

# 8

## ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: ORDEM PÚBLICA, CONFIDENCIALIDADE E ATUAÇÃO DOS ÁRBITROS

Arbitration and competition law: public policy  
doctrine, confidentiality and role of arbitrators

Lucas de Góis Barrios<sup>1</sup>

Vitória Neffá Lapa<sup>2</sup>

### RESUMO

O objetivo deste artigo é compreender a compatibilidade entre a arbitragem e o direito concorrencial, endereçando questionamentos além da arbitrabilidade da matéria, mas também sobre como os árbitros devem agir na aplicação das normas de ordem pública do direito concorrencial e a possibilidade de flexibilização da confidencialidade. Inicialmente, será apresentada a evolução do tratamento da arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial. Posteriormente, será examinada a relevância do conceito de ordem pública para a arbitragem e como as questões concorrenciais de ordem pública podem surgir em diferentes contextos e níveis de complexidade. Por fim, será analisada a forma de atuação dos árbitros ao aplicar a matéria de ordem pública, incluindo as questões sobre a existência ou não de um dever do árbitro de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial e a possibilidade de flexibilização da confidencialidade para a publicidade de certos atos, a fim de contribuir com a formação de uma jurisprudência arbitral.

**Palavras-chaves:** Arbitragem; Direito Concorrencial; Ordem Pública; Confidencialidade.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to understand the compatibility between arbitration and competition law, addressing questions beyond its arbitrability, but also about how arbitrators should perform in the application of public policy rules of competition law, and the possibility of lessening confidentiality. Initially, it will be presented the evolution of the objective arbitrability of competition law. Subsequently, it will be examined the relevance of the concept of public policy for arbitration and how objections of competition law as public policy may be raised, in different contexts and degrees of complexity. Finally, it will be addressed how arbitrators should operate when applying public policy

1 Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). E-mail: lucas.barrios@usp.br.

2 Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduada em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ). E-mail: vitoria.neffa@usp.br

matters of competition law, including whether the arbitrator would have a duty to report illegal acts to the competition authority and the possibility of lessening confidentiality of certain parts of the arbitration proceedings in order to contribute to the formation of an arbitration case law.

**Keywords:** Arbitration; Competition Law; Public Policy; Confidentiality.

**Classificação JEL:** K21.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Arbitrabilidade do direito concorrencial; 2.1. A experiência estadunidense: o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*; 2.2. A experiência europeia: o caso *Eco Swiss v. Benetton*; 2.3. O desenvolvimento da matéria no Brasil; 2.3.1. Perspectiva normativa; 2.3.2. Experiência prática: os acordos celebrados pelo Cade; 3. Ordem pública e direito concorrencial; 3.1. A noção de ordem pública; 3.2. Questões de ordem pública do direito concorrencial e suas diferentes gradações; 3.3. Ordem pública, direito concorrencial e aspectos internacionais; 4. Direito concorrencial, confidencialidade e atuação dos árbitros; 4.1. A aplicação das questões concorrenciais pelo árbitro pode ser feita *ex officio* ou somente mediante provocação das partes? 4.2. Os árbitros possuem o dever de informar atos ilícitos/crimes à autoridade concorrencial? É possível flexibilizar a confidencialidade?; 5. Conclusões; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca examinar como questões de direito concorrencial, sobretudo relacionadas à ordem pública, podem surgir no âmbito da arbitragem, e, em decorrência, as implicações quanto à confidencialidade do procedimento e à atuação dos árbitros. Assim, o problema a ser enfrentado pelo trabalho diz respeito à identificação dos contornos das questões concorrenciais de ordem pública, e como devem ser endereçadas pelo tribunal arbitral.

Parece haver uma tendência de expansão dos limites da arbitragem, considerando sua ampla aceitação como meio adequado e eficiente para resolução de conflitos.<sup>3</sup> Inicialmente, algumas áreas do direito pareciam inconciliáveis com o instituto da arbitragem, dentre elas, o direito concorrencial. Entretanto, a compatibilização entre as matérias vem sendo gradualmente admitida e ampliada. Ainda restam dúvidas, porém, quanto aos contornos e reflexos da abordagem do antitruste no âmbito das disputas arbitrais.

A interação entre arbitragem e direito concorrencial é uma realidade, pois, os agentes econômicos que mais se utilizam do instituto para a resolução de disputas comerciais são, geralmente, os que detêm poder econômico, e, por isso, suas disputas podem apresentar um componente concorrencial (CRISTOFARO; NEY, 2003, p. 335). Nesse sentido, é imprescindível examinar a compatibilidade entre essas duas áreas e como questões de ordem pública em matéria concorrencial devem ser endereçadas.

Inicialmente, o trabalho analisará como as experiências estadunidense e europeia conduzi-

<sup>3</sup> A arbitragem é um meio adequado de resolução de conflitos que conquistou, com o tempo, amplo espaço no cenário jurídico brasileiro e internacional. Para resolver disputas comerciais internacionais, a arbitragem é o meio preferido da vasta maioria dos participantes do mercado, exatamente 97%, de acordo com a pesquisa realizada pela Queen Mary University of London (2018).

ram as discussões sobre a arbitrabilidade do direito concorrencial a partir de casos paradigmáticos naquelas jurisdições. Investigará, ainda, como se apresenta a atual perspectiva normativa desta matéria na legislação brasileira, observando também a experiência prática dos acordos celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Em seguida, o trabalho buscará delimitar a importância do conceito de ordem pública para a arbitragem e explicar como questões de ordem pública ligadas ao direito concorrencial podem demandar diferentes graus de profundidade de análise pelos árbitros, tanto na arbitragem doméstica, como na internacional.

Por fim, estabelecidas as premissas acerca da aplicação da norma concorrencial de ordem pública pela arbitragem, o trabalho analisará como os árbitros deverão atuar: se poderão suscitá-la *ex officio* ou somente mediante provocação das partes. Também será examinado se existe um dever do árbitro de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial, bem como se é possível mitigar a confidencialidade para compartilhamento de informações com a autoridade antitruste, ou publicização de certos atos procedimentais, a fim de contribuir com a formação de uma jurisprudência arbitral.

## 2. ARBITRABILIDADE DO DIREITO CONCORRENCIAL

As autoridades antitruste, em princípio, eram muito receosas quanto à interação entre a arbitragem e o direito concorrencial, tendo em vista a desconfiança quanto à aptidão de um árbitro para decidir litígios concorrenciais ou à existência de um suposto dever de notificação da autoridade concorrencial quanto ao conteúdo da sentença arbitral (IDOT, 2011, p. 53). Outra preocupação dos especialistas era a possibilidade de a arbitragem ser utilizada como um artifício para companhias descumprirem regras concorrenciais, pois as autoridades de defesa da concorrência teriam dificuldade em detectar as violações por conta de algumas características da arbitragem consideradas “alarmantes”, como a confidencialidade (KOMNINOS, 2009, p. 4-5).

Quando o direito concorrencial e a arbitragem se encontram, surge a questão da arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial. Nesse sentido, no tópico seguinte, passa-se a uma breve exposição sobre a relação entre esses dois campos, sem qualquer pretensão de exaurir a matéria, mas tão somente compreender a sua compatibilidade e o modo como a interação entre arbitragem e concorrência se tornou aceita nas experiências de outras jurisdições e do Brasil.

### 2.1 A experiência estadunidense: o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*

A arbitragem, até 1985, era considerada incompatível com o direito antitruste nos Estados Unidos da América. A doutrina prevalecente sobre a matéria era a *American Safety Doctrine*, assim denominada em razão do julgamento do caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, em que o tribunal de apelações do *Second Circuit* considerou que o direito da concorrência não seria arbitrável, por envolver questões de interesse público, e porque a violação de suas normas poderia afetar a coletividade (ESTADOS UNIDOS, 1968).

A Suprema Corte Americana, entretanto, em 1985, afastou a aplicação da *American Safety Doctrine*, quando julgou o caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc* (ESTADOS UNI-

DOS, 1985), considerado paradigmático e um marco para a arbitragem internacional, por ter permitido a resolução da disputa concorrencial em questão por meio da arbitragem (OECD, 2011, p. 11).

Tratava-se de litígio envolvendo um contrato de distribuição sujeito à legislação japonesa, com a previsão de cláusula de arbitragem, situando a disputa no Japão. Ao surgir o conflito, a Mitsubishi – então requerente – ajuizou ação judicial buscando compelir a Soler Chrysler a resolver a lide por arbitragem, conforme dispunha a referida cláusula contratual. Entretanto, a requerida alegou em defesa que a requerente teria violado a lei antitruste estadunidense (*Sherman Act*) e, por isso, o litígio não seria arbitrável.

Após recursos no processo judicial, a Suprema Corte decidiu pela arbitrabilidade do litígio em comento, considerando, dentre outras razões, que a mera complexidade das questões antitrustes envolvidas não seria suficiente para afastar a arbitragem, pois, não havia fundamento para presumir que a arbitragem internacional não proporcionaria uma decisão adequada.

