribunais estatais do foro da parte adversa, evitando, assim, se submeter à incerteza e aos custos dos tribunais nacionais – que, nesse caso, apenas terão que reconhecer e homologar o laudo arbitral posteriormente.

No caso de disputas concorrenciais, essas vantagens também têm um valor importante e pesam na escolha da arbitragem como forma de solução de conflitos.

4 Vantagens de Outros Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos

Há também outros métodos alternativos ao Judiciário que podem ser aplicados na solução de disputas concorrenciais. Entre os métodos consensuais um destaque maior é dado neste artigo à negociação e mediação, principalmente quando há relação continuada entre as partes – como entre o comprador e os seus fornecedores ou distribuidores.

Isso porque os métodos consensuais valorizam a criação de valor, a obtenção de resultados criativos e o diálogo entre as partes envolvidas, o que pode se dar com a facilitação de um terceiro (no caso, o mediador) ou diretamente pelas partes e seus advogados (no caso da negociação). Os custos dos métodos consensuais costumam ser baixos e o seu procedimento flexível, podendo, assim como a arbitragem, serem realizados de forma *ad hoc* ou institucional (a maioria das câmaras de arbitragem também oferece serviços de mediação). A diferença para os métodos adversariais é que, na mediação, o terceiro não decide, poder que está nas mãos das partes, e sim atua como um facilitador da comunicação entre as partes que decidem o conflito (método autocompositivo).

Embora as formas consensuais de solução de conflitos possam estar previstas em cláusulas contratuais, elas também podem ser adotadas pelas partes depois de surgido o litígio, desde que haja consenso entre as mesmas quanto à sua aplicação (59).

Sobre a aplicação da mediação na área de concorrência, o estudo da OCDE já mencionado neste artigo ressalta a sua aplicação e utilidade, em especial no que diz respeito às demandas indenizatórias, uma vez que ela tende a preservar relações continuadas entre os litigantes e a ser mais rápida e mais barata do que métodos adversariais, como a arbitragem e o Judiciário.

▲
P 28
P 29
▼

Mediation is already well established in competition litigation. It offers all the advantages of litigation and arbitration, but without the substantial costs associated with lengthy proceedings involving both legal and economic experts. There are broadly two types of competition cases that are mediated; follow on damages claims and disputes concerning ongoing relationships in an industry. In the US, mediation has been instrumental in carrying out class actions, in relation to both mass torts and to competition claims. (60)

▲
P 29
P 30
▼

Alguns casos de cartéis internacionais na Europa e nos EUA ficaram conhecidos pela solução extrajudicial que tiveram as demandas indenizatórias e pela sofisticação do acordo global alcançado. Esse foi o caso do cartel de mangueiras marítimas (conhecido como caso Parker (61)), que gerou sobrepreço do produto entre os anos de 1986 e 2007

pela prática de um cartel mundial de fixação de preços (62).

Diante destes precedentes, e estando a mediação empresarial em fase de crescimento no Brasil (63), a solução de disputas concorrenciais por meio desta forma consensual de solução de conflitos (ou de formas consensuais mais sofisticadas, como o *Dispute System Design* (64)) também pode se tornar um campo de ● mercado fértil tanto para o advogado quanto para o empresário (65), e abranger até mesmo eventuais conflitos com os consumidores.

O mais importante é que, diante de um amplo “cardápio” com diferentes possibilidades de escolhas de métodos de solução de conflitos, consensuais e adversariais, a escolha daquele mais adequado ao conflito tenha passado por uma análise acurada tanto dos interesses (e prioridades) das partes quanto das características (potencialidades e limites) da técnica de solução de conflitos. Nesse sentido, o objetivo deste artigo foi ampliar o leque de escolhas no âmbito de demandas indenizatórias ajuizadas em face da prática de ilícitos concorrenciais, a fim de que as mesmas não tenham como único destino o Poder Judiciário (66).

Conclusão

Assim, tal como exposto neste artigo, muito embora o tema das demandas reparatórias decorrentes da prática de ilícitos concorrenciais seja novo no Brasil, ele tem começado a despontar no País seguindo a prática internacional observada nos EUA e na Europa. Verificou-se, ao longo desse estudo, que há um grande espaço para o aumento dessas demandas reparatórias no Brasil, especialmente aquelas que buscam a reparação de danos causados por cartéis.

Em conjunto com essa perspectiva de aumento das demandas reparatórias, surge a necessidade de se pensar também na possibilidade de solução extrajudicial desse tipo de demanda, como por meio da arbitragem, que é um método amplamente utilizado na prática internacional de litígios concorrenciais, além de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos, como a mediação e negociação, tendo o artigo analisado as vantagens e os critérios para escolha desses métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Nesse sentido, o artigo procurou trazer o instigante tema (da arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência) ao debate, analisando os principais precedentes internacionais sobre a matéria, uma vez que as demandas indenizatórias envolvendo questões concorrenciais, especialmente cartéis, tendem a se tornar usuais no Brasil.

