

## A ARBITRABILIDADE DO DIREITO CONCORRENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO ECO SWISS

*THE ARBITRABILITY OF ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS FROM THE ECO SWISS CASE*

Rodrigo Salton Rotunno Saydelles\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a adequação da arbitragem para a solução de controvérsias relacionadas ao direito antitruste. Como o direito antitruste é composto por normas cogentes, qualificadas como de “ordem pública”, podem surgir dúvidas quanto à possibilidade da sua aplicação por tribunais arbitrais. Para tanto, a partir do método do estudo de caso, analisa-se o caso mais importante na União Europeia quanto à arbitrabilidade de antitruste, o caso Eco Swiss. Em seguida, propõe-se que a arbitragem pode ser uma ferramenta importante no âmbito de *private enforcement* do direito antitruste.

### PALAVRAS-CHAVE

Eco Swiss – Arbitrabilidade – Direito Antitruste – Private Enforcement.

### SUMÁRIO

Introdução. 1. Caso Eco Swiss e a arbitrabilidade dos litígios concorrenciais. 2. Aplicação das Normas Concorrenciais por Tribunais Arbitrais. 3. Âmbito de aplicação da arbitragem no direito da concorrência. Considerações Finais. Referências.

**REFERÊNCIA:** SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma análise do caso Eco Swiss. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 1, Porto Alegre, p. 424-438, jun. 2021.

### INTRODUÇÃO

A possibilidade de relação entre o direito concorrencial e a arbitragem nem sempre é evidente.<sup>1</sup> Por um lado, o direito da concorrência traz uma série de normas cogentes, cuja aplicação está cercada por interesses de ordem pública. Por outro, a arbitragem é, por excelência, domínio da autonomia privada, reinando a liberdade das partes. Por essa razão, o encontro desses dois ramos do direito pode ser considerado o “encontro de duas artes das trevas” (*meeting of two black arts*).<sup>2</sup>

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

<sup>1</sup>TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. In: DUARTE, Rui Pinto *et al* (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.

<sup>2</sup>BRIDGEMAN, James. The Arbitrability of Competition Law Disputes. *European Business Law Review*, n. 19, pp. 147-174, 2008, p. 147.

Diz-se “arbitrável” um conflito que possa ser dirimido pela jurisdição arbitral.<sup>3</sup> À primeira vista, poderia se cogitar de haver óbice de um tribunal arbitral aplicar as normas de antitruste<sup>4</sup>, por conta dos requisitos de arbitrabilidade objetiva trazidos frequentemente pelas leis de arbitragens domésticas.<sup>5</sup> Por esses, um litígio somente será arbitrável quando estiver em causa direitos patrimoniais e disponíveis.<sup>6</sup>

O objetivo do presente trabalho é verificar a arbitrabilidade das normas concorrenciais. No primeiro ponto, a partir do método do estudo de caso, analisa-se o julgado Eco Swiss, paradigma sobre o tema à luz do direito da União Europeia.<sup>7</sup> No segundo, aborda-se propriamente a arbitrabilidade das questões concorrenciais. No terceiro, foca-se, em linhas gerais, no âmbito de aplicação do direito antitruste em arbitragem. Por fim, serão expostas as considerações finais.

## 1 CASO ECO SWISS E A ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS CONCORRENCIAIS

O caso Eco Swiss é o paradigma acerca da questão da arbitrabilidade de litígios concorrenciais no âmbito do direito da União Europeia, uma vez que foi pioneiro em reconhecer a possibilidade de se arbitrar controvérsias ligadas ao direito antitruste.<sup>8</sup> Trata-se de caso julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), em 1999.<sup>9</sup> A questão

---

<sup>3</sup>CARAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 129, outubro 2010. Atualmente é pacífica a natureza jurisdicional da arbitragem, embora tenha sido objeto de controvérsias no Brasil. Nesse sentido, FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 19 ss.

<sup>4</sup>Aqui utilizado de forma idêntica a “direito da concorrência”.

<sup>5</sup>Por exemplo, a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) portuguesa dispõe em seu art. 1º, n.º 1: “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”; o artigo 1º da lei de arbitragem brasileira prevê que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

<sup>6</sup>CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37-38.

<sup>7</sup>A formação de um direito da União Europeia vem sendo um processo paulatino, provocando mudanças estruturais importantes nos ordenamentos jurídicos internos dos países que a compõe. Sobre esse processo, ver: DA SILVA, António Martins. *História da Unificação da União Europeia: a interação comunitária (1945–2010)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2010; MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

<sup>8</sup>REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 115.

