

ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 27/2010 | p. 162 - 194 | Out - Dez / 2010
DTR\2010\744

Luca G. Radicati Di Brozolo

Professor na Universidade Católica de Milão. Advogado.

Área do Direito: Financeiro e Econômico; Arbitragem

Resumo: A possibilidade de se utilizar a arbitragem como meio de solução de conflitos em matéria de concorrência tem sido debatida há tempos nos EUA e na Europa. Entretanto, a questão ainda é embrionária no Brasil. Desta forma, o autor busca demonstrar que não há impedimentos para o uso da arbitragem nessa seara, sendo possível, e inclusive recomendado, que se o faça, sem que haja o desrespeito aos princípios e instituições inerentes a cada área. Neste contexto, o autor se debruça sobre três aspectos relevantes à discussão: a arbitrabilidade de questões de concorrência, os limites da revisão pelo juízo estatal da sentença arbitral, e a maneira como os árbitros devem utilizar o Direito da Concorrência.

Palavras-chave: Arbitragem e direito da concorrência - Abordagem minimalista - Abordagem maximalista - Revisão de sentenças - Aplicação do direito da concorrência - Poderes e deveres dos árbitros

Abstract: The possibility of using arbitration as a means of solving issues regarding competition law has been long discussed in the US and in Europe. However, the debate is still in an embryonic stage in Brazil. Therefore, the author seeks to demonstrate that there are no obstacles to the use of arbitration in this area, since competition can be dealt with in arbitration without sacrificing either an effective enforcement of competition law or the basic tenets of arbitration law. In this context, the author focuses on three aspects relevant to the debate: the arbitrability of disputes raising issues of competition law, the scope and intensity of the review of the awards by state courts, and powers and the duties of arbitrators when faced with issues of competition law.

Keywords: Arbitration and Competition Law - Maximalist approach - Minimalist approach - Review of awards - Enforce-ment of competition law - Powers and duties of arbitrators

Sumário:

- 1. A arbitrabilidade do direito da concorrência - 2. A revisão de sentenças arbitrais por tribunais em procedimentos de anulação e de execução - 3. Os poderes e deveres dos árbitros em relação ao direito da concorrência - 4. Conclusão -

A relação ¹ entre arbitragem e direito da concorrência tem sido muito debatida entre acadêmicos e operadores do direito nos Estados Unidos e na Europa, onde permitiu avanços doutrinários interessantes. ² É quase inevitável que esse tema venha a ser corrente no Brasil, dada a combinação entre o entusiasmo com o qual o país abraçou a arbitragem e o papel crescente do direito da concorrência em transações privadas, tanto no Brasil quanto alhures. O propósito deste artigo é destacar os principais aspectos desse tema com o objetivo de demonstrar que não há conflito entre os mundos da arbitragem e do direito da concorrência, e que os dois podem interagir sem a necessidade de sacrificar os fundamentos de um ou de outro. Um entendimento claro disso poderia permitir ao Brasil adotar imediatamente uma abordagem aberta ao tema, sem ter que se sujeitar ao longo processo de aprendizado e aos debates que por muitos anos caracterizaram a interação entre as duas áreas do direito, particularmente na Europa.

Este artigo abordará as três situações em que a interação entre arbitragem e direito da concorrência é relevante. A primeira se refere à avaliação da arbitrabilidade de questões de direito da concorrência. Em princípio, qualquer assunto de direito da concorrência

pode surgir no contexto de demandas privadas. Em termos de direito da concorrência da União Europeia, por exemplo, estes abarcam toda a extensão do direito da concorrência, desde cartéis até abuso de posição dominante, subsídios estatais e controle de fusões. O direito da concorrência pode ser usado tanto como uma defesa (como um escudo, conforme dito por vezes) quanto como o fundamento de uma demanda (como uma espada). O ponto é saber se questões de direito da concorrência podem ser decididas por árbitros. Esta questão será enfrentada muito brevemente, pois não é mais seriamente questionado que o direito da concorrência é arbitrável.

O foco será, portanto, em maior grau, nos assuntos remanescentes do escopo da revisão de sentenças arbitrais por tribunais quanto a procedimentos de anulação ou de execução e de como árbitros devem lidar com o direito da concorrência. Ambos, obviamente, pressupõem uma resposta afirmativa relativamente à arbitrabilidade e permanecem mais problemáticos.³

1. A arbitrabilidade do direito da concorrência

Desde o emblemático julgamento Mitsubishi pela Corte Suprema dos Estados Unidos,⁴ tribunais e comentadores quase universalmente aceitam que a relevância de uma questão de direito da concorrência para a solução de uma disputa não é um entrave à arbitrabilidade.

O consenso quanto a esse ponto tem por base, em grande medida, a premissa dupla de que árbitros têm o dever de aplicar, e aplicarão, as regras concorrenciais pertinentes, com frequência tão competentemente, se não mais, que juízes nacionais, e de que, em qualquer caso, em procedimentos de anulação ou de execução, os tribunais detêm a possibilidade de dar uma "segunda olhada" na solução encontrada pelos árbitros. Geralmente, a justificativa para permitir a arbitrabilidade de disputas concorrenciais se encontra no fato de que a importância do direito da concorrência é agora quase universalmente reconhecida, já que a maior parte dos sistemas legais contém alguma forma de normas concorrenciais. Diferentemente do passado, árbitros estão agora bem preparados para aplicar essas normas e compreender que é um de seus deveres aplicá-las, da mesma forma que eles são requisitados a aplicar todas as outras normas cogentes relevantes para a solução do caso. Isso anda lado a lado com o reconhecimento de que, conforme será exposto abaixo, a arbitragem não é um meio de burlar o direito da concorrência e não interfere na efetiva aplicação de regras antitruste.

O reconhecimento da arbitrabilidade dessas disputas também tem muito a ver com a necessidade de respeitar a integridade do processo arbitral. Dada a potencial relevância do direito da concorrência numa gama ampla de disputas, se assuntos relativos a normas antitruste (assim como assuntos relativos a qualquer outra norma cogente) não fossem arbitráveis, haveria um enorme potencial para manobras táticas objetivando interferir nos efeitos apropriados de uma convenção de arbitragem.⁵

2. A revisão de sentenças arbitrais por tribunais em procedimentos de anulação e de execução

É agora um dos dogmas do direito da arbitragem na maioria dos sistemas jurídicos que sentenças arbitrais são em princípio definitivas, e de um ponto de vista prático deveriam ter o status de uma decisão de um tribunal estatal não sujeita a revisão por uma instância superior. As sentenças podem portanto ser anuladas ou terem sua execução negada somente em situações excepcionais. Especificamente, não pode haver a revisão do mérito e os únicos fundamentos para anulação ou recusa de execução relativos ao mérito são a ordem pública e julgamento ultra petita. Por outro lado, o direito concursal é cogente e, de fato, um suporte fundamental de sistemas jurídicos modernos que deve ser vigorosamente posto em prática. A questão é portanto se existe uma tensão entre estes dois pilares igualmente importantes. Em outras palavras, a natureza cogente do direito da concorrência demanda um tipo de revisão que vá além da revisão mínima normalmente tida por indispensável para salvaguardar o caráter

definitivo que as sentenças arbitrais têm em princípio?

É reconhecido amplamente que a natureza fundamental do direito da concorrência confere-lhe a natureza de ordem pública.⁶ Isto, contudo, está longe de ser conclusivo quanto à questão da natureza da revisão judicial de sentenças arbitrais em que se tenham levantado problemas de direito da concorrência e no tocante às quais se tenha alegado violação do direito da concorrência, seja por este não ter sido aplicado, seja por ter sido aplicado erroneamente. Em uma tal situação, um tribunal se depara com duas questões: (a) a suposta violação do direito da concorrência eleva-se ao nível de uma infração à ordem pública? E (b) que tipo de revisão da sentença o tribunal deve conduzir para verificar se a ordem pública foi violada?⁷

2.1 As abordagens "maximalista" e "minimalista"

Essas questões foram, em um certo momento, tema de um debate acalorado entre estudiosos, a despeito de os tribunais terem, de forma geral, adotado uma abordagem razoavelmente convergente que permite reconciliar os aparentemente opostos objetivos políticos de revisão mínima de sentenças e efetiva aplicação do direito da concorrência. Apesar de divergências doutrinárias já terem sido em boa medida superadas, é útil apresentar um breve panorama das posições opostas de comentadores, frequentemente referidas como as posições maximalista e minimalista.

A posição maximalista é alegadamente pautada por uma maior ênfase na necessidade de aplicar o direito da concorrência efetivamente. Na essência, aquela se funda no axioma de que somente um standard muito rigoroso de revisão de sentenças arbitrais em que tenham surgido questões de direito da concorrência é capaz de evitar a negligência do direito da concorrência e uma interferência na colocação em prática da política concorrencial. Portanto, os maximalistas defendem uma revisão irrestrita, pelos tribunais, das conclusões de fato e de direito da sentença a fim de verificar sua perfeita observância ao direito da concorrência mesmo à vista de meras alegações de sua violação.⁸ Esta posição extrai consequências extremas da proposição de que o direito da concorrência é parte da ordem pública, o que é sustentado para sugerir uma revisão profunda da sentença objetivando verificar se o direito da concorrência foi corretamente aplicado pelos árbitros. É também uma aplicação extrema da "teoria da segunda olhada", postulada pela Suprema Corte no caso *Mitsubishi*, o que essencialmente justificou a arbitrabilidade do direito da concorrência sob a premissa de que os tribunais detêm a possibilidade de dar uma "segunda olhada" na sentença na fase de anulação e execução. De acordo com os maximalistas, a partir disso se defenderia que um standard rigoroso de revisão da sentença pelos tribunais é o necessário *quid pro quo* para a ampliação da arbitrabilidade.