References

- *) Mestre e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP), Professora da Graduação e da Pós-Graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), *Visiting Fellow* na Universidade de Yale (EUA) e na London School of Economics and Political Science (Reino Unido), Coordenadora Regional do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR), Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Integrante do Corpo de Mediadores de diversas Câmaras brasileiras, Advogada, Mediadora e Consultora na área de solução e gestão estratégica de disputas. Autora de artigos e livros sobre mediação, arbitragem e formas extrajudiciais de solução de litígios.
- *) Advogado na área de Direito da Concorrência, Bacharel em Direito pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo (EDESCP) da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP), Programa *GVLaw*. Mestre (*LL.M.*) em Direito Econômico Internacional (International Economic Law Business and Policy) pela Faculdade de Direito da Universidade de Stanford (EUA), *Non-Governmental Advisor* (NGA) do *Unilateral Conduct Working Group* da *International Competition Network* (ICN).

- 1) Um mapeamento das ações ajuizadas no Brasil até março de 2008, com objetivo de obter a reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou a cessação de tais práticas, nos Tribunais de Justiça Estaduais e Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal brasileiros, pode ser conferido em MATION, Gisela Ferreira. As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil. In: Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico (Org.). *Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica*, 2008. Brasília/DF, 2009. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013...>>. Levantamento posterior pode também ser conferido em GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos Tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*, ano 19, n. 21, jan./jun. 2012. Deve-se ressaltar que esses levantamentos não esgotam o número total de ações ajuizadas no Brasil com o objetivo de reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou a cessação de tais práticas, pois o fato de muitas dessas ações correrem sob sigilo de justiça inviabiliza um levantamento empírico completo dessas demandas reparatórias. Contudo, os levantamentos servem como um bom retrato de como o tema tem sido levado ao Judiciário e mostram que atores privados ainda se utilizam pouco desse mecanismo para buscar a reparação de danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais.
- 2) Nesse sentido, vide arts. 88 e seguintes da Lei nº 12.529/2011.
- 3) Nesse sentido, vide art. 36 da Lei nº 12.529/2011.
- 4) Nesse sentido, OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- 5) Nesse sentido, vide arts. 9º, inciso XIV, 13, inciso XV, e 19, entre outros, da Lei nº 12.529/2011.
- 6) A Lei nº 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não só definiu as diversas condutas anticompetitivas sujeitas à repressão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na esfera administrativa, como também trouxe modificação substancial na tipificação dos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/1990 na esfera criminal, bem como regulamentou o direito de ação na esfera civil. Sobre o assunto, vide CARVALHO, Vinicius Marques de et al. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*, ano 18, n. 20, jul./dez. 2011.
- 7) Na esfera administrativa, cabe ao CADE investigar e punir as condutas que violem a concorrência. A Lei nº 12.529/2011, no seu art. 36, traz um rol exemplificativo das condutas que podem ser consideradas anticoncorrenciais. A investigação dessas condutas pelo CADE ocorre por meio de um processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, que pode ser instaurado de ofício ou mediante representação de terceiros. As práticas ilícitas apuradas pelo CADE estão sujeitas a sérias punições administrativas, como multas pecuniárias no montante entre 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação por prazo não inferior a 5 (cinco) anos, entre outras.
- 8) O cartel, uma das práticas anticoncorrenciais coibidas pela Lei nº 12.529/2011, é tipificado como crime contra a ordem econômica pela Lei nº 8.137/1990. A persecução no Brasil do crime de cartel ainda é tímida, mas verifica-se que há uma tendência no aumento do número de ações penais voltadas a penalizar criminalmente as pessoas físicas que participaram do cartel. De acordo com CARVALHO, Vinicius Marques de et al. Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*, ano 18, n. 20, jul./dez. 2011: “Até 2010 contabilizou-se que 250 pessoas, entre donos e diretores de empresas, respondiam a processo por formação de cartel, sendo que ao menos 29 executivos já haviam sido condenados em decisão final – de primeiro ou segundo grau – por crime de cartel, a penas que superaram os cinco anos previstos na lei específica, em vista da aplicação de agravantes previstas no Código Penal”.
- 9) Em abril de 2012, o governo do Reino Unido publicou uma consulta pública com propostas para se viabilizar o aumento das ações reparatórias envolvendo condutas anticoncorrenciais (<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31901/12-742-private-action...>). Caso as modificações propostas pelo governo tenham sucesso, provavelmente haverá um aumento nesse tipo de demanda no Reino Unido.
- 10) Em junho de 2013, a Comissão Europeia lançou uma consulta pública apresentando uma minuta de Diretiva com o objetivo de regulamentar e facilitar o acesso às demandas indenizatórias para aqueles que sofreram danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/proposed_directive_en.html>). A expectativa da Comissão Europeia com essa Diretiva é de um aumento significativo no número de demandas reparatórias, especialmente aquelas voltadas à busca de indenizações decorrentes da prática de cartel.