<sup>9</sup>Eco Swiss China Time Ltd. e Benetton International NV (C-126/97). Para comentários da decisão, ver: DE GROOT, T. Diedrik. Chapter 16: The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators. In: Gordon Blanke and Phillip Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International, pp. 567 – 625, 2011, p. 573 ss; KOMNINOS, Assimakis P. Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court. *Common Market Law Review*, vol. 37, Issue 2, pp. 459-478, 2000.

controvertida envolveu pedido de suspensão da execução de decisão arbitral que condenou Benetton a pagar perdas e danos em decorrência da violação de um contrato de licença.

A Benetton, a Eco Swiss e a Bulova celebraram acordo com duração de oito anos para a fabricação e venda de relógios com a inscrição *Benetton by Bulov*”. Conforme o contrato, a Eco Swiss fabricaria e distribuiria os referidos relógios, enquanto a Bulova averiguaria a qualidade da produção.

Contudo, três meses antes do final do prazo, a Benetton o denunciou por conta de discordâncias quanto aos *royalties* a receber. Em seguida, a Eco Swiss e a Bulova, inconformadas, iniciaram arbitragem contra a Benetton. Em 1993 foi prolatada sentença parcial não reconhecendo a denúncia promovida pela Benetton, e a responsabilizando pelos danos causados pela rescisão prematura. Em 1995, o tribunal arbitral quantifica a indenização em montante aproximado a 29 milhões de dólares. Irresignada, a Benetton deu início a procedimento de anulação de ambas as sentenças arbitrais perante o Tribunal de Haia.

A Benetton alegou, dentre outros fundamentos, que o acordo de licença era nulo e sem efeito à luz do artigo 81º do Tratado da Comunidade Europeia<sup>10</sup>, correspondente ao atual artigo 101º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Afirmou, ainda, que esse dispositivo era de ordem pública à luz do direito holandês. Em 1997, o Supremo Tribunal Holandês decidiu usar o mecanismo de reenvio prejudicial<sup>11</sup> para o TJCE, formulando cinco quesitos a serem respondidos.

Uma das questões debatidas foi quanto à possibilidade de o tribunal nacional invalidar decisão arbitral contrária ao artigo 81º – correspondente ao atual 101º do TFUE –, mesmo que à luz do direito interno essa violação não justifique por si a anulação da sentença. O TJCE entendeu que deve haver invalidação da sentença quando as regras processuais internas obrigarem a deferir pedido de anulação fundado em inobservância das regras de ordem pública do direito nacional.

Assim, ganhou importância outra questão debatida, a de saber se as regras antitruste integravam ou não a noção de “ordem pública”. O TJCE entendeu que o artigo 81º (101º TFUE) corresponde à norma de ordem pública na acepção do artigo V(ii)(b) da Convenção de Nova

---

<sup>10</sup>Atualmente a normativa em vigor, em substituição ao Tratado da Comunidade Europeia, é o Tratado de Funcionamento da União Europeia.

<sup>11</sup>O reenvio prejudicial é um instituto desenvolvido no âmbito do direito da União Europeia que atua como ferramenta de harmonização do direito. Para análise detalhada, ver: LOPES, Marcelo Leandro Pereira. *O reenvio prejudicial como instrumento de harmonização do direito comunitário europeu e cooperação jurisdicional*. 2012. 116f. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012, p. 51 ss.

York. Ademais, reconheceu-se o caráter cogente do artigo 81º, nº 2 (101º, nº 2, TFUE), acerca da nulidade das decisões ou dos acordos proibidos pelo artigo 81º (101º TFUE).

Porém, é de destacar que o TJCE não respondeu diretamente à questão acerca da necessidade de os árbitros de aplicar *ex officio* o direito da União Europeia da concorrência. Esse tema, abordado especificamente pela primeira questão enviada pelo Tribunal Holandês, foi entendido como já tendo sido respondido pela abordagem feita em resposta a outra das perguntas. Assim, embora o aparente silêncio, reconheceu-se, implicitamente, a necessidade da aplicação das normas concorrenciais pelos árbitros.