De forma precisa, a Suprema Corte privilegiou a vontade das partes em decidir eventual litígio por arbitragem e ressaltou que, quando as partes escolhem um tribunal arbitral para decidir questões que envolvam normas cogentes, os árbitros serão obrigados a decidir em conformidade com o direito nacional que deu origem à demanda. Ressaltou, ainda, que as cortes nacionais terão a oportunidade, na fase de execução da sentença, de avaliar se a aplicação da lei antitruste foi adequada, estabelecendo o que ficou conhecido, posteriormente, como *Second Look Doctrine*.

## 2.2 A experiência europeia: o caso *Eco Swiss v. Benetton*

A arbitrabilidade do direito concorrencial na União Europeia também não era, inicialmente, aceita. Os próprios árbitros evitavam decidir questões que envolvessem normas de ordem pública, como aquelas do direito concorrencial, por receio de possível anulação das sentenças arbitrais (KOMNINOS, 2009, p. 5).

Em 1999, entretanto, o caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* (UNIÃO EUROPEIA, 1999) alterou o entendimento até então prevalecente. Tratava-se de discussão sobre a suspensão da execução da sentença arbitral que condenou a Benetton ao pagamento à Eco Swiss de indenização por perdas e danos, em razão da rescisão de um contrato de licenciamento de marca celebrado entre as empresas.

A Benetton ajuizou ação de anulação da sentença arbitral com o argumento de que a sentença arbitral teria violado a ordem pública, pois, não analisou a possível nulidade do contrato em face do Artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que dispõe sobre acordos considerados anticompetitivos no direito concorrencial europeu. As partes, entretanto, durante o procedimento arbitral, não suscitaram, em nenhum momento, que o contrato violaria o mencionado dispositivo.

O Tribunal de Justiça concluiu que o Poder Judiciário poderia anular a decisão arbitral, caso entendesse que houve violação do referido Artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia. A Corte ressaltou, entretanto, que a análise judicial somente é possível quando as leis processuais domésticas do Estado-Membro permitirem recurso judicial com base na não observância de norma de ordem pública pelo tribunal arbitral (UNIÃO EUROPEIA, 1999).

Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia trouxe repercussões relevantes acerca da arbitrabilidade do direito concorrencial, como a discussão sobre o dever do árbitro de aplicar *ex officio* o direito comunitário da concorrência. Ressalta-se que a matéria não está totalmente consolidada, mas, segundo o Secretariado nos trabalhos da Audiência da OCDE de 2010, em sequência à mencionada decisão, existe uma tendência em se considerar que os árbitros possuem o dever de suscitar e aplicar matérias de ordem pública nos procedimentos arbitrais (OECD, 2011, p. 12).

## 2.3 O desenvolvimento da matéria no Brasil

### 2.3.1 Perspectiva normativa

A arbitragem, no Brasil, é disciplinada pela Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996), que estabelece, no art. 1º, os sujeitos que poderão participar da arbitragem, bem como os limites subjetivo e objetivo da arbitrabilidade. Com relação ao limite objetivo, a legislação brasileira determina que são arbitráveis os litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”,<sup>4</sup> compreendidos, assim, como aqueles que, simultaneamente, tenham cunho patrimonial e possam ser objeto de transação ou renúncia.<sup>5</sup>

A defesa da concorrência encontra fundamento, em especial, no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, constituindo suas funções principais a prevenção e repressão do abuso do poder econômico. A Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e delega ao Cade competências exclusivas relacionadas à sua natureza judicante no âmbito da Administração Pública (BRASIL, 2011).

O Cade é uma autarquia federal que tem por objetivo exercer o controle prévio de atos de concentração econômica – denominado controle de estruturas –, bem como reprimir as infrações contra a ordem econômica e aplicar penalidades – denominado de controle de condutas (FORGIONI, 2018, p. 155-158). O titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 12.529/2011 é a coletividade,<sup>7</sup> sendo a livre concorrência um direito difuso fundamental à ordem econômica.

Considerando que somente são arbitráveis os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e que a livre concorrência é um direito difuso – possuindo o Cade importante papel judicante –, a questão que se coloca é como compatibilizar a arbitragem e o direito concorrencial.

Para tanto, é necessário compreender que o direito concorrencial envolve uma “multiplici-

4 Lei nº 9.307/1996: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis [...]” (BRASIL, 1996).

5 Os limites da arbitrabilidade, geralmente, são definidos pela legislação de cada país. Nesse sentido, estudo efetuado pelo Institute of International Business Law and Practice e editado pela Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI) identifica três sistemas distintos para definir o limite objetivo da arbitrabilidade: (i) o da disponibilidade do direito, utilizado por países como a Alemanha, Bélgica, Estados Unidos, Espanha, Itália e Portugal; (ii) o da natureza patrimonial do direito, critério este utilizado na Argentina e na Polônia; e (iii) o da vedação à arbitragem sobre qualquer matéria que interesse à ordem pública, composto por um pequeno grupo de países incluindo França, Dinamarca e Índia. O Brasil combinou os dois primeiros critérios (BALL *et al*, 1993, p. 85).

6 Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 173 [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL, 1988).

7 Lei nº 12.529/2011: “Art. 1º [...] Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” (BRASIL, 2011).

dade de esferas de responsabilidades” (FRAZÃO, 2018), dentre elas: a administrativa, que possui o intuito de proteger o direito difuso da livre concorrência; a criminal, quando trata de cartéis; e a cível, relativa justamente à discussão dos direitos patrimoniais disponíveis dos infratores. Essa multiplicidade, segundo Frazão (2018), é justificada pela origem do direito concorrencial, pois, “desde sua criação, jamais pretendeu anular ou mitigar a dimensão privada dos conflitos concorrenciais, mas, tão somente adicionar, de forma cumulativa, uma perspectiva de *enforcement* público, a ser implementada por meio de autoridades estatais”. Dessa forma, há a coexistência do *public enforcement* de forma harmônica e complementar ao *private enforcement*.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura, ainda, o direito de ação para que prejudicados reivindiquem seus direitos individuais ou individuais homogêneos com o intuito de cessar práticas que constituam infrações à ordem econômica, ou reparar danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais por meio de indenização, como disposto no artigo 47, da Lei nº 12.529/2011.<sup>8</sup> Essa ação privada, expressamente autorizada pela Lei, é um instrumento autônomo em relação ao *enforcement* público do direito concorrencial, o que significa que poderá ser utilizada mesmo que o Cade não tenha feito qualquer investigação (FRAZÃO, 2018). Além disso, fica assegurada, também, a possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas por autoridades antitrustes, sem qualquer limitação (FORGIONI, 2018, p. 166).

A compatibilização entre a arbitragem e o direito da concorrência é possível desde que aquela seja relativa à configuração da responsabilidade civil e à reparação de danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais, sendo limitada, portanto, aos direitos disponíveis dos envolvidos e às consequências estritamente patrimoniais. A arbitragem, nesse sentido, não poderá interferir na competência exclusiva que as autoridades estatais detêm para exercer o *enforcement* público (OECD, 2011, p. 11).

Uma vez delineados os contornos da arbitrabilidade do direito concorrencial sob a perspectiva normativa brasileira (ou seja, conectada aos direitos patrimoniais disponíveis), verifica-se que a arbitrabilidade do direito concorrencial se revela mais complexa na prática. Isso porque, de um lado, (i) o Cade vem utilizando o mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias concorrenciais de caráter notadamente público, como o acesso a uma dada infraestrutura ou canal de distribuição em condições não discriminatórias (seção 2.3.2 abaixo), e de outro, (ii) questões de ordem pública relacionadas ao direito concorrencial podem surgir no âmbito da arbitragem, que extrapolam a relação jurídica privada, potencialmente demandando endereçamento pelo tribunal arbitral (seção 3 abaixo). É o que passaremos a analisar nas próximas seções.

### **2.3.2 Experiência prática: os acordos celebrados pelo Cade**

A experiência prática vem indicando a gradual adoção, pelo Cade, do mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias relacionadas ao acesso de terceiros a determinado canal de

8 Lei nº 12.529/2011: “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.” (BRASIL, 2011).

distribuição ou infraestrutura, em condições não discriminatórias, no âmbito do controle preventivo de estruturas.

Como sabido, no âmbito do controle preventivo, quando identificadas possíveis preocupações concorrenciais, o Cade pode impor condições estruturais ou comportamentais (remédios concorrenciais) para a aprovação do negócio jurídico pretendido pelos requerentes. As referidas condições podem ser negociadas e então entabuladas entre o Cade e as partes por meio do chamado Acordo em Controle de Concentração (ACC), que estabelece expressamente as obrigações a serem cumpridas, durante determinado período, para que as partes obtenham plena aprovação da operação.

Observa-se que ainda são poucos os precedentes do Cade nos quais foram incluídas cláusulas de arbitragem no âmbito de ACCs. O presente trabalho foi capaz de identificar 5 (cinco) precedentes até o momento. Não obstante, os casos analisados demonstram haver um gradual amadurecimento na utilização do referido mecanismo pelo Cade, com o constante refinamento das cláusulas ao longo dos acordos firmados, o que aponta para sua provável consolidação na prática concorrencial brasileira.