- 11) Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, por exemplo, o CADE aplicou multas que somam mais de R\$ 170 milhões (cf. apresentação realizada pelo Presidente do CADE em Audiência Pública na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal ocorrida em julho de 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Novo%20Cade%20-%20Senado%20-%20julho%202013.p...>). A arrecadação do CADE (englobando multas, acordos judiciais e termos de cessação de condutas) entre 2009 e 2012 foi de, aproximadamente, R\$ 150 milhões e a arrecadação projetada para 2013 a 2015 será de, aproximadamente, R\$ 170 milhões (cf. Relatório de Gestão do CADE 2012. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%20de%202012_CADE_vers%C3%A3o%20final...).
- 12) No cenário internacional, John Connor e Gustav Helmers analisaram 283 cartéis internacionais em todo o mundo entre janeiro de 1990 e o final de 2005. Os dados encontrados pelos autores são bastante reveladores, principalmente no que diz respeito às indenizações obtidas em ações privadas, especialmente nos EUA: *“Measured in real 2005 money, aggregate cartel sales and overcharges totaled about \$1.2 trillion and \$500 billion, respectively. In the early 2000s, about 35 such cartels were discovered each year. We find that global cartels comprise more than half of the sample’s affected sales and are larger, longer lasting, and more injurious than other types. In the early 2000s world-wide corporate penalties stabilized at or above \$ 2 billion per year, one-thousand times penalties in the early 1990s. More than 40% of those penalties were from settlements in private suits, and most of the rest are fines imposed by U.S. and EU antitrust authorities. [...] Private damages suits in North America extracted at least 43% of the total penalties on international cartels. The median real penalty/sales ratio varied from 1.4 to 4.9%, depending on the type of prosecution. As a proportion of damages, median fines ranged from less than 4% for EU Member States’ cartels to 17.6% for Canada. Private plaintiffs obtained 38% of damages from international cartelists. World wide, median real cartel penalties of all types amounted to less than 21% of overcharges”* (sem grifos no original). Cf. CONNOR, John; HELMERS, C. Gustav. Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005 (January 10, 2007). AAI Working Paper nº 07-01, “The American Antitrust Institute”. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039#PaperDownload.
- 13) Muito embora, no Brasil, isso ainda não seja uma realidade, pois a cultura de reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais ainda está se firmando. Embora já existam diversas demandas que buscam esse tipo de reparação, não se tem ainda uma dimensão exata dos valores dessas indenizações.
- 14) De fato, há demandas reparatórias que tratam de outras condutas anticoncorrenciais que não o cartel. Como, por exemplo, no caso VASP-Petrobras, que tratou de uma ação ajuizada pela VASP contra a Petrobras por praticar discriminação de preços e prazos de pagamento na venda de combustível para a VASP, abusando de sua posição dominante no mercado de venda de combustível. Nos termos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a Petrobras foi condenada ao pagamento de R\$ 241.123.838,63 à VASP, a título de danos materiais decorrentes da discriminação do preço e dos prazos de pagamento praticados na venda de combustível para a VASP, pois praticou abuso de posição dominante no mercado de fornecimento de combustíveis às empresas aéreas, violando as disposições do art. 20 e art. 21, incisos XII e XIII, da Lei nº 8.884/1994. Após a decisão, as partes firmaram acordo (TJR), Apelação Cível nº 2006.001.02659, 8ª Câmara Cível, Relª Desª Letícia Sardas, J. 25.04.2006, em que é apelante Viação Aérea São Paulo S/A – VASP e apelada Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras).
- 15) Cf. SDE. Combate a cartéis e programa de leniência. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Coleção SDE/CADE, n. 1, p. 25. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Lenienciac%20SDE_CADE.pdf.
- 16) Sobre a tutela coletiva do direito da concorrência, vide PFEIFFER, Roberto. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, jan./dez. 2003.
- 17) Segundo Connor e Helmers, no cenário internacional, *“for most cartels, such as those discovered to have been active in Western Europe, only one government conviction occurred. However, for many North American cartels, a criminal conviction in the United States or Canada (often both) would be typically followed by private suits that frequently took two or three years to be settled. There are other temporal patterns as well. In some cases private settlements preceded the payment of fines, and in a significant number of cases private civil suits were successful for plaintiffs even though government investigations were closed without indictments”* (Statistics on Modern Private International Cartels cit., p. 26). Esse tempo do processo no Brasil é ainda maior.