Em outras palavras, ao reconhecer as normas antitruste enquanto integrantes da ordem pública dos estados membros<sup>12</sup>, e que a sentença arbitral pode ser anulada caso não observe a ordem pública (se assim previsto pela legislação nacional), o TJCE – indiretamente – acabou por reconhecer o dever dos árbitros de aplicar *ex officio* tais normas, sob pena de colocarem em risco a higidez da sentença arbitral. Em sendo normas de ordem pública da União Europeia, não é possível escusar eficácia apenas pelo fato de o litígio estar sendo dirimido no âmbito de um procedimento arbitral.

Dessa forma, a arbitrabilidade dos litígios concorrenciais, embora não analisada expressamente, apareceu de modo transversal. Afinal, só se pode cogitar a respeito da possibilidade de anular sentença que não aplica norma de ordem pública se essa norma puder, concretamente, ser aplicada pelos árbitros, ou seja, preencher o requisito da arbitrabilidade.<sup>13</sup> Dessa forma, houve reconhecimento indireto no caso *Eco Swiss* de que as questões concorrenciais podem ser suscitadas e debatidas pela via arbitral.<sup>14</sup>

Em termos de regras europeias, a partir da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, passou a haver reconhecimento expresso em diploma normativo a possibilidade de se recorrer à via arbitral para dirimir litígios relacionados a questões concorrenciais. Está previsto no considerando 48: “os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como [...] a arbitragem”. Ainda, no artigo 18º, nº 2, prevê-se a possibilidade de suspensão da instância de ação de indenização no âmbito de

<sup>12</sup>BRULARD, Yves; QUINTIN, Yves. European Community Law and Arbitration. *Journal of International Arbitration*, vol. 18, issue 5, p. 487-586, 2001, p. 533.

<sup>13</sup>DIAS, Rui Pereira. Capítulo I: Arbitrabilidade. In: Catarina Monteiro Pires; Rui Pereira Dias (Org.). *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*. Lisboa: Almedina, 2020, p. 23-24.

<sup>14</sup>ROGERS, Catherine A.; LANDI, Niccolò. Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe. *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01*. Concorrenza e Mercato, Milão, 2007, p. 4.

tribunal nacional caso as partes acordem em mecanismo alternativo de resolução de litígio dirimir a controvérsia.

Assim, percebe-se que houve sedimentação do entendimento já esposado no caso *Eco Swiss*. Dessa forma, deve-se reconhecer, no âmbito do direito comunitário, a arbitrabilidade dos litígios que envolvam normas concorrenciais.<sup>15</sup>

## 2 APLICAÇÃO DAS NORMAS CONCORRENCIAIS POR TRIBUNAIS ARBITRAIS

Inicialmente, destaca-se que a possibilidade de aplicação das normas antitruste por tribunais arbitrais nem sempre foi questão pacífica, havendo autores que negassem a possibilidade jurídica da análise do direito concorrencial em sede da jurisdição arbitral.<sup>16</sup> De fato, à luz do direito da União Europeia, é possível encontrar manifestações anteriores ao caso *Eco Swiss* refletindo esse posicionamento.<sup>17</sup>

A razão apontada para essa aparente incompatibilidade reside, primordialmente, no fato de que as normas concorrenciais são, em grande medida, de ordem pública, e, portanto, indisponíveis.<sup>18</sup> Outros motivos que foram apontados para justificar a inarbitrabilidade do direito antitruste foi o maior ferramental que dispõem os julgadores públicos e o receio de favorecimento dos agentes privados por parte dos árbitros.<sup>19</sup>

De fato, essa foi a posição seguida originalmente nos Estados Unidos, segundo o entendimento no caso *American Safety* (1968).<sup>20</sup> A mudança de posicionamento em prol da arbitrabilidade das normas concorrenciais ocorreu no caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth* (1985).<sup>21</sup> Nesse caso, quebrou-se o paradigma anterior, que considerava que o interesse público atrelado ao direito concorrencial o tornava impróprio para ser

---

<sup>15</sup>BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 793.

<sup>16</sup>MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 106, São Paulo, 2002, p. 221-236, 2002.

<sup>17</sup>MOURRE, Alexis. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 5-67 p. 44-45.

<sup>18</sup>BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e Arbitragem no Direito Brasileiro. Hipóteses de Incidência de Questões Concorrenciais em Arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 1, n.º 2, p. 239-270, 2015, p. 241-242.

<sup>19</sup>IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Hearings: Arbitration and Competition 2010*, p. 51-87, 2010, Paris, p. 55.