Sem menosprezar o papel fundamental da defesa do direito da concorrência, a posição minimalista postula que esse objetivo é alcançável de uma maneira que é mais consentânea com os princípios gerais relativos à arbitragem e ao papel dos tribunais na revisão de sentenças arbitrais. Esta visão defende que, também quando deparado com sentenças em que tenham surgido questões de direito da concorrência, o tribunal revisor deveria restringir-se a verificar se os árbitros enfrentaram estas questões (quando elas tenham surgido diante de si ou, em todo caso, quando era incontroverso que estas questões eram pertinentes ou foram-lhe intencionalmente ocultadas) e se elas foram decididas de maneira competente. O tribunal deveria abster-se de rever as conclusões de fato e de direito dos árbitros e não deveria pretender aferir se o direito da concorrência foi aplicado "corretamente".⁹

A posição minimalista se funda em grande medida na proposição de que uma considerável deferência deveria ser dada à solução encontrada pelos árbitros e à habilidade destes de aplicar o direito da concorrência de maneira competente. Esta deferência é vista como o corolário quase inescapável do reconhecimento da arbitrabilidade do direito da concorrência e, mais geralmente, de normas cogentes. Ademais, é previsto nos princípios da definitividade e da neutralidade da arbitragem e na

proibição de uma revisão do mérito. A deferência à decisão dos árbitros é também justificada pelo fato de que a arbitragem é reconhecida pelos Estados como um meio de solução de disputas no mesmo nível do recurso a tribunais nacionais e que - pelo menos com referência à arbitragem internacional - este reconhecimento é até mesmo ditado por uma convenção internacional (a Convenção de Nova Iorque - Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958). É verdade que os Estados reconhecem a arbitragem apenas desde que seus tribunais tenham a última palavra, mas isto apenas na medida necessária para evitar o risco de violações sérias e evidentes de princípios fundamentais.

A presunção de deferência à decisão dos árbitros encontra suporte na dicção exemplar da Corte Suprema dos Estados Unidos, que estabeleceu os fundamentos do standard de revisão de sentenças arbitrais em questões antitruste: "enquanto a eficácia do processo arbitral requer que a revisão substancial na fase de execução da sentença permaneça mínima, isso não requereria uma averiguação intrusiva para aferir se o tribunal tomou conhecimento das questões antitruste e de fato as decidiu".¹⁰

O significado completo dessa decisão, e a relação entre o reconhecimento da arbitrabilidade de questões antitruste e um standard de revisão mínimo, foi autorizadamente enunciado por outro tribunal estadunidense, que arrazoou que:

"[O caso] Mitsubishi não contemplou que, uma vez terminada a arbitragem, os tribunais federais jogariam o resultado no cesto de lixo e litigariam sobre questões antitruste de outra forma. Isso seria justamente uma outra forma de dizer que questões antitruste não são arbitráveis." ¹¹

A natureza da revisão de sentenças na perspectiva minimalista é igualmente bem encapsulada em outro julgamento estadunidense que aprovou a rejeição, pela instância inferior, de um pedido de anulação de uma sentença nos seguintes termos:

"(...) não é manifesto que o árbitro negligenciou o direito na conclusão (...) essa conclusão não foi irracional, arbitrária ou caprichosa";

"(...) uma revisão dos autos arbitrais, incluindo os pedidos e provas submetidos ao árbitro, transcrições, a sentença e as conclusões arbitrais, indica que o árbitro considerou totalmente os argumentos de ambas as partes, o direito aplicável e desenvolveu uma vasta familiaridade com o caso. (...) Tampouco é evidente para este Tribunal que o árbitro propositalmente ignorou o direito aplicável na elaboração da sentença";

"(...) o árbitro, ao chegar a suas conclusões, estava bem versado nos elementos jurídicos que constituíam conduta excludente, anticompetitiva, bem como nos fatos do caso".¹²

Enquanto esses pronunciamentos são expressos com referência à lei antitruste dos Estados Unidos, seus fundamentos intelectuais são igualmente aplicáveis à revisão de sentenças arbitrais em outros sistemas de direito da concorrência. O direito da concorrência é de fato não menos fundamental nos Estados Unidos do que em qualquer outro lugar. Na verdade, o papel dos tribunais na aplicação do direito da concorrência é mais significativo nos Estados Unidos do que, por exemplo, na Europa, onde a aplicação pública do direito da concorrência é muito mais importante do que sua aplicação privada, já que o impacto da aplicação se baseia na Comissão Europeia e em autoridades concorrenciais nacionais. Não há portanto razão para crer que um standard mais rígido de revisão judicial de sentenças deva ser necessário em lugares outros que os Estados Unidos.

A visão de que uma revisão profunda do mérito de sentenças envolvendo direito da concorrência não é indispensável para salvaguardar a ordem pública se funda também na assunção de que, contrariamente à crença dos maximalistas, a ordem pública não

coincide com normas cogentes. Isto significa que nem toda violação concebível ou descumprimento de uma norma cogente, e especificamente de uma norma de direito da concorrência, pode ser considerada uma transgressão à ordem pública com supedâneo no art. V, 2, b, da Convenção de Nova Iorque ou em dispositivos nacionais acerca da anulação de sentenças. São tão somente as violações mais sérias a estas regras que se elevam ao nível de transgressões à ordem pública.

Além disso, essa abordagem rejeita a crença maniqueísta de que é sempre possível traçar uma distinção clara entre aplicações "corretas" e "incorretas" do direito da concorrência (e do direito em geral) e é conformemente menos entusiástica no que tange à presunção de que uma revisão profunda de sentenças arbitrais é invariavelmente capaz de assegurar a "correta" aplicação do direito da concorrência. Com efeito, parece ingênuo acreditar que, na presença de um assunto repleto de complexidades fáticas e legais, como é o caso na maior parte de disputas envolvendo direito da concorrência, haja apenas uma solução "correta" para o problema, que seja ademais autoevidente. Nestas circunstâncias, parece uma pura petição de princípio sustentar que as conclusões de um tribunal revisor da sentença possam ser consideradas uma aplicação mais "correta" do direito da concorrência do que aquela dos árbitros.

Para considerar a situação mais comum na revisão de decisões de direito concorrencial, não há garantia de que as conclusões de um árbitro quanto à inexistência de violação do direito da concorrência (por exemplo, de que o contrato não é nulo porque não conflita com a proibição de pactos anticompetitivos ou porque satisfaz as condições para uma isenção) é de alguma forma menos "correta" do que uma possível conclusão contrária por um tribunal revisor de que o direito da concorrência foi violado. O tribunal não necessariamente pode ser tão bem, ou melhor, versado em direito da concorrência do que os árbitros; pode ser simplesmente mais conservador ou formalista; frequentemente ele não terá tido a oportunidade de rever a prova ou a análise econômica com a mesma riqueza de detalhes que os árbitros; poderá ter uma apreciação diferente dos fatos ou dos princípios legais; mais geralmente, poderá ter apenas uma visão divergente do problema que é intrinsecamente discutível.

A talvez maior habilidade dos tribunais, se comparada à dos árbitros, para detectar e sancionar violações de direito concorrencial, torna-se mais discutível depois da mudança de uma abordagem formal de normas concorrenciais para uma abordagem econômica.

Não apenas, portanto, uma revisão profunda não leva a uma melhor aplicação do direito da concorrência. O que é pior, tal revisão implica um aumento exponencial da probabilidade de anulação ou não execução de sentenças como uma consequência de os tribunais se sobreporem à apreciação dos fatos e do direito pelos árbitros. Isto se dá porque os tribunais não estão imunes à propensão quase nata de qualquer revisor de encontrar falhas naquilo feito por outros.¹³ Se requeridos a rever em profundidade o mérito das conclusões dos árbitros, é quase inevitável que os tribunais frequentemente terão visões diferentes. O resultado é uma séria ameaça à definitividade, em princípio, de sentenças, a qual não é justificada pela necessidade de evitar infrações sérias ao direito da concorrência.

Outrossim, um pedido para que os tribunais revejam sentenças em profundidade quando uma violação do direito da concorrência é simplesmente alegada forneceria uma ferramenta formidável para táticas protelatórias e de má-fé pelas partes perdedoras na arbitragem, cuja motivação é meramente o interesse próprio e não a "correta" aplicação da lei. O prospecto de consequências negativas decorrentes da descoberta de que a tentativa de atacar a sentença era espúria (danos, juros, penalidades, custas legais etc.) pode não necessariamente atuar como um desestimulante efetivo, especialmente se existe uma razoável chance de que o ataque será acolhido como resultado de uma propensão do tribunal a rever o mérito e de uma tendência escassa de manter a definitividade de sentenças.

2.2 A compatibilidade de uma revisão restrita de sentenças com a efetiva aplicação do

direito da concorrência

Aceitar a decisão dos árbitros, exceto se ela manifestamente viola um princípio fundamental, não é, de maneira nenhuma, comparável à abdicação ao papel supremo do Estado de garantir a devida aplicação do direito da concorrência. Em outras palavras, confiar nos árbitros não significa permitir a partes privadas manipular a lei ou ser brando na aplicação de medidas antitruste.