- 18) A OCDE foi fundada em 14 de dezembro de 1961, sucedendo a Organização para a Cooperação Econômica Europeia, criada em 16 de abril de 1948. É um órgão internacional e intergovernamental que reúne os países mais industrializados e também alguns emergentes como México, Chile e Turquia. Por meio da OCDE, os representantes se reúnem para trocar informações e alinhar políticas com o objetivo de potencializar o seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais Países-membros. Em maio de 2007, o Conselho Ministerial da OCDE decidiu “fortalecer a cooperação da OCDE com o Brasil, China, Índia, Indonésia e África do Sul” por meio de programas de *enhanced engagement* (engajamento ampliado) com vistas a uma possível adesão à OCDE. O Brasil pode atuar, de forma seletiva, nos Comitês que lhe são de interesse e que lhe servem de fonte de informações e de plataforma para a divulgação de suas posições. Um dos Comitês de que participa é o Comitê de Concorrência (*Competition Committee*). Para mais informações sobre o Brasil e a OCDE, vide <<http://www.fazenda.gov.br/sain/pcn/PCN/ocde.asp>>.
- 19) “*Working Party n° 3 discussed advantages and disadvantages of arbitration compared to litigation before national courts; the arbitrability of competition claims; the duty of arbitrators to apply competition law; the review by courts of an arbitral award dealing with competition claims; and the use of arbitration clauses in merger remedies*”. Cf. OCDE (Hearing on Arbitration and Competition – working Party n. 3, 26 October 2010, DAF/COMP(2010)40), que contou com a participação e apresentações de especialistas como Mr. Emmanuel Jolivet, General Counsel at the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration; Mr. William Wood QC, Brick Court Chambers, specialising in commercial mediation; Ms. Laurence Idot, Professor, University Panthéon-Assas (Paris) and Member, Autorité de la Concurrence; Mr. Luca Radicati di Brozolo, Professor, Milan’s Catholic University and Partner, Bonelli Erede Pappalardo; Mr. Phillip Landolt, Lecturer, University of Geneva and Partner, Charles Russell; Mr. Akira Kawamura, Professor, Kyoto University’s Faculty of Law and Partner, Anderson Mori and Tomotsune; Dr. Johannes Lubking, Head of Unit, European Commission and Dr. Christopher Liebscher, Partner, Wolf Theiss.
- 20) Recentemente, um importante caso foi julgado pelo CADE, o cartel dos cimentos (Processo Administrativo n° 08012.011142/2006-79). Este caso, embora não tenha sido escolhido para ser analisado neste artigo, merece uma menção por ter representado uma condenação relevante para o CADE, com multas que chegaram ao valor agregado de mais de R\$ 3 bilhões. Muito embora os votos proferidos pelos Conselheiros do CADE ainda não tenham sido disponibilizados, verifica-se que o CADE se preocupou em exercer a sua atividade de promoção da concorrência ao recomendar que os lesados pela conduta anticompetitiva condenada busquem a reparação civil (indenização) pelos danos causados pelo cartel (o áudio da leitura do voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior está disponível em <<http://www.cade.gov.br/gravacoes/audio/2014/sessao44.asp>>). Ainda não se tem notícia de ações indenizatórias individuais que tenham sido ajuizadas nesse sentido, mas se sabe que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou uma ação civil pública com esta finalidade (Processo n° 0105302-66.2012.8.20.0001).
- 21) Processo Administrativo n° 08012.004086/2000-21.
- 22) Todas as ações ajuizadas ainda estão em trâmite no Judiciário, sem decisão final definitiva de mérito.
- 23) Processos n° 2009.34.00.035755-7, n° 2009.38.00.015651-4 e n° 2009.34.00.029734-2, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.
- 24) Processo n° 002406984815-8 (9848158-78.2006.8.13.0024), 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais.
- 25) Houve grande publicidade da ação ajuizada pelo Grupo Cobraço, havendo afirmações de que esta teria sido a primeira ação dessa natureza ajuizada no Brasil. Vide matéria publicada no Jornal O Estado de São Paulo (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2006/not20061003p17206.htm>>. Acesso em: 14 out. 2013).
- 26) Processo Administrativo n° 08012.009888/2003-70.
- 27) O Conselheiro Fernando Furlan, relator do processo administrativo no CADE, dedicou parte do seu voto à questão das demandas reparatórias como forma de ressarcimento dos prejuízos causados pelas empresas participantes do cartel. Nesse sentido, discorreu sobre a necessidade de se estimular e promover esse tipo de demanda no Brasil (vide item 7.3, p. 126 e seguintes do voto. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551201094.pdf>. Acesso em: 14 out 2013).
- 28) Processo n° 0000233-25.2011.4.03.6100, 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Essa ação foi extinta sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa da Sabesp. A Sabesp interpôs recurso de apelação que se encontra pendente de julgamento pelo TRF da 3ª Região.
- 29) Processo n° 002409709934-5 (7099345-90.2009.8.13.0024), 28ª Vara Cível de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais.
- 30) Processo n° 0002983-48.2012.4.03.6105, 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campinas.
- 31) O acordo de leniência é um mecanismo previsto nos arts. 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência que serve para incentivar a delação de cartéis para o CADE, permitindo que um participante de um cartel denuncie a prática anticompetitiva ao CADE e coopere com as investigações, recebendo, em troca dessa cooperação, imunidade antitruste administrativa e criminal ou redução das penalidades aplicáveis.

- 32) Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11.
- 33) Processo nº 583.00.2012.116924 (0116924-71.2012.8.26.0100), 33ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo.
- 34) Um exemplo recente é o da indústria de autopeças, onde se tem notícia de que pelo menos 12 *class actions* visando à recuperação de danos em diversos mercados de autopeças estão em andamento e foram ajuizadas logo depois do anúncio dos acordos criminais com o Departamento de Justiça dos EUA. Informações sobre as ações estão disponíveis em: <<http://antitrust.weil.com/articles/auto-parts-class-actions-proceed-after-motions-to-dismiss-denied/>>. Acesso em: 14 out. 2013.
- 35) Cf. MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010, p. 182-183. O autor extrai esses dados das seguintes fontes: LANDE, Robert H.; DAVIS, Josh Paul. Benefits from antitrust private antitrust enforcement: Forty individual case studies, mar. 2008; CONNOR, John; HELMERS, C. Gustav. Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005. American Antitrust Institute, Working Paper nº 07-01.
- 36) Nesse sentido, sobre arbitrabilidade, ressaltam Redfern e Hunter:
- “Arbitrability, in the sense in which it is used both in this book and generally, involves determining which types of dispute may be resolved by arbitration and which belong exclusively to the domain of the courts. Both the New York Convention and the Model Law are limited to disputes that are ‘capable of settlement by arbitration’.*
- In principle, any dispute should be just as capable of being resolved by a private arbitral tribunal as by the judge of a national court.*
- [...] However, it is precisely because arbitration is a private proceeding with public consequences that some types of dispute are reserved for national courts, whose proceedings are generally in the public domain. It is in this sense that they are not ‘capable of settlement by arbitration’.*
- National laws establish the domain of arbitration, as opposed to that of the local courts. Each State decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social, and economic policy.*
- [...] The legislators and courts in each country must balance the domestic importance of reserving matters of public interest to the courts against the more general public interest in promoting trade and commerce and the settlement of disputes. In the international sphere, the interests of promoting international trade as well as international comity have proved important factors in persuading the courts to treat certain types of dispute as arbitrable.” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5. ed. Oxford University Press, 2009. p. 122-123)*
- 37) Quanto à arbitrabilidade de conflitos envolvendo interesse público e contratos administrativos, vide SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011; GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2008; e LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- 38) Nesse sentido, foram proferidos pelo STJ, entre outros, os seguintes acórdãos sobre a matéria: REsp 606.345/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 17.05.2007; MS 11.308/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, J. 28.06.2006.