Os ACCs nos quais foi incluída a previsão de arbitragem envolveram, em geral, compromissos de negociação com terceiros em condições justas e não discriminatórias, garantindo-lhes o recurso à arbitragem. Dessa forma, a autoridade antitruste buscou resguardar o acesso de terceiros a determinado canal de distribuição ou infraestrutura, mitigando, assim, potenciais riscos de fechamento de mercado.

Antes de analisarmos as controvérsias e perspectivas em relação à utilização da arbitragem no âmbito de ACCs, cumpre brevemente examinar o histórico e o teor das cláusulas compromissórias já entabuladas pelo Cade.

O primeiro precedente consiste no Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47, envolvendo a Vale Fertilizantes e o Grupo ICL, julgado em 10.12.2014 (BRASIL, 2014).<sup>9</sup> No referido caso, firmou-se ACC por meio do qual o Grupo ICL se comprometeu a fazer com que a Fosbrasil, da qual passaria a deter o controle unitário, oferecesse contratos de fornecimento de PPA (insumo considerado essencial para a produção de sais fosfatados) a potenciais produtores localizados no Brasil, respeitando condições não discriminatórias.<sup>10</sup>

Caso o produtor independente alegasse a recusa de fornecimento pela Fosbrasil, sem justificativa objetiva, o Cade poderia, ouvido previamente o compromissário, solicitar que fosse iniciado o procedimento de arbitragem para dirimir a questão, com a concordância do produtor em se vincular ao procedimento.<sup>11</sup> Conforme o ACC, os árbitros seriam apontados e custeados pela ICL Brasil e chancelados pelo Cade. Além disso, a opinião a ser exarada, adstrita à análise da justificativa objetiva para a recusa, deveria também ser referendada pelo Cade.<sup>12</sup>

9 Operação aprovada por unanimidade, nos termos do voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

10 Cláusulas 2.1 e ss. do ACC.

11 Cláusulas 3.6 e 3.6.1 e 3.6.4 do ACC.

12 Cláusulas 3.6.2 e 3.6.3 do ACC.

A Conselheira Relatora Ana Frazão, em seu voto condutor, apontou que o recurso à arbitragem “reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo Cade, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro”<sup>13</sup> Por outro lado, destacou que “o ACC resguarda a competência do Cade, prevendo expressamente que a decisão final relativa ao descumprimento do ACC caberá ao SBDC [Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência], independentemente do resultado da arbitragem”<sup>14</sup>

No Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 (BRASIL, 2015b), entre Rumo e ALL, julgado em 11.02.2015,<sup>15</sup> foi firmado ACC no qual se previu que o usuário (contratante dos serviços de transporte ferroviário) que se sentisse discriminado, poderia iniciar procedimento arbitral. Isso sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT.<sup>16</sup>

O ACC vinculou os compromissários à aceitação dos pedidos de arbitragem dos usuários; conferiu ao tribunal arbitral o papel de decidir se houve ou não a alegada discriminação; e, por último, estipulou que as decisões arbitrais deverão ser fornecidas ao Cade anualmente durante a vigência do acordo.<sup>17</sup>

Diferentemente do primeiro ACC, que estabeleceu a obrigação do Cade de referendar decisões arbitrais, no caso Rumo/ALL apenas se previu que “[o] Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”<sup>18</sup> Conforme se verá, trata-se de disposição que passou a ser repetida nos demais casos.

No Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (BRASIL, 2017b), entre BM&FBovespa e CETIP, julgado em 22.03.2017,<sup>19</sup> firmou-se ACC em que as referidas empresas se comprometeram à prestação de serviços de Central Depositária de Ativos, incluindo acesso à infraestrutura, em condições justas, transparentes e não discriminatórias,<sup>20</sup> uma vez que o referido serviço teria características

13 Parágrafo 267 do voto.

14 Parágrafo 268 do voto.

15 Operação aprovada por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

16 A ANTT tem competência para arbitrar conflitos entre usuários e empresas concessionárias por força do art. 20, inciso II, “b”, da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001). Além disso, cumpre destacar, por exemplo, que as Resoluções nº 3.694/2011 e nº 5.845/2019, ambas da ANTT, dispõem acerca da arbitragem no âmbito das competências da agência reguladora.

17 Conforme Cláusulas 2.32, §§ 1º, 2º e 6º do ACC.

18 Cláusula 2.33 do ACC.

19 Operação aprovada por maioria, nos termos do voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Vencida a Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, que se manifestou pela aprovação da operação com restrições.

20 Cláusulas 2.8 e 2.9 do ACC. Nos termos do acordo, a prestação de serviços CSD (*Central Securities Depositories*, ou Central Depositária de Ativos) significa “a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF [infraestrutura do mercado financeiro], bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal” (Cláusula 2.9).

de monopólio natural e *essential facility*.<sup>21</sup> Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá iniciar o procedimento de arbitragem, a fim de solucionar a controvérsia.<sup>22</sup>

De modo inovador, o referido ACC adotou a cidade de São Paulo/SP como sede da arbitragem, determinando a observação, no que aplicável, do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).<sup>23</sup>

À diferença dos casos anteriores, o ACC previu que a decisão arbitral, além de vinculante às partes, será irrecorrível.<sup>24</sup> Nesse aspecto, ao prever a irrecorribilidade da decisão arbitral de forma expressa, o caso BM&FBovespa/CETIP adotou, de forma mais clara, o procedimento de arbitragem, em oposição ao mecanismo de *arbitramento*.<sup>25</sup>

Outro aspecto também tornou mais clara a adoção do instituto da arbitragem: enquanto nos primeiros casos os ACCs estabeleceram que os árbitros deveriam proferir decisão quanto à existência ou não de uma situação fática de discriminação<sup>26</sup> (havendo, inclusive, quanto ao ACC da ICL/Fosbrasil, a necessidade de referendo pelo Cade), no caso BM&FBovespa/CETIP, o ACC estabeleceu que o tribunal terá poderes mais amplos, para “decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso”.<sup>27</sup> Assim, nota-se maior aproximação da Lei de Arbitragem, que, a seu turno, estabelece que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a decisão arbitral é irrecorrível e não se sujeita à homologação do Poder Judiciário.<sup>28</sup>

Entretanto, seguindo o modelo estabelecido no caso anterior, aqui também o ACC estabeleceu que o Cade não se vincula à decisão arbitral, e tampouco se obriga a adotar qualquer providência adicional em decorrência da decisão arbitral,<sup>29</sup> determinando que os compromissários enviem cópia da sentença arbitral ao Cade.<sup>30</sup>

21 Nesse sentido, conforme o voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, “a nova empresa detém o monopólio dos serviços de central depositária no Brasil, que possui características de monopólio natural e de *essential facility*, elevando ainda mais seu poder de mercado. Assim sendo, eventuais novos players no mercado de bolsa e/ou balcão deverão, necessariamente, contratar as Requerentes – suas concorrentes nos ditos mercados de bolsa e/ou balcão – para a prestação de serviços no mercado de depositária central.”

22 Cláusula 2.11 do ACC.

23 Conforme a Cláusula 2.12, “[a] Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (‘Tribunal Arbitral’) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).”

24 Cláusula 2.15 do ACC.

25 Tal distinção foi notada pelo voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Além disso, conforme leciona Baptista (2011, p. 29-30), “[o] arbitramento é modo de determinação de um elemento material do negócio jurídico. Nele, as partes decidem que um terceiro estimará o preço, a quantidade ou outro elemento qualquer do negócio, integrando suas vontades. Não tem caráter decisório e pode ser objeto de revisão judicial. É ato estimatório de valores e qualidades. [...] A distinção em face da arbitragem nem sempre é clara, mas existe. Encontramo-la em obras da doutrina de vários países: o arbitrador não decide matéria de direito. Avalia aspectos de fato específicos e determina situações”.

26 Como bem apontado por Medrado e Jimenez (2019, p. 546).

27 Cláusula 2.13 do ACC.

28 Lei nº 9.307/1996: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 1996).

29 Cláusula 2.17 do ACC.

30 Cláusula 2.16 do ACC.

No Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, entre AT&T (detentora da DirecTV e Sky) e Time Warner, julgado em 18.10.2017 (BRASIL, 2017a),<sup>31</sup> foi celebrado ACC com o objetivo preservar o ambiente competitivo relacionado à programação de canais de TV por assinatura e operação de TV por assinatura. Neste caso, o acordo previu que terceiros (programadores de canais e prestadores de TV por assinatura) poderiam acionar o mecanismo de arbitragem para “resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação”.<sup>32</sup>

Pela primeira vez, o ACC escolheu não apenas o regulamento aplicável, mas também a câmara arbitral onde se conduziriam os procedimentos (no caso, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM/CCBC, bem como seu respectivo regulamento).<sup>33</sup> Além disso, de modo também inovador, o ACC fixou aspectos como as provas admitidas e a quantidade de manifestações de cada parte durante o procedimento,<sup>34</sup> e limitou o custeio da arbitragem pelos compromissários apenas em relação às contrapartes cuja participação de mercado seja inferior a 20%.<sup>35</sup>

Em linha com posicionamentos anteriores, o Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo reiterou que o recurso à arbitragem evita que o Cade estabeleça “parâmetros mais específicos de não-discriminação”, os quais demandariam “elevado ônus de monitoramento, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança e erro, diante da assimetria de informação”. Ademais, como de praxe, o Cade estabeleceu que não se vincula à decisão arbitral, e tampouco se obriga a adotar qualquer providência.<sup>36</sup>

No Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32, envolvendo o Grupo Petrotex e a Petrobras, julgado em 07.02.2018,<sup>37</sup> foi firmado ACC em que o Grupo Petrotex se comprometeu a celebrar um novo contrato com a empresa M&G Brasil para fornecimento de PTA (ácido tereftálico purificado), conforme as condições de volume, preço, prazo, não discriminação, dentre outras fixadas pelo ACC.