Uma revisão profunda da sentença não é indispensável para assegurar a efetividade da aplicação privada do direito da concorrência e para atuar como um desestímulo contra o uso da arbitragem para burlar o direito da concorrência. Árbitros rotineiramente, e deveras competentemente, aplicam o direito da concorrência, com frequência de ofício, quando eles o consideram aplicável. Portanto, mesmo se as partes optam pela arbitragem na esperança de evitar o direito da concorrência, elas não têm a certeza de alcançar este resultado. Sempre permanece uma grande chance de que questões de direito da concorrência surgirão ao final, no caso de disputa pela parte que acredita que isso possa beneficiá-la. Conforme será discutido mais abaixo, é implausível que árbitros conscientemente entreguem-se a uma estratégia das partes de usar a arbitragem para alcançar finalidades anticompetitivas ilegítimas.¹⁴ Em qualquer caso, especialmente dada a publicidade que comumente circunda esses casos, se uma violação inescusável do direito da concorrência resta não sancionada pelo tribunal que revê a sentença, remanesce também a possibilidade de uma intervenção pelas autoridades concorrenciais competentes ou uma ação indenizatória por terceiros.¹⁵

Dessa forma, contrariamente aos temores ventilados pelos defensores de uma revisão profunda, o ponto de vista que é mais condizente com os princípios básicos do direito da arbitragem de forma nenhuma menospreza a importância fundamental do direito da concorrência ou a necessidade de aplicá-lo efetivamente e de prevenir o uso da arbitragem para burlá-lo. O ponto em que as duas posições divergem é na crença em que um controle profundo é mais adequado para garantir este objetivo, ou é talvez o único instrumento para tanto. Mesmo uma revisão restrita é capaz de conduzir à anulação ou à recusa de execução de sentenças que, inquestionavelmente, violam o direito da concorrência, e de, portanto, proteger os interesses do direito e da política da concorrência. Onde a violação não é *prima facie* aparente quando de um exame atento da sentença - e, possivelmente, se as circunstâncias o requerem, dos pedidos e dos principais elementos dos autos -, é pouco provável que a sentença seja tão seriamente defeituosa a ponto de ocasionar uma violação verdadeira da ordem pública. Mesmo se tal revisão não eliminasse cada uma das sentenças que pudesse ser concebida para endossar uma aplicação incorreta das normas concorrenciais, isto não seria por si só fatal para a política concorrencial. De fato, o que é crucial para a política concorrencial é que não haja oportunidade para uma sentença que é séria e incontroversamente defeituosa (ou que é resultado de uma tentativa deliberada de evitar o direito da concorrência) escapar da anulação ou da recusa de execução e, mais genericamente, que não haja o risco de um abuso sistemático da arbitragem para contornar o direito da concorrência. Uma revisão de sentenças objetivando assegurar que os árbitros enfrentaram questões de direito da concorrência de maneira competente e que não deixaram de dar atenção a uma violação patente e inegável das normas aplicáveis é suficiente para garantir a consecução deste objetivo.

A política concorrencial não requer (tampouco poder-se-ia razoavelmente sustentar que requeresse) que toda e qualquer situação que possa, em alguma leitura das normas aplicáveis, ser caracterizada como violadora do direito da concorrência ser escrutinada em detalhe e sancionada. Em outras palavras, a política concorrencial não é posta em risco se ocasionalmente uma sentença que aplique o direito da concorrência de forma discutível é mantida conforme proferida.¹⁶ Uma revisão de decisões publicadas de tribunais que tenham anulado ou que tenham recusado execução a sentenças arbitrais por um alegado contraste com o direito da concorrência mostra que as decisões em questão, ou não estavam nem mesmo "erradas" de uma perspectiva de direito da

concorrência, ou tinham de alguma forma adotado uma solução que era no máximo questionável,¹⁷ mas certamente não seria o suficiente para elevar-se ao standard de uma transgressão de um princípio fundamental capaz de ameaçar a efetividade geral da aplicação de medidas antitruste.

Em suma, a abordagem favorável a uma revisão restrita visa a encontrar o equilíbrio entre uma proteção efetiva e realista dos objetivos do direito da concorrência e os princípios que regem a arbitragem. A abordagem oposta parece motivada por uma preocupação um tanto superestimada de que a arbitragem fornece um meio para fraudar o direito antitruste e pela crença de que mecanismos ordinários para o controle de sentenças arbitrais são inaptos a combater os riscos possíveis. O que passa despercebido a esta visão é que mesmo um tal escrutínio é incapaz de prevenir situações paradigmáticas em que a arbitragem seria usada para contornar o direito da concorrência. Por exemplo, uma situação em que ambas as partes estão seriamente empenhadas na violação do direito da concorrência e no uso da arbitragem para resolver suas disputas relativas a esta conduta ilegal sem trazer à tona a ilegalidade subjacente. Se, nessa situação, as partes sucedem no seu intento e obtêm uma "sentença" que resolva a disputa com o auxílio de "árbitros" que, intencionalmente ou não, entregam-se à estratégia das partes, mesmo o standard mais rigoroso de revisão judicial seria inútil. Isto se dá porque é pouco provável que a sentença seja algum dia submetida a um tribunal.

2.3 A jurisprudência

De forma geral, a jurisprudência segue a abordagem segundo a qual sentenças que abarquem questões de direito da concorrência não deveriam ser sujeitas a uma revisão judicial mais intrusiva do que outras decisões e a revisão ordinária à luz da ordem pública é suficiente.

Os tribunais nos Estados Unidos são resolutos na sua posição de que sentenças arbitrais não podem ser sujeitas a uma revisão profunda e de que a decisão dos árbitros deve ser respeitada salvo em circunstâncias excepcionais.¹⁸

A situação é agora essencialmente a mesma na Europa.¹⁹ Mesmo a Corte Europeia de Justiça, que sedimentou em *Eco Swiss* o agora incontestado princípio de que o direito da concorrência é parte da ordem pública, reconhece que "está no interesse de processos arbitrais eficientes que a revisão de sentenças arbitrais deva ser limitada em seu escopo, e que a anulação ou recusa de reconhecimento de uma sentença deva ser possível apenas em circunstâncias excepcionais".²⁰ A posição dos tribunais franceses é particularmente firme em sustentar que uma averiguação intrusiva da sentença deveria ser sempre evitada. No conhecido caso *Thalès vs. Euromissile*, o Tribunal de Apelação de Paris recusou-se a anular uma sentença de indenização por inadimplemento contratual que não havia nem mesmo examinado a questão de antitruste ventilada pela primeira vez no procedimento de anulação.²¹ O tribunal sustentou que a violação da ordem pública deve ser "flagrante, efetiva e concreta" e que não lhe tocava decidir o mérito de uma disputa muito complexa relativa à mera alegação de ilegalidade de determinado dispositivo contratual que não havia sido nem requerido, nem decidido pelos árbitros. Esta abordagem foi confirmada várias vezes pelos tribunais franceses, incluindo a Corte de Cassação tanto em procedimentos de anulação quanto de execução.²²

Uma abordagem restritiva quanto à revisão judicial também é seguida pelos tribunais na Itália,²³ na Alemanha,²⁴ Suécia²⁵ e Bélgica.²⁶

Também houve algumas decisões que seguiram um standard mais intrusivo de revisão, uma das quais foi revertida em apelação. Aquelas não parecem representar a principal posição sobre o tema.²⁷

2.4 O standard de revisão judicial de sentenças envolvendo questões de direito da concorrência

Em que pesem algumas divergências remanescentes quanto à abordagem apropriada à revisão judicial de sentenças envolvendo questões de direito da concorrência, os pontos principais parecem agora razoavelmente bem estabelecidos e amplamente compartilhados.

De início, há um consenso de que a revisão judicial de sentenças em procedimentos de anulação e de execução é essencial para garantir que a arbitragem não seja usada como uma ferramenta para evitar o direito da concorrência, dada a premissa de que os árbitros são obrigados a aplicá-lo.²⁸ Portanto, sentenças que levantem questões de direito da concorrência podem, em certas - apesar de excepcionais - circunstâncias, serem anuladas ou terem sua execução rejeitada se elas violarem o direito da concorrência. O instrumento para tanto é a ordem pública.

O escrutínio de sentenças através do prisma da ordem pública para filtrar violações inaceitáveis do direito da concorrência traz duas questões diversas. Primeiramente, que tipo de violações do direito da concorrência constitui transgressão à ordem pública? Em segundo lugar, qual é o nível apropriado de análise ao qual os tribunais devem sujeitar uma sentença para o fim de detectar se seu tratamento (ou não tratamento) do direito da concorrência viola a ordem pública? No tocante a ambos estes lados do standard de revisão judicial, um equilíbrio adequado entre as duas políticas concorrentes relativas à definitividade de sentenças e efetiva aplicação de medidas antitruste deve ser encontrado.

2.4.1 As infrações do direito da concorrência que configuram transgressões à ordem pública

O fato de que o direito da concorrência, ou pelo menos seus objetivos básicos, ser parte da ordem pública não pode significar que qualquer alegação de violação ao direito da concorrência possa resultar na anulação ou recusa de execução de uma sentença por violação à ordem pública.