- 39) Esse é o caso da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos), que, em seu art. 23, XV, faz referência ao modo amigável de solução das divergências contratuais como cláusula essencial do contrato de concessão, além de prever, no art. 23-A, que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Nesse mesmo sentido, a Lei nº 11.079/2004 (que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública) também prevê, em seu art. 11, III, que o instrumento convocatório poderá prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Vão nesse mesmo sentido várias outras normas, como a Lei nº 9.478/1997 (que institui a ANP e, em seu art. 43, X, prevê que os contratos de concessão terão dentre suas cláusulas essenciais regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional); a Lei nº 11.909/2009 (que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, e, no art. 21, XI, determina que o contrato de concessão terá como cláusulas essenciais as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem); a Lei nº 9.472/1997 (Anatel), que, em seu art. 93, XV, prevê a obrigatoriedade da previsão, no contrato de concessão, de cláusula que contemple o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais; a Lei nº 10.233/2001 (ANTT/Antaq), cujos arts. 34-A, XVI, e 38, § 2º, XI, estipulam que deverão constar dos contratos de concessão, entre as cláusulas essenciais, regras sobre a solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; a Lei nº 10.438/2002, cujo art. 4º, § 5º, V, prevê que a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da ANEEL, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela ANEEL; e a Lei nº 10.848/2004, que, em seu art. 4º, § 6º, prevê que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE [Câmara de Comercialização de Energia Elétrica] e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo”.
- 40) O debate gira em torno do questionamento se a aplicação da lei de concorrência é uma obrigação ou faculdade, e se deve ser feita de ofício pelo árbitro ou apenas após provocação das partes. Sobre esse ponto, diz a OCDE: *“The extent to which arbitrators have the power or obligation to apply competition law sua sponte, differs from jurisdiction to jurisdiction. An arbitrator may try to guide the parties to reflect on the competition law issue, or may raise the competition law issue directly. The issue should be raised during the course of the proceedings rather than during the final decision to allow the parties to respond appropriately”* (OCDE, Hearing on Arbitration and Competition cit., Key Findings by the Secretariat, p. 9).
- 41) Cf. OCDE, Hearing on Arbitration and Competition cit., p. 11-12.
- 42) Nesse sentido, o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem brasileira determina que “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.
- 43) Atualmente, a Convenção de Nova Iorque conta com a adesão de 148 países, entre eles o Brasil (<<http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention-countries/contracting-states>>). O art. V, 2, a, b, da Convenção de Nova Iorque determina: *“Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of the country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country”*.
- 44) Além do art. V da Convenção de Nova Iorque, o art. 39, incisos I e II, da Lei de Arbitragem brasileira estabelece que será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira se o Supremo Tribunal Federal constatar que, (i) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; (ii) a decisão ofende a ordem pública nacional. Para uma análise dos casos que chegaram ao Judiciário brasileiro em sede de pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira entre 1996 e 2008, vide pesquisa empírica realizada pelo CBAR e Direito GV (Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf>).

- 45) A doutrina ganhou esse nome em face do julgamento *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2nd Cir. 1968), contrário à arbitrabilidade de disputas envolvendo direito da concorrência pelo fato de não envolverem questões meramente privadas. Conforme ressaltam Richard C. Levin e Gregory P. Laird, “the old rule, known as the American Safety doctrine, prohibited enforcement of contractual arbitration clauses covering antitrust disputes, even if the parties had specifically agreed to arbitrate ‘antitrust disputes’. One exception to this rule was that courts would often enforce an agreement to submit an antitrust dispute to arbitration if the agreement to arbitrate was reached after the dispute had arisen” (LEVIN, Richard C.; LAIRD, Gregory P. *International Arbitration of Antitrust Claims*. The Metropolitan Corporate Counsel, p. 10, May 2003).
- 46) “[...] in the counterclaim premised on the Sherman Act, Soler alleged that Mitsubishi and CISA (Chrysler International S.A) had conspired to divide markets in restraint of trade. To effectuate the plan, according to Soler, Mitsubishi had refused to permit Soler to resell to buyers in North, Central, or South America vehicles it had obligated itself to purchase from Mitsubishi; had refused to ship ordered vehicles or the parts, such as heaters and defoggers, that would be necessary to permit Soler to make its vehicles suitable for resale outside Puerto Rico; and had coercively attempted to replace Soler and its other Puerto Rico distributors with a wholly owned subsidiary which would serve as the exclusive Mitsubishi distributor in Puerto Rico.” [App. 91-96. Cf. *Mistubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* (473 U.S. 614 (1985), p. 624-640)]
- 47) *Mistubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* (473 U.S. 614 (1985), p. 624-640).
- 48) Nesse sentido, vide OCDE, Hearing on Arbitration and Competition (United States), working Party n. 3 on Co-operation and Enforcement, 26 October 2010, DAF/COMP/WP3/WD(2010)74 (Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bc/international/docs/1010arbitrationcompetition.pdf>>), onde é analisada uma série de julgados nos EUA, em que se entende que são arbitráveis demandas concorrenciais relacionadas a casos nacionais, entre eles estão *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716, 723 (9th Cir. 1999); *JLM Indus., Inc. v. Stolt-Nielsen SA, Ltd.* 387 F.3d 163 (2d Cir.2004). Para uma análise da decisão do caso Mitsubishi como um marco do reconhecimento da arbitrabilidade de litígios envolvendo direito da concorrência, vide, ainda, SANTOS, Mauricio Gomm. Antitrust Claims in Arbitration: the U.S. Perspective. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 31, p. 85-91, jul./set. 2011.
- 49) Sobre o tema, vide o que falam Redfern e Hunter:

“More specifically, it is now widely accepted that antitrust issues are arbitrable. In France, the arbitrability of competition law issues is now well established, having been acknowledged in the Mors/Labinal case in 1993, and reaffirmed by the Cour de Cassation in 1999. Likewise, in Switzerland, the arbitrability of EU competition law was recognised by a decision of the Federal Tribunal in 1992, in which the court found that: Neither Article 85 of the [EU] Treaty nor Regulation 17 on its application forbid a national court or an arbitral tribunal to examine the validity of that contract.

[...]

Rather than question whether antitrust issues are arbitrable, later decisions tend to indicate that – at least in the EU – international tribunals are duty bound to address such issues. In its landmark decision in Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, the European Court of Justice (ECJ) identified Article 81 of the EU Treaty as a matter of public policy that would justify the annulment or refusal of enforcement of an award that ignores it. In the context of a challenge to an award that gave effect to a licence agreement that was alleged, only after the award was rendered, to violate Article 81 of the EU Treaty, the ECJ ruled: A national court to which application is made for annulment of an arbitration award must grant that application if it considers that the award in question is in fact contrary to Article 81 EC (ex Art.85), where its domestic rules of procedure require it to grant an application for annulment founded on failure to observe national rules of public policy.

Although the ECJ did not explicitly rule on whether arbitrators have a duty to apply Article 81 ex officio if the parties themselves made no reference to it, this decision is generally seen – at the very least – as implying that arbitrators should do so or risk the annulment of their award on grounds of a violation of public policy. At the time of writing, no consensus exists as to the extent to which national courts will substantively review awards dealing with alleged violations of competition law during enforcement proceedings, beyond ensuring that the tribunal considered the antitrust allegations on the facts and ruled upon possible violations in the arbitral award.” (Cf. Redfern and Hunter on International Arbitration cit., p. 125/127)

Sobre o tema, vide ainda LEVIN, Richard C.; LAIRD, Gregory P. *International Arbitration of Antitrust Claims*. The Metropolitan Corporate Counsel, p. 10, May 2003; e MOURRE, Alexis. Arbitraje y Derecho de la Competencia: un panorama desde la Perspectiva Europea. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 10, p. 63-84, abr./jun. 2006.

- 50) “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”
- 51) Bruno Maggi entende que “a quebra da boa-fé somente poderia ocorrer nos casos em que se visasse um contrato específico, hipótese que não está presente nos casos de cartel. Os agentes participantes do conluio pretendem lucrar mais com as suas atividades de um modo geral, independentemente de quem será o comprador; assim, os contratos específicos não são considerados e a responsabilidade não pode ser classificada como contratual. Todavia, mesmo nesse caso há exceção, dependendo do tipo de cartel. Nos casos de cartéis cujas atividades também incluem fraude a licitações, o esforço dos cartelistas é direcionado para cada um dos processos licitatórios, de modo específico. Então, haveria quebra de boa-fé e a responsabilidade seria contratual” (*O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade cit.*, p. 113).
- 52) “*The United States Court of Appeals for the Tenth Circuit held that the arbitration clause in question covered only disputes arising out of the contract and not allegations that the defendant entered anticompetitive agreements with a third party not privy to the contract. According to a leading treatise, ‘Coors Serves to limit Mitsubishi mainly to ‘vertical’ antitrust disputes, which typically involve only the parties to a contract, such as manufacturer and a distributor dealer, franchisee, retailer, or customer. Once the dealer or equivalent firm challenges an antitrust restraint involving others – such as price-fixing or territorial division between the manufacturer and other sellers, then Coors apparently permits [a private antitrust] action against the plaintiff’s own contracting opposite’, despite the arbitration clause. In contrast, in JLM Indus., Inc. v. Stolt-Nielsen SA, the court construed an arbitration agreement to include antitrust claims alleging a price-fixing conspiracy where the plaintiffs were seeking joint and several liability against their contracting counterpart, even though other conspirators were involved. The court rejected the proposition that horizontal price-fixing claims were not arbitrable, as well as an argument that the choice-of-law provision permitting application of UK law, said to be more hostile to the plaintiffs’ claims, made the case nonarbitrable.*” (Extraído de OCDE, Hearing on Arbitration and Competition (United States) cit., p. 5)
- 53) “*In Simula, Inc. v. Autoliv, Inc, for example, the court required arbitration of an antitrust claim pursuant to a contract clause broadly requiring arbitration of ‘all disputes arising in connection with this Agreement’, because resolution of the antitrust claims required interpretation of the contract. In addition, the court noted that although the arbitrator might apply non-U.S. law, with relief that might differ from what a U.S. court could provide, the plaintiffs would receive adequate protection because the standard was whether ‘plaintiffs would be deprived of any reasonable recourse’.*” (Extraído de OCDE, Hearing on Arbitration and Competition (United States) cit., p. 4)
- 54) Nesse mesmo sentido, Redfern e Hunter ressaltam que “*what can an arbitral tribunal do when confronted with an allegation that the contract under which the arbitration is brought is itself an illegal restraint of trade or in some other way a breach of antitrust law? For example, in disputes between the licensor of a patent and the licensee, it has become almost standard practice for the licensor to allege, amongst a series of defenses, that in any event the license agreement is void for illegality. In general, an allegation of illegality should not prevent an arbitral tribunal from adjudicating on the dispute, even if its finding is that the agreement in question is indeed void for illegality. This is because, under the doctrine of separability, the arbitration clause in a contract constitutes a separate agreement and survives the contract of which it forms part*” (Redfern and Hunter on International Arbitration cit., p. 125).
- 55) A cláusula arbitral está prevista no art. 4º da Lei de Arbitragem brasileira, que estipula que “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. O § 1º deste mesmo artigo determina que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.
- 56) O compromisso arbitral está previsto nos arts. 9º a 12º da Lei de Arbitragem brasileira, devendo ser celebrado por escrito e conter, como elementos obrigatórios, o nome, a profissão, o estado civil e o domicílio das partes; o nome, a profissão e o domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem; e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.
- 57) Segundo o STJ, a transferência da competência só ocorre se o CADE de fato intervir no processo, não sendo suficiente que exista seu interesse no feito, se a intervenção não vier a ocorrer (Conflito de Competência nº 34.977/SP, 1ª Seção, Relª Min. Laurita Vaz, J. 26.02.2003). O STJ também já decidiu que a falta de intimação do CADE não é causa de nulidade do processo (REsp 453.658/PB, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 25.11.2002).
- 58) Para acessar integralmente os resultados da pesquisa “International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration (2010)”, vide <<http://www.whitecase.com/articles-10062010/#.UHLbGIWRIB0>>.