De modo peculiar, o acordo foi possível porque a M&G Brasil, que atuava como terceira interessada, manifestou-se favoravelmente aos termos do ACC, colaborando na construção do remédio.<sup>38</sup> Assim, o ACC previu que, caso a M&G Brasil não aceitasse a proposta de novo contrato de fornecimento que seria ofertada pelo Grupo Petrotex, o compromissário deveria iniciar um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia sobre “preços e volumes”.

31 Aprovado, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

32 Cláusula 6.1 do ACC.

33 Cláusula 6.4 do ACC.

34 Conforme Cláusula 6.5 do ACC: “Os árbitros emitirão sentença baseada apenas em documentos, estando as partes autorizadas a apresentar qualquer documento/prova para embasar sua posição, mas não haverá audiências com especialistas e testemunhas. Após a instituição da arbitragem, haverá duas manifestações de cada parte, sendo a primeira acompanhada de todos os documentos e provas, com exceção de documentos e provas eventualmente acostadas à segunda manifestação, com o objetivo de refutar os documentos e provas apresentados pela outra parte. O árbitro poderá autorizar a apresentação de outros documentos, provas e manifestações em circunstâncias excepcionais, na extensão necessária à garantia do contraditório e ampla defesa.”

35 Cláusula 6.3 do ACC.

36 Cláusula 6.9 do ACC.

37 Aprovado, por maioria, nos termos do voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Vencido o Conselheiro João Paulo Resende, que votou pela reprovação da operação.

38 Conforme consignou o voto condutor da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

As condições apresentadas pelos árbitros seriam consideradas “finais e irrecorríveis”. Caso a M&G Brasil, mesmo assim, não aceitasse as condições da decisão arbitral, o Grupo Petrotex estaria liberado das obrigações do ACC, e a operação seria considerada, por fim, aprovada e consumada.<sup>39</sup>

Nota-se que este ACC foge à regra dos demais, pois é dirigido a uma relação específica e determinada, envolvendo M&G Brasil, que atuou como terceira interessada. Novamente, o Cade retorna à fórmula de arbitramento (reduzindo o escopo do procedimento à determinação de preços e volume), apesar de destacar expressamente a irrecorribilidade da decisão arbitral. Por fim, é interessante notar que neste ACC não está presente a cláusula de não vinculação do Cade à decisão arbitral, dado seu caráter atípico, uma vez que o ACC já foi construído com a participação do terceiro interessado, a quem se destina a arbitragem e que previamente formalizou sua anuência.

Os ACCs trazidos acima apontam no sentido de que o Cade vem expandindo, paulatinamente, a arbitrabilidade do direito concorrencial, uma vez que a autoridade antitruste delega ao tribunal arbitral a solução de eventuais controvérsias relacionadas à contratação com terceiros. Embora os ACCs estabeleçam um escopo limitado da controvérsia a ser solucionada (quase sempre adstrita à verificação da ocorrência ou não de discriminação), parece claro que existe um caráter concorrencial nas demandas que serão levadas à arbitragem.

Por outro lado, é interessante notar que o Cade sempre estabelece a sua não vinculação à decisão arbitral. Assim, embora possa se inferir a existência de um dever de deferência da autoridade antitruste à decisão arbitral, o Cade tem optado por reservar para si a possibilidade de reanalisar as decisões arbitrais.

### **3. ORDEM PÚBLICA E DIREITO CONCORRENCIAL**

#### **3.1 A noção de ordem pública**

Como visto anteriormente, o entendimento de que as normas de direito concorrencial integram a ordem pública estatal suscita discussões relacionadas à própria arbitrabilidade da matéria. A presente seção buscará delimitar a relevância do conceito de ordem pública para a arbitragem, e explicitar como as questões de ordem pública ligadas ao direito concorrencial podem ser suscitadas e endereçadas no âmbito arbitral, quer se trate de arbitragem doméstica ou internacional.

Diversas normas de direito interno e internacional, relacionadas ao instituto da arbitragem, dispõem acerca da ordem pública. Assim, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) dispõe que a escolha das regras de direito aplicáveis à arbitragem não poderá violar os bons costumes e a *ordem pública* (art. 2º, § 1º). Já o Código Civil, em seus arts. 122 e 2.036, parágrafo único, estabelece que as disposições privadas que violem a ordem pública serão consideradas ilícitas.

A seu turno, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) determina que leis, atos e sentenças de outros países, que ofendam a soberania nacional e a ordem pública interna, não terão eficácia no Brasil.<sup>40</sup> Já a Lei de Arbitragem estabelece que a homologação

39 Cláusula 5.2 do ACC.

40 Decreto-lei nº 4.657/1942, art. 17: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” (BRASIL, 1942).

de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) será denegada caso haja constatação de ofensa à *ordem pública nacional*.<sup>41</sup>

A recusa do recebimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros que violem a ordem pública interna é princípio que encontra previsão também na Convenção de Nova Iorque, de 1958, e na Lei Modelo da UNCITRAL, de 1985, estando também disseminado em diversos sistemas jurídicos, o que levou, inclusive, ao desenvolvimento do conceito mais restrito de *ordem pública internacional*, que abrange princípios mais universais.<sup>42</sup>

A dificuldade de conceituação da ordem pública é há muito destacada pela doutrina. Assim, conforme Gomes (1979, p. 185-186), pode-se definir ordem pública como “os princípios que traduzem os interesses fundamentais da sociedade relativos à sua ordem econômica e política”. Daí porque todo contrato em oposição a esses princípios não pode ser válido, podendo se equiparar à desobediência de uma norma imperativa (GOMES, 1979, p. 185).

Já nas palavras de Grau (2007, p. 58), a *ordem pública* se refere ao “conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas, de direito privado”. A seu turno, abrangido por esse conceito, a *ordem pública econômica* consiste no “conjunto das medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas” (GRAU, 2007, p. 59).

Nessa toada, como já destacado anteriormente, as leis de defesa da concorrência são entendidas como normas de ordem pública (especificamente, ordem pública econômica), porquanto impactam sobre o universo das relações jurídicas privadas, de modo impositivo, condicionando a atuação dos agentes econômicos no mercado.

Por essa razão, como visto anteriormente, não se admite a arbitragem de aspectos de direito concorrencial tidos como indisponíveis. Assim, a competência administrativa e criminal é sempre reservada às autoridades públicas. Tal aspecto, no campo da ordem pública, é o que se convencionou chamar, nos Estados Unidos, de *Second Look Doctrine*, ou seja, caberá ao Estado dar a última palavra acerca da matéria antitruste não estritamente privada.

O fato do Estado reservar para si determinadas competências (relacionadas a direitos indisponíveis) não significa que o tribunal arbitral deverá ignorar as normas de ordem pública (leia-se as normas concorrenciais). Isso porque, como normas de ordem pública, que condicionam a autonomia privada, podem eventualmente incidir na matéria arbitrada, implicando – possivelmente – sua ne-

41 Lei nº 9.307/1996, art. 39, inciso II: “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) [...]

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.” (BRASIL, 1996).

42 “O conceito de ordem pública (*‘order public’*) está enraizado, senão em todos, na maioria dos sistemas jurídicos. Violação da ordem pública do Estado é motivo para recusar o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. O princípio está estampado no Artigo V.2 da Convenção de Nova Iorque de junho de 1958 e no Artigo 36 da Lei Modelo da UNCITRAL recomendada pela Assembléia das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1985. A esse respeito, alguns legislativos e tribunais decidiram que um conceito mais restrito de ordem pública deveria ser aplicado aos laudos arbitrais internacionais. Esse conceito restrito é normalmente referido como *‘ordem pública internacional’*. O termo *‘ordem pública internacional’*, entretanto, é utilizado às vezes com outro sentido, significando um consenso internacional acerca de *standards* universais e normas de conduta aceitas como aplicáveis em todos os foros. (...)” (ICSID Case nº ARB/00/7, §§ 138-139 apud MENDES, 2010, p. 45-46).

cessária consideração pelos árbitros.