É agora comumente admitido que, a fim de assegurar um equilíbrio entre o respeito à ordem pública e a efetividade da arbitragem, a transgressão à ordem pública (e portanto ao direito da concorrência) deve ser "efetiva" e "concreta". Isso significa que a compatibilidade da sentença com a ordem pública deve ser verificada com relação à situação específica, de forma a determinar se a solução dos árbitros verdadeiramente põe em risco os objetivos da política concorrencial.²⁹ A aplicação errônea, e mesmo a não aplicação, do direito da concorrência pelos árbitros, ou ainda um desvio de uma decisão de uma autoridade concorrencial,³⁰ não são por si sós suficientes para configurar uma transgressão à ordem pública.³¹ As únicas infrações ao direito da concorrência capazes de se qualificar como violações à ordem pública, e por isso de implicar a anulação ou recusa de execução de uma sentença, são portanto aquelas que seriamente põem em risco os objetivos da política concorrencial.³² Do requerimento de que a violação da ordem pública seja séria decorre que a decisão dos árbitros não pode ser repreendida por erros ou omissões que não impliquem severas consequências para a política concorrencial.³³

Na prática, essa conclusão leva em devida consideração o objetivo da definitividade, em princípio, de sentenças. Isso é também fundado no reconhecimento de que opiniões podem diferir no que atine à correta solução de um problema específico envolvendo a aplicação do direito da concorrência a um dado conjunto de fatos e de que:

"Não há sentido em anular a sentença quando o juiz, em procedimentos de anulação, não concorda completamente com a solução dos árbitros, se ele é da opinião de que os árbitros deveriam ter sido mais rigorosos na aplicação (...) do direito da concorrência, ou se ele suspeita de que os árbitros não exauriram as possibilidades de adquirir uma visão precisa da situação de mercado".³⁴

Essa abordagem em essência também leva em conta o fato de que sancionar toda e

qualquer pretensa violação do direito da concorrência, mesmo se isto permanece não detectado ou não punido numa sentença arbitral, não é indispensável ao avanço da política concorrencial. O efeito desestimulante buscado pelas normas de direito da concorrência resta intacto como resultado da certeza de que qualquer violação séria a estas normas que possa ter sido tolerada na sentença, não será aceita no estágio de revisão da sentença, somada à falta de certeza de que os próprios árbitros serão levados a tolerar uma tal violação.³⁵

Mesmo um dos principais apoiadores da visão maximalista concorda que - para configurar uma transgressão à ordem pública - uma infração ao direito da concorrência deve ser "concreta, efetiva e séria".³⁶

Obviamente, como com todas as normas gerais, pode ser difícil apontar com precisão o que constitui uma violação concreta, efetiva e séria ao direito da concorrência. Haverá, todavia, pouca dúvida de que uma sentença que tolera um acordo horizontal que incorpore uma assim dita restrição grave ao direito da concorrência, como divisão de mercados, fixação de preços ou troca de informações sensíveis em acordos horizontais, seja facilmente considerada como conflitante com a ordem pública. É menos óbvio que uma violação à ordem pública seja encontrada em uma sentença que lide com uma restrição vertical, já que esse tipo de restrição é geralmente visto como menos sério.³⁷ Assim, ao menos certos tipos de abusos de posição dominante poderiam, sob certas circunstâncias, ser considerados como configuradores de sérias violações do direito da concorrência que impliquem transgressão à ordem pública, assim como poderiam sê-lo certas violações a normas aplicáveis a subsídios estatais. Uma violação à ordem pública poderia talvez ser encontrada também onde uma sentença deliberada e injustificadamente ignore o direito da concorrência.

Também nesses casos, mesmo os maximalistas concordam que uma transgressão à ordem pública somente subsistirá se a sentença impôr a perpetuação do comportamento anticompetitivo.³⁸ Ao revés, a ordem pública não seria em princípio infringida se os árbitros simplesmente concedessem indenização por uma conduta passada, numa situação em que a alegada violação do direito da concorrência tenha cessado.³⁹ É com base neste raciocínio que um maximalista tradicional⁴⁰ aprovou a decisão de tribunais franceses de executar uma sentença que, a despeito de declarar um contrato nulo por transgressão ao direito da concorrência, concedeu indenização em um valor superior àquele que teria sido devido com base no contrato inválido.⁴¹ Os tribunais e o comentador reconheceram que, uma vez que o comportamento anticompetitivo cessou, também como resultado da declaração de nulidade do contrato, a concessão de indenização é irrelevante da perspectiva da ordem pública.

2.4.2 A natureza do escrutínio da sentença pelo tribunal revisor

Também sobre a questão da intensidade do escrutínio da sentença pelos tribunais para avaliar se uma violação à ordem pública ocorreu parece haver uma ampla convergência. Na prática, maximalistas também reconhecem que um escrutínio profundo - apesar de não dever ser afastado por completo - deve permanecer excepcional.

2.4.2.1 Revisão baseada apenas na sentença

A revisão não deveria implicar um rejugamento da disputa.⁴² Os procedimentos de anulação ou execução da sentença não deveriam ser uma oportunidade para a parte perdedora na arbitragem, por assim dizer, dar uma segunda mordida na cereja. Por outro lado, é difícil contestar que, se a revisão deve ser significativa a fim de operar como um desestimulante contra sentenças seriamente capazes de pôr a concorrência em risco, a incumbência dos tribunais revisores não pode ser meramente aquela de proferir decisões aprovadoras meramente protocolares. Os tribunais devem portanto exercitar alguma medida de controle. Conforme percebido por um comentador, este controle deve ser "genuíno, enquanto ao mesmo tempo restrito".⁴³ Isso significa que os tribunais não podem simplesmente limitar sua revisão a verificar que, superficialmente, a sentença

falha em revelar ilegalidades escancaradas. A fim de executar sua função propriamente, os tribunais devem estar numa posição de ter uma visão suficientemente clara da situação geral. O tribunal revisor não pode, portanto, restringir-se a controlar a parte operacional da sentença, já que, tomado por si só, isso será quase invariavelmente sem sentido para os propósitos de revelar uma possível transgressão à ordem pública. O tribunal revisor deve ao menos examinar com algum detalhe o fundamento da sentença. Na maior parte dos casos, isso deveria ser suficiente para repelir a necessidade de uma análise mais exaustiva do mérito do caso.⁴⁴ Isso geralmente será o caso em que o fundamento é suficientemente exaustivo com relação às questões fáticas e jurídicas subjacentes e aos fundamentos para as conclusões dos árbitros sobre as questões de direito da concorrência.⁴⁵

A revisão judicial de um fundamento abrangente deveria, de forma razoavelmente fácil, revelar a ausência, ou a presença, de alguma violação à ordem pública. Uma tal revisão permitirá ao tribunal avaliar se o órgão arbitral enfrentou as questões relevantes de direito da concorrência com a atenção e competência exigidas, ou as razões para deixar de fazê-lo (por exemplo, porque isto não foi invocado pelas partes). Na maior parte dos casos em que os árbitros lidaram com o direito da concorrência de forma diligente, não haverá a possibilidade de anular ou recusar execução com base na ordem pública. Segundo mencionado acima, o tribunal revisor não pode recusar-se a endossar a decisão dos árbitros simplesmente porque não concorda com ela, porque considera o fundamento ou as conclusões incorretos ou porque acredita que houve um mero erro de direito, uma apreciação insuficiente ou incorreta dos fatos (inclusive, sobretudo em casos concorrenciais, da análise econômica) ou uma contradição no fundamento.⁴⁶ Isso se aplica também aos pontos em que o tribunal arbitral decidiu-se pela inaplicabilidade do direito da concorrência ao caso específico (por exemplo, porque não havia restrição à concorrência à luz das conclusões quanto à estrutura dos mercados). Ao contrário, a leitura atenta do fundamento pode revelar se o tribunal determinou a continuidade de um comportamento clara e seriamente anticompetitivo ou inescusavelmente perdoou comportamentos que são completamente irreconciliáveis com os dogmas básicos do direito da concorrência. Nestes casos, o tribunal estará em condições de anular a sentença ou recusar-lhe execução sem uma revisão profunda quanto aos fatos e ao direito subjacentes. Se nenhuma violação à ordem pública é aparente mediante exame de uma sentença exaustivamente arrazoada, é difícil imaginar que a sentença possa ser tão seriamente defeituosa a ponto de requerer maior análise pelo tribunal revisor.

2.4.2.2 Casos excepcionais que demandam uma revisão além do escrutínio da sentença

Em certos casos a mera análise do fundamento dos árbitros pode ser insuficiente para permitir ao tribunal revisor avaliar com a devida consideração se a sentença implica violação à ordem pública. Nestas circunstâncias é provavelmente inevitável que o tribunal tenha que ir além. Pode ter que examinar os elementos dos autos da arbitragem (em particular os pedidos e as provas). Em casos extremos é mesmo concebível que a detecção de uma transgressão à ordem pública requeira uma investigação extensiva dos fatos e do direito.