<sup>20</sup>*American Safety Equip. Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)

<sup>21</sup>*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 723 F.2d 155 (1983), cert. granted, 105 S. Ct. 291 (1984).

arbitrado.<sup>22</sup> Atualmente, a visão dominante vai no sentido de que, mesmo no universo de direitos indisponíveis, pode haver componentes arbitráveis.<sup>23</sup>

Destaca-se que, há muito, os tribunais arbitrais já reconhecem a própria competência para aplicar normas concorrenciais.<sup>24</sup> Em 1979, no caso CCI n.º 2811<sup>25</sup>, houve aplicação do artigo 85º do Tratado da Comunidade Europeia.<sup>26</sup> Em 1984, no caso CCI n.º 4604<sup>27</sup>, o tribunal decidiu pela arbitrabilidade de disputas que envolviam um acordo de licença que continha uma cláusula de não competição. Em 1990, no caso CCI n.º 6106<sup>28</sup>, discutiu-se novamente situação que envolvia a aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado de Roma. Ainda, em 1993, no caso CCI n.º 7673<sup>29</sup>, houve reconhecimento da arbitrabilidade de litígio que envolvia abuso de posição dominante, em que uma das partes, supostamente, tentou excluir o competidor de certos mercados.

Em países como Itália<sup>30</sup>, França<sup>31</sup>, Alemanha, Espanha<sup>32</sup>, Inglaterra<sup>33</sup>, Nova Zelândia<sup>34</sup> e Holanda<sup>35</sup> já é questão pacífica a arbitrabilidade de litígios concorrenciais.<sup>36</sup> Especialmente, destaca-se a lei de arbitragem da Suécia, que na sessão primeira prevê expressamente a possibilidade de se arbitrar os efeitos civis das questões concorrenciais.<sup>37</sup>

No direito português, o entendimento vai no sentido de que os litígios concorrenciais são arbitráveis, pois o direito antitruste, embora de natureza pública, gera direitos e situações

---

<sup>22</sup>LEW, Julian D. M. Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority. In: Loukas A. Mistelis; Stavros L. Brekoulakis (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009, p. 250.

<sup>23</sup>APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública no Direito Processual Civil*. 2010. 335 f. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 24.

<sup>24</sup>FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 349-350.

<sup>25</sup>ICC Final Award No. 2811 of 1978, J.D.I. (1979): 983-986.

<sup>26</sup>Atualmente em vigor encontra-se o TFUE.

<sup>27</sup>ICC Final Award No. 4604 of 1984, J.D.I. (1985): 973-979.

<sup>28</sup>ICC Final Award No. 6106 of 1991, 5(2) ICC Bulletin (1994): 47 et seq; ICC Bulletin, Special Supplement (1994): 51-53.

<sup>29</sup>ICC Partial Award No. 7673 of 1993, 6(1) ICC Bulletin (1995): 57-59; ICC Bulletin, Special Supplement (1994): 35-38.

<sup>30</sup>Istituto Biochimico Italiano v. Madaus A.G., Court of Appeal, Milan, 13.09.2002, Dir. Ind. 346 (2003).

<sup>31</sup>Société Aplix v. Société Velcro CA Paris, 14.10.1993, Rev. Arb. 165; Ganz case, CA Paris, 29.03.1991, Rev. Arb. 478; SA Thalès Air Défense v. GIE Euromissile, 2004 Rev. Arb. 986 (Paris Cour d'Appel).

<sup>32</sup>Caso No. AAP M 1988/2013 (Madrid Audiencia Provincial), 18.10.2003.

<sup>33</sup>ET Plus S.A. v. Jean-Paul Welter & The Channel Tunnel Group Ltd, 01.11.2005 [EWHC 2115].

<sup>34</sup>Attorney General of New Zealand v. Mobil Oil [1989] 2 NZLR 64d.

<sup>35</sup>POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 297.

<sup>36</sup>MOURRE, Alexis. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. *EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 5-67 p. 41-43.