### 3.2 Questões de ordem pública do direito concorrencial e suas diferentes graduações

Enxergar o direito concorrencial como uma disciplina de ordem pública implica o potencial surgimento de diferentes questões práticas no âmbito da arbitragem. Isso porque uma sentença arbitral que, imaginemos, desconsidera flagrante questão de violação à ordem pública, como uma regra concorrencial, pode tornar a sentença arbitral suscetível de questionamento e invalidação, gerando insegurança jurídica às partes. Como visto, foi o que ocorreu no caso europeu *Eco Swiss v. Benetton*, no qual o tribunal arbitral deixou de considerar nulidade relativa a um contrato de licenciamento de marca.<sup>43</sup>

Além disso, o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* ilustra que o levantamento de questões de ordem pública relativas ao direito concorrencial pode ser tido como uma estratégia de defesa, seja para arguir a nulidade de um contrato que não se quer cumprir, seja para alegar a não arbitrabilidade da própria disputa.<sup>44</sup>

Nessa esteira, percebe-se que o direito concorrencial é uma disciplina cujo escopo de aplicação é amplo, abrangendo desde o controle de estruturas ao controle de condutas, aspecto que poderia, dadas as diferentes possibilidades de controvérsias e de estratégias de litigância, resultar no alargamento demasiado – e até mesmo indesejado – da arbitragem. Nesse sentido, como deve proceder o tribunal arbitral?

Parece-nos que a resposta a essa pergunta depende primordialmente da questão concorrencial que emerge da controvérsia. A questão de ordem pública, relativa ao direito concorrencial, nem sempre será clara, de modo que poderá demandar diferentes graus de profundidade de análise pelos árbitros.

No controle de condutas<sup>45</sup> tem-se, de um lado, determinadas condutas caracterizadas como *ilícitas por objeto*, sendo o exemplo mais grave a prática de cartel.<sup>46</sup> Pode-se afirmar que condutas desse tipo são, geralmente, de mais fácil identificação, uma vez que se exige apenas a comprovação da prática. Por outro lado, determinadas condutas anticompetitivas são entendidas como *ilícitas por efeitos*, uma vez que demandam um exame dos efeitos, concretos ou potenciais, sobre o ambiente

43 Referido contrato de licenciamento de marca era considerado nulo (ilícito por objeto), uma vez que não gozava de isenção antitruste à luz da Regulação 240/96 da União Europeia, então vigente, que estabelecia o bloco de isenções antitruste para contratos de transferência de tecnologia (cf. WHISH; BAILEY, 2012, p. 326).

44 Conforme destaca Mendes (2010, p. 42): “Em sua defesa e reconvenção (*counterclaim*), a *Soler Chrysler* alegou que a *Mitsubishi* e a *Chrysler* fizeram um acordo para restringir o comércio. Como consequência, proibiram a *Soler Chrysler* de revender os automóveis para compradores na América do Norte, Central e do Sul. Além disso, teriam se recusado a remeter as peças necessárias para adaptação dos automóveis ao mercado porto-riquenho, e tentaram substituir a *Soler Chrysler* por uma de suas subsidiárias. Essas alegações configurariam violação ao *Sherman Act* e, dessa forma, não poderiam ser submetidas à arbitragem.”

45 Lei nº 12.529/2011, art. 36 (BRASIL, 2011).

46 Conforme a jurisprudência consolidada do Cade, bem como em jurisdições como União Europeia e Estados Unidos, onde é tratado como ilícito *per se*.

concorrencial (análise referida pelo antitruste nos Estados Unidos como *regra da razão*). Esse tipo de análise, via de regra, demanda uma análise aprofundada acerca das condições de concorrência, e pode envolver inclusive produção de prova econômica. Ou seja, tem-se duas modalidades de conduta com padrões probatórios distintos.

Já no âmbito do controle de estruturas<sup>47</sup> há determinados negócios cuja subsunção aos critérios de notificação obrigatória é cristalina; por outro lado, em algumas situações, nem sempre é clara a subsunção aos critérios, seja em razão da natureza do negócio (e.g., contratos associativos<sup>48</sup>), seja da caracterização do grupo econômico,<sup>49</sup> o que pode exigir uma análise mais refinada.

A depender de cada situação, as consequências também poderão revelar-se claras. Por exemplo, será nulo um negócio cujo objeto envolver um acordo anticompetitivo (e.g., um cartel);<sup>50</sup> poderá ser declarada nula uma operação consumada antes da notificação ao Cade;<sup>51</sup> e poderá ser considerada ilícita uma cláusula (ou conduta) frontalmente contrária à jurisprudência consolidada do Cade.<sup>52</sup> Por outro lado, é possível que a licitude de determinada questão sob o ponto de vista concorrencial, à primeira vista, não esteja tão clara, demandando uma análise aprofundada por parte do tribunal arbitral. Nessa hipótese, o aprofundamento da análise pode exigir, por exemplo, a verificação de posição dominante, o funcionamento do mercado relevante e as condições de concorrência, como rivalidade, barreiras à entrada, dentre outras.

Dessa forma, constata-se que as questões de ordem pública relativas ao direito concorrencial podem surgir em diferentes gradações de complexidade e clareza (quer se trate, por exemplo, de ilícito por objeto ou por efeitos; quer se trate de um ato de concentração que se alinha, claramen-

47 Lei nº 12.529/2011, arts. 88 e 90.

48 Para caracterização de contrato associativo, conforme a Resolução Cade nº 17/2016, dentre outros requisitos, há a necessidade de existência de “empreendimento comum para exploração de atividade econômica”, bem como “compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica”. Nem sempre a identificação dos referidos requisitos é clara, o que tem levado muitos agentes econômicos, por cautela, à notificação das operações.

49 A Resolução Cade nº 2/2012 disciplina a notificação dos atos de concentração, estabelecendo, para tanto, aquilo que se considera grupo econômico, para fins de cálculo do faturamento (art. 88 da Lei nº 12.529/2011). Vale notar, a noção de controle no direito concorrencial é mais ampla que na Lei das S/A. A Lei nº 6.404/1976 não prevê o controle externo (*ab extra*) e o interno administrativo ou gerencial (conforme arts. 116 e 243, § 2º). O controle externo (ou contratual, não societário) é exercido “mais de fato do que de direito”, podendo derivar de diferentes situações, como a dependência do comprador, uma situação de endividamento, dentre outras (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 71-85). Para exemplos de discussões, vide AC nº 08012.006653/2010-55 (situação de dependência externa) e AC nº 08700.000180/2020-04 (controle de fato exercido por gestor de fundo de investimento).

50 Código Civil, art. 166, II e III (BRASIL, 2002).

51 Lei nº 12.529/2011, art. 88, § 3º e Resolução Cade nº 24/2019, arts. 9º, III, e 12, II, “b”.

52 Um exemplo claro nesse sentido, por exemplo, seria uma cláusula de não concorrência contrária à jurisprudência consolidada do Cade (ver, nesse sentido, BRASIL, 2016, p. 55-56). Entretanto, existe também uma jurisprudência formada em mercados/contextos específicos, por exemplo, a jurisprudência formada a partir dos contratos de licenciamento de biotecnologia de soja transgênica notificados pela Monsanto, que continham cláusulas que criavam uma situação de dependência econômica (tendentes à exclusividade) em relação aos licenciados. O Cade impôs a remoção das referidas cláusulas nos ACs de nº 08012.002870/2012-38 (Monsanto/Syngenta), 08012.006706/2012-08 (Monsanto/Nidera), 08700.003898/2012-34 (Monsanto/COODETEC) e 08700.003937/2012-01 (Monsanto/Don Mario), julgados em 29.08.2013, e no AC nº 08700.004957/2013-72 (Monsanto/Bayer), julgado em 22.01.2014. Após os referidos julgamentos, a Monsanto notificou ao menos 5 (cinco) novos contratos semelhantes sem as referidas cláusulas, os quais foram aprovados (AC nº 08700.008301/2014-00, nº 08700.008857/2014-04 e nº 08700.001226/2015-37) e não conhecidos (AC nº 08700.004282/2016-12 e nº 08700.004963/2016-72), sempre tendo em vista a inexistência das cláusulas vedadas.

te ou não, aos critérios de notificação e à jurisprudência da autoridade).

Parece-nos que caberá às partes avaliarem e concordarem – se possível antes ou logo no início do procedimento – quanto à inclusão de questões concorrenciais no escopo da arbitragem, a depender de como se evidenciem. Os próprios árbitros podem apontar às partes a possível existência de questões antitrustes a serem enfrentadas. O risco à segurança jurídica da decisão arbitral será tão maior quanto mais evidente é a questão de ordem pública concorrencial, o que aumentará a importância de ser abordada pelos árbitros na sentença arbitral, como analisaremos na seção 4.1 abaixo.

### 3.3 Ordem pública, direito concorrencial e aspectos internacionais

Algumas questões particulares de ordem pública podem surgir, seja em razão da *extraterritorialidade* das leis antitruste (o que pode suscitar, inclusive, conflitos de jurisdição), seja em razão da arbitragem possibilitar a escolha, pelos particulares, da *sede da arbitragem* e da *lei aplicável* ao mérito da disputa e ao procedimento arbitral. Assim, cumpre analisar, brevemente, os reflexos desses institutos sobre possíveis e eventuais questões de ordem pública em matéria concorrencial.