- 59) A grande vantagem na mediação estar prevista contratualmente é a sua escolha e aplicação não ficar sujeita ao momento pós-litígio, quando os ânimos das partes tendem a estar mais acirrados e menos voltados ao consenso sobre a escolha da forma mais adequada de solução de conflitos.
- 60) Quanto ao incentivo à mediação na comunidade europeia: *“In May 2011 the EU Mediation Directive came into law, and all member states are required to comply with it. The Directive aims ‘to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings’. An immediate consequence under UK law will be to allow mediated settlements to be enforced as if they were court judgments, including the introduction of a form of registration for the settlements. There are currently around 6,000 civil and commercial disputes mediated in England and Wales annually and the UK government has also pledged to mediate all private disputes”* (Cf. Hearing on Arbitration and Competition cit., Key Findings by the Secretariat, p. 10). Embora seja difícil acessar os casos mediados, em face da confidencialidade a que costumam estar sujeitos, esse mesmo estudo da OCDE faz referência a uma mediação bem-sucedida que foi realizada entre a British Marine Federation e British Waterways sobre *“the inland waterway marina and moorings market”*. A seguir, segue um resumo do caso, que foi obtido no site <<http://www.cedr.com/solve/studies/?param=186>>:

“Calming troubled waters between British Waterways and British Marine Federation

Nature of the dispute: Industry bodies

Amount in dispute: Dispute was not financial, rather it focused on developing acceptable business practice to ensure fair trade

Timing: Parties had an on-going relationship that became strained over several years as a result of unfair competition concerns

Mediation time: 2 days

Description of the situation: British Waterways, the public corporation that maintains the UK inland waterway network, operates both as a landlord and as a competitive vendor in the moorings market for pleasure craft using the waterways. In 2003, the British Marine Federation, the trade association for the boating industry of which British Waterways is a member, raised concerns that British Waterways' operations in the mooring market amounted to a breach of competition law. Over a three-year period British Waterways internally reformed many of its practices in its moorings operations but tensions over the issue continued to increase between the organisations.

In late 2005, discussions between the organisations broke down and the parties decided to attempt mediation to reach a resolution.

Particular features

*(British Waterways and British Marine's primary business concern is the same industry
i and therefore they do not have the option of walking away from their business
) relationship*

*(British Marine was no longer willing to continue simple informal discussions to
i resolve their issues
i
)*

*(If litigation were chosen as an option, it would be time-consuming, costly and would
i detract from both organisations' abilities to support the UK marine leisure industry.
i
)*

The mediation

Working together with a CEDR Solve mediator, over a two-day period, the parties were able to construct an agreement in principle that allowed them to maintain a working relationship enabling them to work together to ensure that British Waterways' mooring operations would exemplify the ideal of free trade.

Press statement from British Marine Federation and British Waterways when Mediation concludes with an agreement on 07 March 2006

British Marine Federation President Peter Methven said: ‘The mediation process has allowed us to reach agreement on a way forward. It is now up to all of us to make the implementation work. The BMF will continue to approach this issue constructively and with a positive attitude’.

British Waterways Chairman Tony Hales said: ‘We want to address the concerns of the inland waterways industry. The mediation has helped us to do this. We are committed to working together to put the agreed measures into place for the benefit for all our customers on the inland waterways’.”