Contudo, a necessidade de uma tal revisão mais aprofundada, além da análise da sentença e no máximo de uma revisão geral dos principais elementos dos autos, deveria existir apenas em circunstâncias excepcionais. (a) A primeira categoria de sentenças para as quais um mero escrutínio do fundamento pode provar-se insuficiente é aquela de sentenças tão mal escritas, sumárias ou difíceis de entender que não fornecem nenhuma indicação que permita ao tribunal avaliar se os árbitros enfrentaram as questões de direito da concorrência com um mínimo de competência e profissionalismo. Mesmo neste caso, todavia, uma revisão mais profunda da sentença pode ser justificada somente se é *prima facie* evidente que há probabilidade de que uma tal revisão conduzisse à descoberta de uma violação do direito da concorrência que é concreta, efetiva e séria o suficiente para constituir uma transgressão à ordem pública, e não meramente de uma aplicação incorreta do direito da concorrência, nos termos discutidos acima. (b) Uma investigação mais aprofundada pode também ser justificada na presença de uma

suspeita bem fundada de que os árbitros (consciente ou inconscientemente) consentiram, por meio de sua sentença, em fornecer uma cobertura fraudulenta a um comportamento anticompetitivo. Isto poderia ocorrer quando a sentença por si só não revelasse nenhuma circunstância fática ou jurídica que possa ser caracterizada como violação ao direito da concorrência, mas outros elementos justificam uma inferência de que a arbitragem foi usada para ocultar uma transação claramente ilegal. Um exemplo típico seria o caso em que o propósito da arbitragem era resolver uma disputa relacionada ao funcionamento de um cartel (por exemplo, pela violação de um acordo de divisão de mercado ou fixação de preços), mas isto não está refletido na sentença. Conforme mencionado acima, esta situação tem pouca probabilidade de ocorrer. (c) Uma terceira situação que pode garantir o escrutínio do tribunal além do fundamento da sentença é aquela em que as questões de direito da concorrência não foram levantadas ou invocadas no processo arbitral e os árbitros falharam em levantá-las de ofício. Mesmo nestes casos, no entanto, uma revisão extensiva não é forçosamente necessária. Não será, definitivamente, necessária, quando, a partir dos fatos do caso segundo narrados na sentença, for aparente que, mesmo se aferida, a pretensa violação do direito da concorrência não se elevaria ao nível de uma transgressão à ordem pública, no sentido discutido acima.⁴⁷ Se, por outro lado, baseado em tais fatos, um argumento forte que indicasse uma transgressão da ordem pública pudesse ser vislumbrado, poder-se-ia concebilmente admitir que o tribunal empreendesse um exame mais profundo dos argumentos fáticos e jurídicos, mas isso apenas de forma muito limitada. O tribunal também deveria dar-se conta das razões pelas quais o problema não foi levantado durante a arbitragem.⁴⁸

2.4.2.3 A importância do fundamento da sentença e a presunção de deferência às conclusões dos árbitros

Exceto nessas situações mencionadas, das quais as duas primeiras, pelo menos, tendem a ser relativamente raras, examinar o fundamento da sentença deveria ser usualmente suficiente para o tribunal revisor. Pelas razões mencionadas acima, esse exame deveria ser levado a cabo com uma disposição a priori positiva em relação ao trabalho dos árbitros, ou, em outras palavras, com uma presunção de deferência às suas conclusões.⁴⁹ O tribunal revisor não deveria rever essas conclusões em profundidade, e muito menos deveria buscar uma segunda conclusão, exceto em face de razões sérias.

Obviamente, a flexibilidade dos tribunais revisores de aceitar as conclusões dos árbitros deveria ser maior se o fundamento da sentença mostrar que aqueles cumpriram a tarefa de lidar com o direito da concorrência de forma competente, mesmo se sua decisão não é compartilhada pela corte. Isso indiretamente impõe um sério ônus sobre os árbitros de fornecer um fundamento completo e exaustivo de sua decisão sobre esses assuntos. Já que o tribunal revisor deve ser posto em condições de verificar se os assuntos de direito da concorrência foram devidamente avaliados na arbitragem, se os árbitros desejam proteger sua sentença dos riscos de anulação ou recusa de execução, ou pelo menos de um escrutínio intrusivo, eles carregam o fardo de demonstrar que eles consideraram os assuntos relevantes de direito e de fato e lidaram com eles de uma maneira profissional. Somente desta forma eles podem aumentar as chances de isolar a arbitragem de um escrutínio além da análise da sentença e minimizar o risco de anulação ou recusa de execução.

Uma vez que uma revisão extensiva do mérito do caso é estruturalmente inconsistente com o escopo de revisão de sentenças em procedimentos de anulação e execução, é razoável que a revisão da sentença e do processo arbitral deva permanecer razoavelmente mínima mesmo nas três categorias especiais de casos considerados na subseção precedente. Dadas as características específicas destas situações, em casos extremos poder-se-ia imaginar um tipo de inversão da presunção de que, na falta de uma indicação inequívoca de uma transgressão concreta, efetiva e séria ao direito da concorrência, não se pode sustentar que uma sentença não se encaixa no standard da ordem pública. Em outras palavras, excepcionalmente, uma sentença que se amolde em uma das três categorias deveria ser declarada contrária à ordem pública mesmo na

presença apenas de dúvidas razoáveis, ao contrário da certeza quanto à existência de uma transgressão concreta, efetiva e séria ao direito da concorrência.

Outra conclusão é que a mera alegação de uma transgressão ao direito da concorrência - ou, por sua vez, mesmo a prova de tal transgressão ou da inércia dos árbitros em sancionar esta falha - não pode ser suficiente para provocar a revisão do resultado da arbitragem à luz da ordem pública. Para o fim de obter tal revisão pelo tribunal, a parte que requer a anulação ou que resiste à execução com este fundamento deve demonstrar com alto grau de persuasão que a transgressão, se verificada, constituiria uma transgressão séria, efetiva e concreta da ordem pública, de acordo com os princípios delineados acima.⁵⁰

3. Os poderes e deveres dos árbitros em relação ao direito da concorrência

Tendo visto qual é o papel apropriado dos tribunais nacionais na fase de revisão de sentenças que envolvam direito da concorrência, deve-se voltar à consideração da posição dos árbitros quando confrontados com disputas que levantem esta questão. Este é igualmente um assunto espinhoso que vai à fonte do poder e dever do árbitro de aplicar o direito da concorrência e à maneira da qual os árbitros deveriam exercitar suas prerrogativas nesse tocante.⁵¹

3.1 A fonte do "dever" dos árbitros de aplicar o direito da concorrência

Particularmente no que diz respeito à aplicação do direito da concorrência, bem como de todas as demais normas cogentes, a posição dos árbitros é substancialmente diferente, e mais delicada, do que aquela dos juízes. Estes são órgãos do Estado com um dever inquestionável de aplicar as normas concorrenciais da circunscrição e na maior parte dos casos têm a prerrogativa de desconsiderar aquelas de outros países, dado que nem a efetivação de seus julgamentos no exterior, nem a efetivação do direito da concorrência estrangeiro são sua preocupação. Ao contrário, árbitros não são órgãos de nenhum Estado e não têm foro; além disso, eles devem lealdade primária às partes que, na maioria dos casos, não terão especificamente concordado com a aplicação do direito da concorrência. Porém, há uma expectativa, talvez mesmo um requerimento, de que árbitros apliquem o direito da concorrência. Conforme demonstrado acima, a arbitrabilidade do direito da concorrência é baseada largamente na suposição de que normas antitruste serão aplicadas pelos árbitros. Ademais, uma violação séria do direito da concorrência consagrada na sentença ou uma falha injustificada dos árbitros em aplicar o direito da concorrência pode levar à anulação ou recusa de execução dentro dos limites discutidos na seção anterior. Dada essa situação, não é fácil avaliar se árbitros têm o poder, ou um verdadeiro dever legal, de aplicar o direito da concorrência.

Como regra, a fonte do dever dos árbitros de aplicar o direito da concorrência não estará na fonte primária dos poderes dos árbitros, isto é, a vontade das partes. Conforme notado acima, na maior parte dos casos as partes não terão especificamente estipulado a aplicação do direito da concorrência pelos árbitros e às vezes elas podem até mesmo ter suposto que o direito da concorrência não seria aplicado. Contudo, a ausência de um acordo das partes não pode por si só ser um obstáculo à aplicação pelos árbitros de normas cogentes como aquelas do direito da concorrência.

Similarmente, o poder ou dever dos árbitros de aplicar o direito da concorrência normalmente não derivará do direito da sede da arbitragem, que é a outra fonte mais significativa do poder dos árbitros. Esse direito não necessariamente determinará a aplicação do direito da concorrência local, tipicamente quando as relações submetidas à arbitragem não têm efeitos nos mercados daquele país. Portanto, por exemplo, se a sede da arbitragem é na Suíça e a relação impacta o mercado da União Europeia, dos Estados Unidos ou do Brasil, o direito da concorrência suíço não será aplicável. Por outro lado, a *lex arbitri* (incluindo seus conflitos de normas de direito que podem ou não ser aplicáveis também aos árbitros) geralmente não requererá a aplicação do direito da concorrência de um terceiro Estado. Para continuar com o mesmo exemplo, o direito

suíço não requererá que árbitros sediados na Suíça apliquem um direito da concorrência estrangeiro.⁵² Mesmo isso não deveria per se eliminar a possibilidade de os árbitros aplicarem as normas concorrenciais das jurisdições mais diretamente afetadas pela transação em disputa. Sua incapacidade de fazê-lo pode levar à recusa de execução da sentença nos países cujo direito da concorrência não foi aplicado. Decerto, onde a relação impacta o mercado do país da sede, a falha dos árbitros em aplicar o direito da concorrência local levará também à anulação da sentença.

Da mesma forma, árbitros não podem olhar simplesmente o direito que rege o mérito da arbitragem, mesmo se isto foi escolhido pelas partes. A mera designação de um dado direito como a lei de regência da relação não é suficiente para tornar suas normas concorrenciais aplicáveis, já que a aplicação do direito da concorrência - como aquela da maioria das normas cogentes - é regida por fatores de conexão especiais que nada têm a ver com a vontade das partes (tipicamente, no direito da concorrência, o efeito da concorrência num dado mercado).

Portanto, árbitros terão de levar em conta um conjunto mais geral de considerações. Uma delas é o seu dever de proferir uma sentença exequível, que está insculpido nas Regras de Arbitragem da CCI (art. 35), mas é geralmente tido por implícito no mandato dos árbitros. Isso implica que se exigirá deles levar em conta normas concorrenciais em vigor no local da execução, supondo, é claro, que a concorrência no mercado daquele lugar é afetado pela relação trazida à arbitragem. Mesmo isso não é completamente útil, porque algumas vezes não será necessariamente sabido de antemão onde se buscará que a sentença seja cumprida.