Como sabido, a Lei nº 12.529/2011 possui aplicação extraterritorial, ou seja, aplica-se às práticas ocorridas no exterior, que produzam ou possam produzir efeitos no território brasileiro (art. 2º, *caput*). Assim, basta que atos praticados no exterior possam causar efeitos no Brasil, para que seja atraída a jurisdição brasileira. É o que ocorre, por exemplo, no caso de cartéis internacionais que afetam produtos exportados ao Brasil, ou atos de concentração envolvendo grupo econômico com atuação no Brasil.<sup>53</sup>

Nessa perspectiva, a primeira questão que surge diz respeito à homologação de decisões arbitrais estrangeiras, cuja eficácia no Brasil, como visto, é condicionada à homologação pelo STJ,<sup>54</sup> e poderá ser denegada, nos termos do art. 39 da Lei de Arbitragem brasileira, caso (i) o objeto da disputa não seja suscetível de ser resolvido por arbitragem (inciso I), ou (ii) a decisão arbitral ofenda a ordem pública nacional (inciso II).

Quanto ao primeiro aspecto, já apontamos que não serão arbitráveis os direitos indisponíveis, como aqueles cuja tutela é de exclusiva competência administrativa e criminal da jurisdição brasileira. Assim, é admissível a denegação da decisão arbitral estrangeira que tenha se imiscuído a resolver aspectos relacionados à competência administrativa e criminal das autoridades estatais brasileiras.<sup>55</sup>

Quanto ao segundo aspecto, indaga-se: uma hipotética decisão arbitral proferida no exterior, cuja relação jurídica produz efeitos concorrenciais no Brasil, e que desconsidera (ou, pelo menos,

53 Para uma exposição acerca dos conflitos de jurisdições no direito antitruste, v. Forgioni (2018, p. 448-451).

54 A competência do STJ para homologação de sentenças estrangeiras decorre da Constituição Federal (art. 105, I, “i”) (BRASIL, 1988), sendo regulamentada pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, arts. 960 a 965) (BRASIL, 2015a) e pelo Regimento Interno do STJ (arts. 216-A a 216-N) (BRASIL, 2020).

55 Cf., em sentido semelhante, Forgioni (2018, p. 452): “[a]ssim, o Superior Tribunal de Justiça estaria autorizado a proferir decisão idêntica àquelas muitas vezes emanadas por outras cortes, recusando o cumprimento de ordens judiciais estrangeiras sobre questões antitruste”.

não endereça adequadamente) questão de ordem pública interna de matéria concorrencial, deve ter sua homologação denegada pelo STJ?

Como já apontado, a noção de “ordem pública” é bastante ampla. Assim, a nosso ver, a legislação parece exigir que haja uma *manifesta* violação à ordem pública capaz de ensejar a denegação da homologação.<sup>56</sup> No procedimento de homologação perante o STJ, a ofensa à ordem pública nacional poderá ser arguida em sede de contestação pela parte interessada.<sup>57</sup> Portanto, a nosso ver, podem ser considerados exemplos de manifesta ofensa à ordem pública, no mínimo, eventual acordo que configure ilícito por objeto perante o direito concorrencial brasileiro, ou, ainda, operação que claramente se subsumia aos critérios de notificação obrigatória.

Outra situação, discutida pela doutrina, decorre do *conflito positivo de jurisdição*. Como leciona Forgioni (2018, p. 449-450), é o que acontece, em geral, com os chamados “cartéis de exportação”, que podem ser admitidos (por possuir *imunidade antitruste*) em determinado país exportador, porém causar efeitos no país importador, configurando evidente ilícito concorrencial. Em casos como esse, mesmo que haja o reconhecimento da licitude da prática no país de origem, reputa-se inadmissível a homologação de decisão arbitral estrangeira pelo Brasil, uma vez que o cartel configura grave ilícito à luz da legislação concorrencial nacional.<sup>58</sup>

Outro aspecto ligado à arbitragem internacional, conforme indicado, é a possibilidade de as partes escolherem a sede da arbitragem, bem como o direito aplicável à disputa e ao procedimento arbitral. Conforme leciona Baptista (2011, p. 64), na arbitragem de caráter internacional realizada entre particulares, a arbitragem será regida “pelo direito de algum Estado ou por normas adotadas pelas partes que não se choquem com as disposições da ordem pública internacional ou interna”.

Mesmo que as partes adotem como lei aplicável o direito de um país cuja legislação antitruste seja considerada mais permissiva, tal escolha não será capaz, por si só, de afastar as normas de ordem pública nacional, caso a relação jurídica tenha potencial de produzir ou produza concretamente efeitos no Brasil, em decorrência da aplicação extraterritorial com base no critério de efeitos estabelecido em nossa Lei concorrencial (Lei nº 12.529/2011, art. 2º, *caput*).

Por outro lado, é interessante notar que a lei federal de direito internacional privado da Suíça, de 18.12.1987, país cuja legislação é reputada como uma das mais amigáveis à arbitragem comercial internacional, prevê que eventual disputa envolvendo restrição concorrencial deverá aplicar a legislação do Estado cujo mercado é afetado: “*Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l’État sur le marché duquel l’entrave produit directement ses effets sur le lésé*” (art. 137) (SUÍÇA, 1987).

56 É interessante notar, *mutatis mutandis*, que o legislador adotou sistemática semelhante, quando tratou da “homologação de decisão estrangeira” no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), exigindo que não haja “manifesta violação à ordem pública” (art. 963, VI) (BRASIL, 2015a).

57 Regimento Interno do STJ, art. 216 H (BRASIL, 2020).

58 Conforme leciona Forgioni (2018, p. 449-450), é ilustrativo o caso conhecido como cartel dos relógios suíços, bastante referido pela doutrina. Os exportadores de relógios suíços realizaram acordo de não concorrência para exportar seus relógios aos Estados Unidos. Entretanto, o julgado da Corte de Nova York (*United States v. The Watchmakers of Switzerland*), considerando a extraterritorialidade do *Sherman Act*, aplicou a legislação estadunidense, para tornar sem efeito os acordos entre empresas suíças e distribuidores dos Estados Unidos.

Por último, cumpre tecer breves palavras sobre aspecto bastante discutido na doutrina de direito internacional privado, com influência direta sobre a resolução de disputas internacionais. A literatura aponta a distinção entre as normas de ordem pública e as *normas de aplicação imediata* (leis de polícia). Nesse sentido, as últimas são definidas, conforme Araújo (2009, p. 39), como “aquelas cujo conjunto é considerado como do domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a ordem política, social ou econômica do país”. Existe, portanto, uma sutil distinção entre ambos os conceitos, na disciplina do conflito de leis no espaço. Em síntese, *as normas de direito concorrencial também são caracterizadas como normas de aplicação imediata*.<sup>59</sup>

Enquanto a ordem pública opera como “forma de exceção *a posteriori*”, as normas de aplicação imediata aplicam-se preliminarmente, bastando a constatação, pelo juiz ou árbitro, de que a *lex fori* possui tamanha relevância sobre os interesses em causa que o método clássico de solução de conflitos de leis no espaço não deve ser considerado (ARAÚJO, 2009, p. 39).<sup>60</sup> Nesse sentido, em eventual conflito entre o regime concorrencial do foro do litígio e o direito estrangeiro (incluindo o regime concorrencial estrangeiro), deverá prevalecer o primeiro, como verdadeira norma de aplicação imediata, sem que se recorra ao método de solução de conflito de leis no espaço.<sup>61</sup>

#### 4. DIREITO CONCORRENCIAL, CONFIDENCIALIDADE E ATUAÇÃO DOS ÁRBITROS

Para a garantia de um julgamento justo e eficaz, os árbitros são peça-chave no procedimento arbitral. Eles devem julgar os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis em consonância com as regras da lei aplicável. De acordo com a Lei nº 9.307/1996, as partes podem escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública.<sup>62</sup>

59 Em sentido semelhante, veja-se Rechsteiner (2010, p. 42-43, grifo nosso): “Cada país reconhece, no seu ordenamento jurídico, normas de direito público que reivindicam a sua aplicação imediata, por força de seu conteúdo imperativo e cogente, independentemente do direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional. Na doutrina, tais normas são denominadas leis de aplicação imediata [...]”; “Cumpra observar que os Estados limitam o exercício e o gozo dos direitos civis quando o interesse público é tangido. A propriedade privada, p. ex., por encargos públicos, a liberdade de contratar, p. ex., por proibições de importar e exportar determinadas mercadorias, e de transacionar em moeda estrangeira, pelas normas que regulamentam o direito de concorrência entre empresas, bem como por normas específicas protegendo o consumidor [...]”.

60 Vale destacar, no Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro menciona apenas “ordem pública”, razão pela qual a distinção entre os conceitos de ordem pública e regras de aplicação imediata parece não fazer parte do dia a dia dos tribunais brasileiros (ARAÚJO, 2009, p. 39).

61 Discutindo a influência do direito público no direito internacional privado, veja-se Rechsteiner (2010, p. 42-43): “Assim, se for aplicável o direito doméstico a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*, o juiz, automaticamente, leva em consideração todas as normas de direito público aplicáveis ao caso concreto. Aqui não surge qualquer dificuldade quanto às normas de aplicação imediata, já que o direito aplicável coincide com o ordenamento jurídico ao qual tais normas estão vinculadas.”; “Diferente é a situação quando, conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*, tem aplicação um determinado direito estrangeiro. Nesse caso, as leis de aplicação imediata do direito doméstico são imediatamente aplicáveis, pois, em virtude de seu caráter imperativo e cogente, reprimem a aplicação do direito estrangeiro; por esse motivo não é necessário verificar o seu conteúdo.”