- 61) A divulgação do acordo global foi feita por um escritório de advocacia americano que representou os compradores das mangueiras marítimas em acordo obtido em março de 2009 com a Parker ITR, uma das empresas que participou do cartel. Os termos do acordo estão disponíveis em <http://www.hausfeldllp.com/pages/inthenews/238/notice-of-parker-marine-hose-global-settlement>. O acordo se aplica não apenas aos compradores diretos da Parker ITR, que estejam em qualquer lugar do mundo, mas também aos compradores de mangueiras marítimas de outras empresas que faziam parte do cartel (Bridgestone, Trelleborg, Dunlop, Manuli e Yokohama), embora o conteúdo do acordo seja diferente nesses casos. A Parker ITR criou um fundo para arcar com os custos deste acordo, através de uma conta de depósito aberta no Citibank em Londres com o depósito equivalente a 16% do valor das vendas de mangueiras marítimas entre 31.01.2002 e 02.05.2007. Houve a participação de especialistas para a fixação das indenizações devidas em cada caso e para o gerenciamento das demandas.
- 62) As principais empresas petrolíferas, bem como outros importantes compradores das mangueiras marítimas já assinaram esse acordo, que contém os seguintes elementos:

“ Parker ITR has already paid an amount representing 16% of its sale of marine hose (during the period 31 January 2002 to 2 May 2007 (the ‘Settlement Period’), other than i marine hose that was sold in US commerce, into an interest bearing escrow fund in) London held with Citibank (Parker ITR was owned by other companies prior to 2002 – the pre-existing liability for the cartel remains with those companies);

(In return for giving up rights to sue Parker ITR and its parents or affiliates, purchasers i of marine hose from Parker ITR, other than purchasers of marine hose in US i commerce, can claim against the fund created by Parker ITR;

)

(An independent expert will determine how much of that fund goes to each Parker ITR i purchaser;

i

i

)

(The presumption is that direct purchasers from Parker ITR during the Settlement i Period, other than direct purchasers in US commerce, will be entitled to 16% of v purchases in the period unless they have passed on their loss;

)

(Lawyers, notice and administration fees and costs will be paid by Parker ITR on top of v the settlement funds and not out of those settlement funds. Thus, no claimant's) approved recovery from this settlement will be reduced for fees or costs;

(Purchasers from other cartelists will not be entitled to claim against the Parker ITR v settlement but, if settling, will obtain the benefit of extensive co-operation from i Parker ITR in pursuing claims against other cartelists; and)

(Claims will be administered by an independent claims administrator, FRA.”

v

i

i

)

- 63) Isso pode ser notado pela maior atenção que as Câmaras de Arbitragem e Mediação têm dispensado a revisão de seus regulamentos de mediação, tabelas de honorários, listas de mediadores, bem como na adoção de incentivos para criar um ambiente seguro e atrativo para o desenvolvimento da mediação institucional empresarial. No Brasil, pode-se mencionar os exemplos das Câmaras de Arbitragem e Mediação da FIESP (<http://www.fiesp.com.br/sobre-a-fiesp/camara-de-arbitragem>) e da CCBC (<http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&id=35>). Além disso, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário brasileiros tem atuado no sentido de regular a mediação, quer no ambiente judicial (o que tem sido feito de forma protagonista pelo Conselho Nacional de Justiça), quer através do debate legislativo sobre o marco legal da mediação, com a elaboração de projeto de lei para regular a matéria (PL 517/2011).
- 64) Vide sobre essa forma de solução de conflitos URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*. Cambridge, PON Books, 1993; e SUSSKIND, Lawrence; MCKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The Consensus building handbook: a comprehensive guide to reaching agreement*. Thousand Oaks: Sage, 1999.

- 65) Nos EUA, é conhecido o dado de que apenas 5% dos processos levados ao Judiciário vão a julgamento, pois a maior parte termina em acordo, antes ou durante o processo judicial, havendo um mercado privado de solução de litígios bastante fértil. Cf. HEISE, Michael. Justice Delayed? An empirical analysis of civil case disposition time. *Case Western Reserve L. Rev.*, v. 51, p. 813, 2000. Sobre dados em relação à mediação empresarial nos EUA, vide a pesquisa “The 2010-11 Survey of the Fortune 1000” promovida pelo CPR Institute, The Straus Institute for Dispute Resolution at Pepperdine University, School of Law e The Scheinman Institute on Conflict Resolution at the ILR School of Cornell University, que entrevistou representantes de 368 corporações nos EUA e aferiu o crescimento da mediação no mercado empresarial – os dados estão disponíveis em <http://feed.cpradr.org/cpradr/mp3/am13/CPR%20Materials.pdf>. Interessante pesquisa empírica sobre a organização do mercado de mediação empresarial nos EUA foi também desenvolvida por VELIKONJA, Urska. Making peace and making money: economic analysis of the market for mediators in private practice. *Albany Law Review*, v. 72, 2009.
- 66) Nesse sentido, Sander e Rozdeiczer, muito embora reconheçam que essa escolha da técnica adequada é mais arte do que ciência, montam matriz que auxilia as partes (e advogados) a analisarem, diante do caso concreto, os interesses buscados e as técnicas de solução de conflitos a partir dos seus diferentes pesos (SANDER, Frank. E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, 2006). Os autores concluem nesse texto que por mais que através da mediação as partes não cheguem a um acordo, elas saem do processo mais preparadas para resolver o seu litígio, ainda que em outro foro.

© 2019 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.