Mais geralmente, árbitros deverão ter em mente algo mais aparentado ao dever profissional de não se tornar cúmplices de uma violação ou burla ao direito. Se é verdade que árbitros estão primariamente a serviço das partes, é agora reconhecido que eles não são meros servidores e que de alguma forma eles se encontram sob um dever mais amplo de garantir que a justiça seja feita. Como mencionado repetidamente, é, de fato, em grande medida, com base na suposição de que árbitros não negligenciarão conscientemente o direito da concorrência que Estados permitem a arbitrabilidade de disputas de direito da concorrência. Por conseguinte, a aplicação de direito da concorrência por árbitros é, num certo sentido, o implemento de uma barganha entre Estados de um lado e a comunidade arbitral de outro.⁵³

À luz disso, parece razoável requerer que árbitros deem atenção às normas concorrenciais com um título legítimo a serem aplicadas, levando em consideração os países cujos mercados são afetados pela transação, independentemente de qualquer acordo específico das partes e de se elas são parte do direito da sede ou da *lex causae* e até mesmo do lugar da possível execução. Isto é em essência a abordagem baseada no princípio da "autoconexão" de normas cogentes (*auto-rattachement des lois d'application immediate*) proposto por alguns estudiosos franceses.⁵⁴ Esta abordagem admitidamente leva ao paradoxo de que o direito da concorrência poderia ser mais provavelmente levado em conta em arbitragens, já que árbitros terão de considerar todas as normas concorrenciais potencialmente aplicáveis, do que diante dos tribunais, que, como regra, considerarão apenas suas próprias normas concorrenciais. Isso poderia, todavia, ser visto como o reverso da medalha da falta de foro dos árbitros. Também por esta razão, essa abordagem deve ser seguida com grande cautela a fim de ser aplicável apenas às normas concorrenciais que tenham título genuíno e razoável a serem aplicadas às circunstâncias do caso. A devida consideração poderia, especificamente, ser dada àqueles que seriam os mais prováveis foros alternativos para a arbitragem, dados os locais de negócios das partes, e a qual direito da concorrência elas teriam aplicado.⁵⁵ Segundo mencionado no início, os árbitros não têm obrigações fixas e imutáveis, ou mesmo princípios-guias consolidados sobre estes pontos e poderiam eventualmente encontrar-se face a questões delicadas. Obviamente, sua posição será mais simples quando o número de mercados afetados for limitado, idealmente apenas um, e ainda mais quando a sede da arbitragem é no país cujo mercado é afetado.

3.2 Deveres dos árbitros e autonomia da parte

A conclusão de que os árbitros estão sob um dever genérico de aplicar, ou de apenas não ignorar, normas concorrenciais que inquestionavelmente mereçam ser aplicadas à luz das circunstâncias do caso deixa em aberto diversos problemas relativos essencialmente à relação entre os poderes dos árbitros e a vontade das partes. Diferentes situações devem ser consideradas.

A situação em que as partes especificamente acordaram quanto à aplicação do direito da concorrência é claramente não problemática, apesar de provavelmente rara. Pelas razões discutidas acima, tal acordo não pode estar embutido na mera escolha de um determinado direito para reger o mérito da relação em disputa.

À luz da discussão anterior e da conclusão de que a aplicabilidade do direito da concorrência não pode depender do acordo das partes, há também pouco espaço para contestar a habilidade dos árbitros de aplicar normas concorrenciais se elas são invocadas por uma das partes, desde que, é claro, elas sejam aplicáveis em virtude de seus próprios fatores de conexão. Num caso como este, o fato de que a parte possa estar descumprindo um acordo tácito ou explícito de não invocar o direito da concorrência pareceria irrelevante. Uma vez que este acordo é claramente ilegal, nem as partes e nem os árbitros estariam obrigados por ele, nem poderia este acordo de alguma forma ser visto como condição para a anuência das partes quanto à arbitragem. A propósito, conforme notado anteriormente, é precisamente o poder dos árbitros de aplicar o direito da concorrência em tais circunstâncias que reduz substancialmente o risco de a arbitragem ser usada para burlar o direito da concorrência, pois, uma vez que a disputa se tornou realidade, as partes invariavelmente recorrerão a todas as ferramentas disponíveis, inclusive a invocação de uma presumida ilegalidade com base no direito antitruste. A aplicação do direito da concorrência pelos árbitros em uma situação como esta seria também difícil de ser criticada como uma violação ao princípio *ne eat arbiter ultra petita partium*.

Não é necessário dizer que se espera dos árbitros que estes apliquem o direito da concorrência em sua extensão máxima, e que portanto não estão adstritos ao standard mais restritivo a que tribunais têm de aderir no estágio de revisão da sentença.

A situação é de alguma forma mais delicada se ambas as partes estão de acordo para direcionar os árbitros a não considerar o direito da concorrência. Como anunciado acima, tal condição aposta ao mandato dos árbitros seria ilegal e certamente não os vincularia. Certamente, os árbitros não podem na prática ser impedidos de atuar segundo as instruções das partes. No entanto, sua atitude implicaria o risco de serem pessoalmente responsabilizados por auxiliar e instigar uma conduta ilegal⁵⁶ e poderia, ainda, pôr em risco seus honorários, dada a ilegalidade de seu mandato. Se, ao contrário, os árbitros se recusarem a ser parte da ilegalidade, eles seriam aconselhados a não aceitar o mandato se as instruções de desconsiderar o direito da concorrência fossem dadas no início da arbitragem. Se, por outro lado, a questão surgisse num estágio posterior, em princípio os árbitros poderiam continuar com seu mandato e proferir sua sentença aplicando o direito da concorrência. Porém, já que isso estaria em contraste diametral com a vontade das partes, para quem qualquer sentença dali resultante seria presumivelmente imprestável, é questionável se os árbitros realmente estariam autorizados a proferir uma sentença enfrentando questões de direito da concorrência. Se o fizessem, supondo que seu mandato não fora revogado previamente, as partes presumivelmente teriam o direito de recusar-se a pagar os honorários arbitrais por qualquer atividade realizada após o requerimento de que os árbitros não enfrentassem a questão. Ao revés, é claro, os árbitros teriam o direito de renunciar por justa causa e de receber seus honorários até o momento em que a questão surgiu, e possivelmente também indenização.

A possibilidade final e mais realista é que o direito da concorrência não seja invocado pelas partes, ou intencionalmente, ou porque não percebem a relevância da questão.

Nesse caso, a questão é se árbitros têm permissão de, ou deveriam, ventilar o assunto de ofício. A resposta é em princípio afirmativa. Se os árbitros têm um "dever" de aplicar o direito da concorrência por conta de sua natureza cogente, não há razão por que eles não devam fazê-lo simplesmente porque as partes não se referem a ele. Também neste caso os árbitros têm o direito de não tolerar a violação de normas cogentes. Uma das dificuldades é que, exceto nos casos em que a não invocação do direito da concorrência é resultado de um acordo ilícito entre as partes, ventilar a questão pelos árbitros poderia ter o resultado de favorecer a parte que se beneficiaria de sua aplicação. Árbitros devem, portanto, caminhar de forma extremamente cuidadosa antes de aplicar normas concorrenciais não invocadas pelas partes. Eles deveriam fazê-lo apenas na presença de indicações fortes, com base nos autos, de que o direito da concorrência seria de fato aplicável ao caso e de que a falha em levá-lo em consideração resultaria em uma violação séria. É igualmente claro que, se os árbitros decidem aplicar normas concorrenciais de ofício, eles não podem fazê-lo sem dar às partes a oportunidade de manifestar-se sobre o assunto em detalhe, sem o qual eles poderiam ser acusados de violação do devido processo.⁵⁷

4. Conclusão

Inicialmente, a discussão sobre as relações entre arbitragem e direito da concorrência era caracterizada por uma tensão entre experts das duas áreas do direito. Especialistas em concorrência viam a arbitragem como uma ameaça à efetiva aplicação do direito da concorrência. Especialistas em arbitragem temiam que a necessidade de garantir o respeito ao direito da concorrência poderia se tornar um cavalo de Troia subvertendo princípios bem estabelecidos quanto à natureza da revisão de sentenças arbitrais e à autonomia das partes.

A discussão pretérita deveria ter demonstrado que ambas as preocupações são injustificadas e que é perfeitamente possível alcançar um equilíbrio adequado entre as duas concorrentes, mas igualmente fundamentais, políticas de direito antitruste e direito da arbitragem. O equilíbrio é o resultado de um melhor entendimento de que ambas as políticas podem ser propriamente levadas em conta em fases complementares da própria arbitragem e de procedimentos de revisão pelos tribunais.

No que toca à arbitragem, a ideia equivocada de que árbitros estão puramente a serviço das partes e nada podem fazer sem seu consentimento foi abandonada. É agora admitido que, além de seus deveres primários em relação às partes, árbitros têm um dever amplo com os sistemas legais que reconhecem a arbitragem como um mecanismo para solução de disputas comerciais domésticas e internacionais no mesmo nível dos tribunais e que permitem a arbitrabilidade de assuntos antitruste sob a premissa de que o direito da concorrência será respeitado e aplicado. Árbitros reconhecem plenamente este dever e, como regra, aplicam rotineiramente o direito da concorrência pelo menos de forma tão competente quanto a maior parte dos tribunais nacionais, e não têm medo de levantar a questão de ofício se as circunstâncias o justificarem. É pouco provável que árbitros respeitados aceitarão fazer vista grossa de sérias transgressões ao direito da concorrência mesmo se requerido pelas partes. Não se pode, decerto, eliminar casos em que partes inescrupulosas tentarão recorrer à arbitragem com a assistência de árbitros inescrupulosos. Todavia, essas são situações patológicas que ocorreriam mesmo se a arbitrabilidade do direito da concorrência fosse excluída, e independentemente do standard de revisão judicial. Neste tocante, a arbitragem é uma ferramenta, assim como contratos são uma ferramenta. Ambos podem ser usados para fins ilegais, mas ninguém jamais propôs proibir a conclusão de contratos ou sujeitar todos os contratos a escrutínios judiciais intensos para assegurar que eles não ocultem violações ao direito da concorrência.