62 Lei nº 9.307/1996, art. 2º, § 1º: “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.” (BRASIL, 1996).

Para disciplinas, como o direito concorrencial, que constituem normas de ordem pública, entendia-se, inicialmente, como já exposto neste trabalho, que os árbitros não podiam se manifestar e deveriam encaminhar o litígio para a resolução pelo Poder Judiciário. Hoje, entende-se, que o árbitro não só pode se manifestar quando o litígio envolver direta ou indiretamente matéria de ordem pública, como também deve aplicá-la.

A questão atual que se coloca sobre a aplicação de norma de ordem pública é se os árbitros podem abordar questões concorrenciais *ex officio* ou somente mediante provocação das partes. E, ademais, se eles teriam o dever de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial.

Os árbitros possuem deveres legais fundamentais que, caso descumpridos, podem comprometer a confiança das partes em seu labor e a validade da decisão. Nos termos da Lei nº 9.307/1996, “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.<sup>63</sup> A capacidade exigida por lei é a de fato e de direito para exercer os atos da vida civil, já o requisito da confiabilidade das partes é um conceito jurídico mais amplo, materializado pela doutrina como a honestidade e probidade do árbitro, em conjunto com a sua capacidade de julgar sem influências externas e interesses no resultado do litígio.<sup>64</sup>

Além destes requisitos, o árbitro possui os deveres de atuação estabelecidos no art. 13, §6º,<sup>65</sup> da Lei nº 9.307/1996, como de imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.<sup>66</sup> Nota-se, desde já, que a legislação brasileira não prevê a confidencialidade como um requisito obrigatório para os procedimentos arbitrais, mas institui, como um dos deveres do árbitro, o de discrição. Este dever se refere à postura exigida do árbitro de não se manifestar em público sobre circunstâncias que possam revelar a existência do litígio ou das partes. Assim, conforme Carmona (2009, p. 246), “[u]ma coisa é a sobriedade do árbitro, de quem se espera comportamento discreto; outra, bem diversa, é o sigilo”.

A confidencialidade, apesar de não ser um requisito legal obrigatório para a arbitragem, tende a ser prevista em diversos regulamentos de instituições arbitrais.<sup>67</sup> A possibilidade de pactuá-la em observância ao princípio da autonomia da vontade das partes é reconhecida como uma das vantagens da arbitragem. A confidencialidade é considerada um elemento importante da arbitragem por 87% dos participantes do mercado, segundo a pesquisa da Universidade de Queen Mary (2018, p. 27).

63 Lei nº 9.307/1996: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.” (BRASIL, 1996).

64 Conforme o ensinamento de Lemes (2013, p. 233): “a confiança da parte no árbitro, na dicção da lei, tem duas ópticas de análise. A primeira, intrínseca, significa que o árbitro deve ser pessoa de bem, honesta e proba. É o que se denomina de probidade arbitral. A honorabilidade de uma pessoa para ser indicada como árbitro representa a sua idoneidade legal para o exercício da função. A segunda, extrínseca, representa a certeza de ser pessoa capaz de exarar decisão sem se deixar influenciar por elementos estranhos e que não tenha interesse no litígio”.

65 Lei nº 9.307/1996: “Art. 13. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição [...]” (BRASIL, 1996).

66 Sobre a conceituação de cada dever, v. Carmona (2009, p. 239-246).

67 A título de exemplo, as seguintes instituições arbitrais estabelecem a confidencialidade em seus Regulamentos de Arbitragem: o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) no art. 14.1; a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) no art. 13.1; e o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) no art. 17.1.

Apesar de a confidencialidade ser considerada importante pela vasta maioria dos participantes do mercado, outra relevante discussão atual é sobre a possibilidade de mitigá-la em benefício de maior transparência com a publicidade de certos atos, por exemplo. Sem pretensão de exaurir as discussões, mas tão somente com o objetivo de compreender os passos que a matéria está caminhando, passa-se às breves análises dos questionamentos acima suscitados.

#### **4.1 A aplicação das questões concorrenciais pelo árbitro pode ser feita *ex officio* ou somente mediante provocação das partes?**

A obrigação do árbitro de aplicar questão de ordem pública do direito concursal sempre que as partes suscitarem fatos que a envolvam nos parece um entendimento consolidado na doutrina, pois, caso uma sentença arbitral viole a ordem pública, poderá ser questionada em juízo estatal. A questão que merece maior digressão é a possibilidade, ou até mesmo o dever, do árbitro aplicar a matéria de ordem pública *ex officio*, sem que nenhuma das partes tenha trazido à baila qualquer questionamento que a envolva. Esta indagação não é simples e, para compreendê-la em sua profundidade, precisamos ponderar princípios essenciais para a arbitragem, como o da autonomia da vontade das partes, da isonomia processual e da obediência à ordem pública.

O princípio da autonomia da vontade das partes é prestigiado “em grau máximo e de modo expresso” pela arbitragem (CARMONA, p. 2009, p. 15). As partes possuem ampla liberdade na escolha da lei material e processual aplicável e o árbitro está vinculado ao escopo determinado pelas partes dentro da cláusula compromissória. O árbitro não possui competência para julgar litígios que não estejam abrangidos pela cláusula compromissória, assim como não pode proferir sentença que ultrapasse os pedidos feitos pelas partes, sob pena da parte prejudicada ter fundamento para pleitear o pedido de anulação no Poder Judiciário.<sup>68</sup>

A atividade do árbitro e sua relação com as partes inicia-se por um contrato, mas torna-se jurisdicional em todo o procedimento.<sup>69</sup> Considerando que a arbitragem e a atividade do árbitro possuem natureza jurídica híbrida, o princípio da autonomia da vontade pode ser relativizado pela obediência à ordem pública, tendo em vista que o árbitro deverá julgar o litígio em conformidade com o ordenamento jurídico para que a sentença seja executável. Da mesma forma, por outro lado, se as partes expressamente solicitam que o árbitro desconsidere o direito concursal para a apreciação de uma questão litigiosa, entende-se que o árbitro deve se recusar a cumprir essa solicitação (OECD, 2011, p. 12).

68 Nesse sentido: “*It is undisputed that arbitration tribunals can neither deal with disputes not submitted to them nor can their award go beyond the relief requested by the parties. The excess of jurisdiction constitutes a ground to challenge the award and refuse enforcement under the various national laws, as well as under Article V(1)(c) New York Convention*” (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 488 et seq.).

69 A natureza jurídica da arbitragem e, conseqüentemente, da atuação do árbitro já foi bastante debatida na doutrina interna e internacional, sendo possível destacar três principais linhas de pensamento: (i) a contratualista, que ressalta o aspecto de existir um contrato inicial celebrado entre as partes e o árbitro, com o intuito de que este resolva as controvérsias em comento; (ii) a jurisdicional, que atribui a definição de natureza jurídica da arbitragem ao critério da atividade de julgar do árbitro; e (iii) a híbrida, que busca conciliar os anteriores. A natureza híbrida, atualmente, é considerada como a mais adequada para a arbitragem por sintetizar que a arbitragem é contratual em sua origem, mas jurisdicional durante todo o procedimento. Como ensina Carmona (2009, p. 27): “o fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”.

Outra consequência que dificulta a atuação dos árbitros e que deve ser ponderada no caso concreto em relação à aplicação *ex officio* do direito concorrencial é a possibilidade de o árbitro favorecer no resultado uma das partes com esta aplicação. Isso poderia ser contestado pela parte prejudicada com a alegação de violação ao princípio da isonomia processual que o árbitro deve ter perante as partes.

Nesse sentido, o árbitro deverá ponderar todos os princípios e suas consequências para que a sentença seja executável, devendo analisar a possibilidade de aplicação *ex officio* do direito concorrencial *in casu* e com extrema cautela. Parece-nos que questões de ordem pública flagrantes (ou aquelas que “saltam aos olhos”) devem ser apontadas *ex officio* pelos árbitros. Por outro lado, as situações que demandem uma análise aprofundada deverão ser objeto de ponderação. A esse respeito, apontamos, na seção 3.2 acima, que questões concorrenciais de ordem pública podem surgir em diferentes graus de profundidade e complexidade, cujo exame nem sempre será trivial.

Com o intuito de guiar a atuação do árbitro, um parâmetro que pode ser indicado para a ponderação dos princípios e consequente decisão no caso concreto é a análise dos fatos apresentados pelas partes. Se os fatos por elas apresentados apontarem para uma possível violação do direito concorrencial, mesmo que elas não o suscitem, o árbitro poderá aplicar *ex officio* (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 488 et seq.).

#### **4.2 Os árbitros possuem o dever de informar atos ilícitos/crimes à autoridade concorrencial? É possível flexibilizar a confidencialidade?**

Embora a arbitragem esteja restrita ao *enforcement* privado, tratando somente das questões patrimoniais disponíveis, nem sempre o procedimento arbitral terá início somente após o término do processo na autoridade concorrencial, já que a análise administrativa e a cível são autônomas. Dessa forma, é desejável que haja interação entre os árbitros e a autoridade concorrencial. Caso as partes estejam de acordo, entende-se que a autoridade antitruste pode, inclusive, intervir no procedimento arbitral como *amicus curiae* para auxiliar com interpretações, documentos, pareceres, entre outros (OECD, p. 2011, p. 12).

A questão sensível que se coloca é se o árbitro possui o dever de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial, se as partes não consentirem a interação do tribunal arbitral com a referida autoridade pública. Nesse caso, a decisão dos árbitros deve estar pautada na ponderação dos princípios essenciais da arbitragem, da mesma forma como apresentado anteriormente neste trabalho sobre a aplicação do direito concorrencial *ex officio*. Isso porque, por um lado, o princípio da autonomia da vontade das partes deve ser respeitado para a sentença ser executável; por outro, a falta de informações cruciais e a ausência da análise da autoridade concorrencial podem prejudicar a resolução adequada e justa do conflito dentro do ordenamento jurídico aplicável.

A questão se torna ainda mais complexa se for pactuada a confidencialidade do procedimento arbitral. É possível mitigá-la em benefício de maior transparência com o compartilhamento de informações com a autoridade antitruste? Nesse caso, em princípio, sem o consentimento das partes, entende-se que o árbitro não poderia compartilhar dados com a autoridade antitruste (OECD, 2011, p. 12). Além disso, se o compartilhamento de informações com a autoridade antitruste for requisitado

por uma das partes, o árbitro deve analisar, ainda, se a solicitação possui fundamento ou se é meramente protelatória.

Outro questionamento relevante é acerca da mitigação da confidencialidade para a publicação das sentenças arbitrais. Apesar de o sigilo ser considerado muito importante por participantes do mercado, como mencionado acima na pesquisa da Universidade de Queen Mary (2018), a total ausência de transparência também pode ser bastante prejudicial para o mercado por, muitas vezes, beneficiar os agentes com maior poder econômico<sup>70</sup> e por dificultar a previsibilidade que o mercado tanto necessita, principalmente quando houver decisões que apliquem matéria de ordem pública. A mitigação da confidencialidade para a publicidade de certos atos, como a parte dos fundamentos e do dispositivo da sentença arbitral sem a identificação das partes, pode contribuir para a formação de uma jurisprudência arbitral,<sup>71</sup> que colaboraria bastante com o direito concorrencial.

## 5. CONCLUSÕES

O presente artigo expôs, brevemente, que a arbitrabilidade do direito concorrencial já é aceita no âmbito dos Estados Unidos e da União Europeia. No Brasil, entende-se que a arbitrabilidade do direito concorrencial se circunscreve ao direito patrimonial disponível das partes, o que pode envolver, por exemplo, a estipulação da reparação de danos por condutas anticompetitivas.

Não obstante, o exame dos ACCs firmados pelo Cade revela que a autoridade antitruste brasileira vem, cada vez mais, e com crescente grau de sofisticação, valendo-se do mecanismo de arbitragem para possibilitar, ao tribunal arbitral, a solução de controvérsias de caráter concorrencial, relacionadas, sobretudo, ao acesso por terceiro a determinado canal de distribuição ou infraestrutura incumbente em condições comerciais não discriminatórias. Referida experiência corrobora a tendência de expansão dos limites da arbitragem.

Traçado esse panorama, apontou-se que a relação entre direito concorrencial e arbitragem é mais complexa, especialmente quando estão envolvidas questões de ordem pública em matéria concorrencial, problemática central do presente trabalho, com relevantes reflexos para a confidencialidade do procedimento e atuação dos árbitros.

Assim, as questões concorrenciais de ordem pública podem surgir na arbitragem em diferentes graus de complexidade, demandando uma análise mais ou menos aprofundada, a depender

70 Nas palavras de Salomão Filho (2017, p. 63-69): “A ausência de transparência é frequentemente citada em estudos acadêmicos como um dos maiores responsáveis pelos altos custos sociais da arbitragem. Com efeito, falta de transparência pode ser sinônimo de denegação de justiça. A impossibilidade de ter acesso a uma jurisprudência arbitral consistente muitas vezes é responsável pelo benefício aos agentes com maior poder econômico.”

71 Sobre as vantagens de uma jurisprudência arbitral, ensina Frazão (2017): “Com efeito, a ausência de publicidade das decisões arbitrais impede ou dificulta a existência de uma jurisprudência arbitral, que poderia atender a diversos propósitos: (i) direito à informação por parte da coletividade, especialmente quando as controvérsias forem de interesse público ou tiverem repercussão sobre relevantes interesses de stakeholders; (ii) aprendizado coletivo e prevenção de futuros litígios; (iii) legitimidade social das decisões arbitrais, submetendo-as ao escrutínio público (social, acadêmico e profissional); (iv) segurança jurídica e previsibilidade; (v) consolidação de entendimentos que poderiam servir de diretrizes de comportamento em nível micro e macro (*lex mercatoria*); (vi) garantia de isonomia e segurança jurídica para partes e para terceiros; e (vii) estabelecimento de concorrência saudável entre as câmaras arbitrais a partir não apenas da reputação dos seus árbitros, mas sobretudo a partir da qualidade de suas decisões”.

do caso concreto. É possível que se esteja diante de um contrato que viola frontalmente o direito concorrencial (um ilícito por objeto, a exemplo do caso *Eco Swiss v. Benetton*, no âmbito do direito europeu). Por outro lado, determinadas questões somente poderão ser endereçadas após uma análise aprofundada (por exemplo, dos efeitos potenciais ou concretos da operação ou conduta), o que pode ser indesejado no âmbito de uma arbitragem.

Como destacado, uma questão de ordem pública flagrante e não endereçada pelo tribunal arbitral pode gerar insegurança jurídica às partes, uma vez que torna a decisão arbitral suscetível de questionamento judicial e possível anulação, em casos extremos. Mesmo as decisões arbitrais estrangeiras necessitam respeitar a ordem pública nacional como requisito para sua homologação pelo STJ.

A eventual mitigação da confidencialidade decorrente de questões concorrenciais necessita ser enxergada com cautela, uma vez que a arbitragem está fundada na autonomia privada das partes, e a confidencialidade constitui aspecto basilar do procedimento e um dos atrativos mais relevantes do instituto da arbitragem. Assim, a princípio, entende-se que deve haver o consentimento das partes para mitigação da confidencialidade.

Entende-se que, em geral, é desejável que os árbitros obtenham a autorização das partes para o endereçamento de questões concorrenciais de ordem pública, a depender do problema concorrencial identificado. Não obstante, questões concorrenciais de ordem pública podem ser suscitadas *ex officio* pelos árbitros, notadamente quando constituem manifesta ofensa à ordem pública.

## 6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BALL, Markham *et al.* **Competition and arbitration law**. Paris: ICC Publishing, 1993.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Magister, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942.

BRASIL. **Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996.

BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da Re-

pública, 2015a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda. Relatora: Conselheira Ana Frazão, julgado em 10 de dezembro de 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 18 de outubro de 2017a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32**. Requerentes: Petrotex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. e CETIP S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 22 de março de 2017b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11 de fevereiro de 2015b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3odyZKo>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Brasília: STJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33X41MV>. Acesso em: 14 fev. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação de Normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the Second Circuit. **American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co., Inc.**, 391 F.2d 821, 20 mar. 1968. Disponível em: <https://bit.ly/2S3Xcq8>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.**, No. 83-1569, 2 jul. 1986. Disponível em: <https://bit.ly/3wdiCAG>. Acesso em: 21 nov. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FRAZÃO, Ana. Arbitragem, confidencialidade e transparência: perspectivas e desafios para a formação de uma jurisprudência arbitral. **Jota**, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3tWFYs6>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FRAZÃO, Ana. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Tema está a merecer um maior aprofundamento. **Jota**, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3olR1dg>. Acesso em: 24 nov. 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMICS CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Arbitration and Competition: Hearings: Note by the Secretariat**. DAF/COMP (2010)40. Paris: OECD, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3uT9y32>. Acesso em: 21 nov. 2020.

KOMNINOS, Assimakis. Arbitration and EU Competition Law. **SSRN Electronic Journal**, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3eVfLGm>. Acesso em: 9 fev. 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, §1º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996). **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, 2013.

LEW, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. Alphen aan den Rijn, Holanda: Kluwer Law International, 2003.

MEDRADO, Renê Guilherme S.; JIMENEZ, Lucas Moreira. Arbitragem e concorrência: um diálogo em evolução. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al (org.). **Análise Prática das Câmaras Arbitrais e da Arbitragem no Brasil**. São Paulo: IASP, 2019.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMICS CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Arbitration and Competition 2010: Hearings. Note by the Secretariat**. DAF/COMP (2010)40. Paris: OECD, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3uT9y32>. Acesso em: 9 fev. 2021.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution Of International Arbitration**. Londres: School of International Arbitration, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3olcX8u>. Acesso em: 21 nov. 2020.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de arbitragem e mediação**. v. 14, n. 52, 2017.

SUÍÇA. Fedlex. **Loi fédérale sur le droit international privé**, du 18 décembre 1987. Disponível em: <https://bit.ly/3oLVJl9>. Acesso em: 14 fev. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Judgement of the Court of 1 June 1999. *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*. Case C-126/97. European Court Reports, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3ooXV1B>. Acesso em: 21 nov. 2020.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2012.