A evolução no entendimento do papel dos árbitros no que diz respeito ao direito da concorrência é pareada com a evolução na abordagem do papel dos tribunais. É incontestado que a revisão judicial de sentenças deve ser uma ferramenta efetiva para prevenir que a arbitragem seja usada para burlar o direito da concorrência e

consequentemente não pode ser perfunctória. Ao mesmo tempo, é reconhecido que a revisão judicial não pode sistematicamente pôr em risco a definitividade das sentenças, que é uma pedra fundamental da arbitragem, e especialmente da arbitragem internacional, que por sua vez é peça-chave para a solução de disputas comerciais e para a promoção de negócios. Mesmo se o resultado da arbitragem é no final confirmado, isso não pode ocorrer ao fim de um processo oneroso que, em termos práticos para as partes (particularmente no que tange aos custos, tempo e incerteza quanto ao resultado do litígio), equivale a uma reapreciação do caso.

O consenso é portanto que uma sentença deveria ser anulada ou ter sua execução recusada por violação ao direito da concorrência somente se, tendo em vista todas as circunstâncias, há uma evidência inequívoca de que ela perpetua uma transgressão concreta, efetiva e séria ao direito da concorrência. Ao verificar este aspecto, os tribunais deveriam, na medida do possível, ser guiados por um alto nível de deferência às conclusões dos árbitros. O mero exame do fundamento da sentença, quando exaustivo, deveria permitir ao tribunal chegar à conclusão de se a sentença viola a ordem pública, sem necessidade de uma revisão do mérito ou uma investigação mais profunda, ou, no máximo, sujeito somente a uma revisão muito limitada dos elementos-chave dos autos. A função do tribunal não é determinar se os árbitros aplicaram "corretamente" o direito da concorrência ou repensar suas soluções.

Somente em circunstâncias excepcionais, nas quais uma mera análise do fundamento seja insuficiente para permitir ao tribunal avaliar o risco de uma violação à ordem pública, pode ser necessária uma análise de alguma forma mais extensiva. Mesmo em tais circunstâncias o tribunal deveria pisar o mais levemente possível, tendo consciência de que a revisão de sentenças no estágio de anulação ou execução não deveria em princípio implicar uma ampla revisão do mérito.

A relação apropriada entre arbitragem e direito da concorrência depende, portanto, em última análise, da competência e da prudência dos árbitros e dos tribunais. Ambos têm até agora demonstrado estar à altura do desafio. Árbitros demonstram um senso de responsabilidade ao aplicar o direito da concorrência competentemente e ao fornecer suporte adequado a suas decisões, o que, por sua vez, justifica a confiança dos tribunais em si. De seu lado, tribunais têm geralmente entendido bem seu papel e demonstrado um comedimento louvável em sua revisão de sentenças envolvendo direito da concorrência, sem, ao mesmo tempo, abandonar seu papel de guardiões da ordem pública, inclusive o direito da concorrência. A jurisprudência publicada não revela nenhum exemplo em que os tribunais toleraram violações ao direito da concorrência de magnitude apta a qualificá-las como transgressões à ordem pública. Quando muito, houve exemplos em que os tribunais indiscutivelmente foram longe demais ao condenar sentenças por transgressões ao direito da concorrência que poderiam nem mesmo ser caracterizadas como tais, e, em todo caso - mesmo pelos standards mais rigorosos -, foram difíceis de ser consideradas violações concretas, efetivas e sérias ao direito da concorrência a ponto de serem qualificadas como violações à ordem pública.⁵⁸ Este padrão de revisão, que é capaz de detectar transgressões inaceitáveis ao direito da concorrência, atua como um poderoso desestimulante contra qualquer tentação dos árbitros de transgredir a confiança que o sistema neles deposita ou das partes de considerar a arbitragem como um instrumento para burlar o direito da concorrência.

Para concluir, a abordagem profissional dos árbitros combinada com a atitude dos tribunais, a qual é consciente da efetiva aplicação do direito da concorrência e respeitosa quanto aos princípios básicos da arbitragem, notadamente a definitividade das sentenças e a adequada deferência às conclusões dos árbitros, parece ampla o suficiente para aliviar quaisquer preocupações, em particular da parte dos aplicadores de medidas antitruste, quanto à arbitragem ser um mecanismo para negligenciar o direito da concorrência, sem subverter ao mesmo tempo o pensamento tradicional em relação à apropriada relação entre tribunais e arbitragem. A arbitragem pode ser, portanto, aceita com confiança como um mecanismo útil para a aplicação privada de mecanismos

antitruste no mesmo nível que a ação dos tribunais. Claramente, nem a arbitragem, nem os tribunais, podem desincumbir as autoridades concorrenciais de suas próprias responsabilidades.

57. Vide o Report and Recommendations do ILA Committee on International Commercial Arbitration (em particular a Recommendation 13), em *The Ascertainment of the Content of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, em RArb. 26, São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2010, p. 129-167.

1. Este artigo é baseado num trabalho de discussão preparado pelo autor para The Round Table on Arbitration and Competition Claims, organizado no âmbito do Working Party n. 3 do Comitê de Concorrência da OCDE em 26.10.2010. O autor expressa seus sinceros agradecimentos aos Srs. Diego Nocetti e Flávio Spaccaquerche Barbosa, pela tradução deste artigo para o Português.

2. A literatura sobre esse tópico é atualmente bastante extensa: para um completo exame do assunto e para referências abrangentes, vide A. Komninos, *Arbitration and EU Competition Law*, disponível em J. Basedow, S. Francq, L. Idot, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Hart, 2011; G. Blanke & P. Landolt (eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer, 2010. Mais recentemente, vide também L. Idot, *Arbitration in Competition Law Disputes*, em I. Lianos e I. Kokkosis (eds.), *The Reform of EC competition law: new challenges*, Kluwer, 2010, p. 75 et seq.; M. de Boissésou, *Arbitrabilité et droit de la concurrence*, em *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 2010, p. 243 et seq.

3. Este trabalho não lidará com o uso da arbitragem para fiscalizar remédios comportamentais, em particular sob o controle de fusões da União Europeia, que levanta problemas interessantes que até o momento permaneceram mormente acadêmicos, já que este tipo de arbitragem não foi usada na prática: vide L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle*, em *European Journal of Business Law*, 2007, p. 7 et seq.

4. *Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614 (1985).

5. Para uma discussão mais profunda desse tema, vide L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, em *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 315 (2006), p. 308 et seq.; vide também G. Blanke e R. Nazzini, *Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock*, em *Global Competition Law Review*, 2008, p. 48 et seq. e J.-B. Racine, *Arbitrabilité et lois de police*, em *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2009, p. 79 et seq.

6. Esse princípio foi expressamente previsto em termos claros pela Corte Europeia de Justiça em *Eco Swiss vs. Benetton*, j. 01.06.1999, case 126/1997, em E.C.R. 1999, p. I 3055, cujas implicações estão sujeitas a interpretações variáveis pelos comentadores (vide L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international...* cit. p. 351 et seq.). A natureza de ordem pública do direito da concorrência foi negada pela Suprema Corte Suíça em *Terrarmata vs. Tensacciai*, 06.03.2006, em *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 736, que foi criticada por vários comentadores (por exemplo, Radicati di Brozolo, em *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 769).

7. Essas questões são tratadas em maior profundidade em L. G. Radicati di Brozolo, *Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings*, em G. Blanke & P. Landolt, *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer, 2010, § 35-001 et seq. Para uma perspectiva mais ampla, vide Racine, *Droit*

économique et lois de police, *Rev. internationale de droit économique*, 2010, p. 61 et seq. e L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international*, cit. p. 363 et seq.

8. Para uma expressão abrangente da doutrina maximalista, vide C. Seraglini, *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public*, em *Cahiers de l'arbitrage*, 2005, n. 2, p. 5; B. Hanotiau, O. Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, em E. Gaillard e D. Di Pietro, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Londres, 2008, p. 787 et seq. Para uma releitura da posição maximalista de forma mais moderada, vide P. Mayer, *L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police*, em *Mélanges Gaudemet Tallon*, Paris, 2008, p. 459 et seq.; Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités*, em *Cahiers de l'arbitrage*, 2009/1, p. 5.

9. Vide L. G. Radicati di Brozolo, *Antitrust: A Paradigm of the Relations Between Arbitration and Mandatory Rules - A Fresh Look at the Second Look*, em *International Arbitration Law Review*, 2004, p. 23 et seq.; L. G. Radicati di Brozolo, *L'illicéité 'qui crève les yeux': critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international*, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 529 et seq.; L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial... cit.*, p. 363 et seq.; K. Hilbig, *Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot in internationalem Handelschiedsverfahren*, München, 2006; A. Mourre, nota em *Journal du droit international*, 2008, p. 1107; P. Schlosser, *Articles 81 and 82 EC-Treaty and Arbitration: A German Perspective*, em *Cahiers de l'arbitrage*, 2009/1, p. 27.

10. *Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614 (1985), p. 638, *itálicos nossos*.

11. *Baxter Int'l vs. Abbott Laboratories*, 315 F. 3d 716 (7th Cir. 2003).

12. *American Central Eastern Texas Gas Company vs. Union Pacific Resources Group*, 2004, U.S. App. Lexis 1216 (5th Cir. 2004), que tomou essas conclusões por base sob a afirmação de que "o tribunal revisor deve resolver todas as dúvidas em favor da arbitragem".

13. Segundo aptamente afirmado pela Corte Suprema dos Estados Unidos em *Burchell vs. Marsh*, 58 U.S. 344, at 350 (1854): "Nós estamos todos propensos, talvez, a imputar a fraqueza do intelecto ou motivos corruptos àqueles que diferem de nós na opinião".

14. Vide L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial... cit.*, p. 379 et seq.; P. Mayer, *L'étendue du contrôle... cit.*, § 25.

15. É interessante que em nenhum dos casos em que uma sentença alegadamente violou o direito da concorrência (inclusive o amplamente publicado caso *Thalès vs. Euromissile* discutido) parece ter havido uma intervenção das autoridades concorrenciais, apesar de que esse tipo de intervenção foi invocado pelo menos no caso *Tensacciai vs. Terra Armata* (Tribunal Federal Suíço, 06.03.2006, *supra*, nota de rodapé 6) e Corte de Apelação de Milão, 15.07.2006, em *Riv. dell'arbitrato*, 2006, p. 645 et seq., com uma anotação por L. G. Radicati di Brozolo).

16. A experiência demonstra que mesmo tribunais nacionais, inclusive os de maior grau hierárquico, podem às vezes cometer sérios "erros" ao aplicar o direito da concorrência (vide, por exemplo, o infame julgamento da Corte di Cassazione italiana, que sustentou que os consumidores não são protegidos pelo direito da concorrência: *Cass. civ. 17475/2002 em Danno e responsabilità*, 2003, p. 390).

17. Vide A. Mourre e L. G. Radicati di Brozolo, *Toward Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*, em *J. of Int. Arbitration*, 2006, p. 180.

18. Vide por exemplo os casos referidos nas notas de rodapé 10 e 11 acima.

19. Para um exame detalhado da jurisprudência, vide L. G. Radicati di Brozolo, *Court Review of Competition...* cit., § 35-035 et seq.
20. *Eco Swiss vs. Benetton* (supra, nota de rodapé 6), par. 35.
21. Tribunal de Apelação de Paris, 18.11.2004, em *Rev. arb.*, 2005, p. 271. Vide L. G. Radicati di Brozolo, "L'illicéité qui crève les yeux": critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international, em *Rev. Arb.*, 2005, p. 529 et seq.; A. Mourre, *Journal du droit international*, 2005, p. 357; D. Bensaude, *Journal of International Arbitration*, 2005, p. 239 et seq.
22. Cour de Cassation, 04.06.2008, *SNF vs. Cytec*, *Rev. arb.*, 2008, p. 473, anotado por I. Fadlallah; *Journal du droit international*, 2008, p. 1107, anotado por A. Mourre; JCP 2008.I.164 § 8, nota por Ch. Seraglini; Tribunal de Apelação de Paris, 15.03.2007, *Tamkar c. RC Group*, não publicado; Tribunal de Apelação de Paris, 22.10.2009, *Linde vs. Halyvourgiki*, em *Cahiers de l'arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 181, com anotação por L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage et droit de la concurrence: vers un consensus*, em *Cahiers de l'arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 183.
23. Tribunal de Apelação de Milão, 15.07.2006, *Terrarmata vs. Tensacciai* (supra, nota de rodapé 15) e Tribunal de Apelação de Florença, 21.03.2006, *Nuovo Pignone vs. Schlumberger*, em *Riv. dell'arbitrato*, 2006, p. 741.
24. OLG Thüringen, 08.08.2007, *SchiedsVZ*, 2008, p. 44.
25. Tribunal de Apelação Svea, 04.05.2005, *Republic of Latvia vs. Latvijas Gaze*, discutido em A. Mourre, nota em *Journal du droit international*, 2008, p. 1107 et seq.
26. Tribunal de Apelação de Bruxelas, 22.06.2009, *Cytec vs. SNF*, em *Cahiers de l'arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 181 com anotação por L. G. Radicati di Brozolo.
27. OLG Düsseldorf, 21.07.2004, *IPRspr*, 2004, p. 443; Tribunal de Apelação da Haia, 24.03.2005, *Marketing Displays*, em *Stockholm International Arbitration Review*, 2006, p. 201; vide A. Mourre e L. G. Radicati di Brozolo, *Towards Finality of Arbitral...* cit., demonstrando que a sentença não implicou erro na aplicação do direito da concorrência; Tribunal de Bruxelles, 08.03.2007, *SNF c. Sytec*, *Rev. Arb.*, 2007, p. 303 et seq., revertido pelo julgamento do Tribunal de Apelação mencionado na nota de rodapé precedente.
28. Vide L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial...* cit., p. 438 et seq.
29. Vide Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., p. 16 et seq.
30. Vide A. Komninos, M. Burianski, *Arbitration and Damages Actions Post-White Paper: four common misconceptions*, em *GCLR*, 2009, p. 27.
31. Vide Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., p. 16 et seq.
32. Idem.
33. Idem, par. 33.
34. Vide P. Schlosser, *Articles 81 and 82 EC Treaty and Arbitration* (supra, nota de rodapé 9).

35. Vide supra, nota de rodapé 14.

36. Vide Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., par. 32 et seq. Essa fórmula é uma variação daquela usada pelos tribunais franceses (em particular nos casos *Thalès* e *SNF* referidos nas notas de rodapé 21 e 22 acima) em que o termo "flagrante" é substituído por "sério". Em termos práticos, esta posição não difere daquela de um defensor ferrenho da revisão minimalista de sentenças, que explica que "flagrante", segundo usado pelos tribunais franceses, significa que a violação deve ser "clara" (ao contrário de discutível) e "substancial" (ao contrário de formal): vide I. Fadlallah, supra, nota de rodapé 22, p. 484.

37. Vide A. Mourre, nota em *Journal du droit international*, 2008; L. G Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial...* cit., p. 374.

38. Vide P. Mayer, *L'étendue du contrôle...* cit., par. 21; Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., p. 18.

39. Vide P. Mayer, *L'étendue du contrôle...* cit., par. 21; Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., par. 34.

40. Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., par. 34.

41. Vide as decisões do Tribunal de Apelação de Paris e da Cour de Cassation, bem como aquela do Tribunal de Apelação de Bruxelas no caso *SNF*, supra notas de rodapé 22 e 26.

42. Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., p. 19.

43. Idem, par. 23.

44. Para uma discussão sobre o significado da proibição da revisão do mérito de sentenças, e para uma crítica às visões mais restritivas de P. Mayer e Ch. Seraglini, vide I. Fadlallah, *Rev. arbitrage*, 2008, p. 480 et seq.

45. A necessidade de limitar o escrutínio do fundamento da sentença parece ter sido endossada até mesmo pelo Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, que adotou uma abordagem maximalista na decisão *SNF* (supra, nota de rodapé 27), subsequentemente revertida pelo Tribunal de Apelação (supra, nota de rodapé 26).

46. É nesse sentido o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão *Mitsubishi* (vide nota de rodapé 10 acima), que ainda permanece em pleno vigor.

47. Essa foi a situação, por exemplo, no caso *Thalès* (supra, nota de rodapé 21), em que a questão de direito da concorrência não foi levantada, mas em que os árbitros simplesmente concederam indenização, sem determinar a continuidade de uma conduta possivelmente ilegal. De acordo com os princípios discutidos acima (Capítulo B.4.1), uma sentença arbitral como essa não é contrária à ordem pública.

48. L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial ...* cit., p. 1431 et seq. e Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., par. 41.

49. Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., par. 40.

50. Idem, par. 42.

51. Para um tratamento mais exaustivo desse tema, vide Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial...* cit., p. 438 et seq.; G. Blanke e R. Nazzini (supra, nota de rodapé 5), p. 79 et seq.

52. Vide, por exemplo, o julgamento do Tribunal Federal Suíço no caso *Terra Armata* (supra, nota de rodapé 6).

53. Ao aplicar o direito da concorrência, os árbitros podem também ter em mente uma consideração mais ampla dos "interesses da arbitragem", o que requer que eles confirmem a percepção de que os árbitros aplicam o direito da concorrência, já que uma recusa generalizada dos árbitros em fazê-lo poderia ter repercussões negativas sobre a futura flexibilidade dos tribunais em reconhecer a arbitrabilidade nesse campo.

54. Vide por exemplo P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, Cours general de droit international privé, em *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 327, 2007, p. 180 et seq.

55. Por exemplo, no caso de um contrato entre duas partes europeias com um potencial efeito anticoncorrencial em um terceiro país, o direito da concorrência daquele país poderia ser considerado aplicável. No entanto, já que é improvável que, mesmo à falta de uma convenção arbitral, a disputa fosse levada aos tribunais daquele país, o requerimento de que o direito da concorrência daquele país seja aplicado pelos árbitros pareceria relativamente fraco. A situação poderia ser diferente se uma das partes fosse um cidadão, ou um domiciliado, do país cujo mercado é afetado, já que os tribunais daquele país poderiam ter jurisdição e a não aplicação de seu direito da concorrência pelos árbitros poderia ser mais facilmente vista como uma evasão.

56. Segundo o direito da concorrência da União Europeia, por exemplo, eles poderiam ser considerados instrumentos de conduta anticoncorrencial, em linha com o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância em *Treuhand vs. Commission*, julgamento de 08.07.2008, no caso T-99/04. Vide G. Blanke e R. Nazzini (supra, nota de rodapé 5), p. 87 et seq.

58. Ch. Seraglini, *Le contrôle de la sentence...* cit., par. 34.