<sup>37</sup>SFS 1999:116, Section 1: "Arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties."

jurídicas para os particulares que podem ser tuteladas ou exercidas por privados, sendo razoável que, nesse domínio, utilize-se a arbitragem para dirimir conflitos.<sup>38</sup>

No âmbito do direito brasileiro, as dúvidas acerca da arbitrabilidade do direito da concorrência já se encontram praticamente superadas.<sup>39</sup> Especificamente, há entendimento reiterado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em prol do reconhecimento da arbitrabilidade de litígios envolvendo controle de concentrações.<sup>40</sup> A adoção da arbitragem nesse âmbito é justificada por razões de ordem prática, permitindo melhor análise e acompanhamento dos riscos concorrenciais atrelados a determinada operação.<sup>41</sup> Inclusive, os resultados empíricos revelam benefícios em torno da eficiência da supervisão do cumprimento dos compromissos firmados.<sup>42</sup>

O amplo reconhecimento, no âmbito do direito comparado, da arbitragem concorrencial já foi observado em relatório da OCDE, que constatou ter havido o incremento de utilização da arbitragem para dirimir litígios que envolviam problemas atrelados ao direito

<sup>38</sup>TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. In: DUARTE, Rui Pinto *et al* (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2011, p. 52.

<sup>39</sup>JIMENEZ, Lucas Moreira. A Aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). *Direito e Arbitragem: estudos acadêmicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 246.

<sup>40</sup>Destaca-se outros casos em que a arbitragem foi empregada para dirimir conflitos associados a um ato de concentração: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.007777/2017-76, Requerentes Praxair, Inc. e Linde AG. Rel. Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. J. em: 13.06.2018; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.001206/2019-90, Requerentes: GlaxoSmithKline plc. ("GSK") e Pfizer Inc. ("Pfizer"), Rel. Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, J. em: 11.06.2018. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32, Requerentes Grupo Petrotex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A., Rel. Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, J. em: 7.06.2018; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Rel. Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, J. em: 18.10.2017; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11, Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados, Rel. Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, J. em: 22.03.2017; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.004211/201610, Requerentes TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc, Rel. Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, J. em: 08.03.2017; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61, Requerentes The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company, Rel. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, J. em: 17.05.2016; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A., Rel. Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, J. em: 25.02.2015; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A. Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, J. em: 18.12.2014.

<sup>41</sup>VERÍSSIMO, Leve Borges de Oliveira. Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do CADE. *Revista do IBRAC*, vol. 23, n.º 2, p. 331-346, 2017, p. 344.

<sup>42</sup>CAVALVANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, n.º 2, p. 28-45, 2015, p. 43.

antitruste.<sup>43</sup> Contudo, a possibilidade de recorrer à via arbitral não pode significar uma perda de poder da autoridade concorrencial em aplicar as normas antitruste, devendo estar circunscrita a questões relacionadas a aspectos civis.<sup>44</sup>

Ou seja, a via arbitral não pode pretender substituir as agências concorrenciais.<sup>45</sup> O ponto de equilíbrio está na aceitação de espaços em que os privados possam exercer a sua autonomia, escolhendo os métodos próprios de resolução de litígios, sem prejuízo ao Estado manter controle sobre outras esferas<sup>46</sup>, como forma de proteger e assegurar valores que são caros para a sociedade.<sup>47</sup>

### 3 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Constatado o reconhecimento da arbitrabilidade, em abstrato, dos litígios concorrenciais, pode-se traçar diferenças entre o *public enforcement* e o *private enforcement*<sup>48</sup> do direito antitruste. É nesse segundo domínio que a arbitragem encontra maior espaço para,

---

<sup>43</sup>“Arbitration is a normal tool for the settlement of commercial disputes and its use in resolving competition disputes is likely to increase. However, recourse to arbitration does not threaten or jeopardise the application of competition laws and there is no need to change the basic approach of arbitration and the review of arbitral awards to accommodate the increase of competition law disputes. Arbitration and its use should therefore be seen as one further tool for the correct application of competition law.” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Arbitration and Competition*, 2010, disponível em <[www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf](http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf)>, p. 12)

<sup>44</sup>ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Arbitration and Competition*, 2010. Disponível em <[www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf](http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf)>.

<sup>45</sup>DE MAGALHÃES, Danilo Brum. Arbitragem e Direito Concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. *Revista do IBRAC*, vol. 24, n.º 2, p. 202-225, 2018, p. 220.

<sup>46</sup>FRADERA, Véra Jacob de. Aspectos Problemáticos na Utilização da Arbitragem Privada na Solução de Litígios Relativos a Direitos Patrimoniais Disponíveis. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol 54, p. 381-401, jul./set/2017, DTR n.º 2017/5681, p. 10-11.

<sup>47</sup>GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 204-205.

<sup>48</sup>No âmbito do direito brasileiro, Lei n.º 12.529/2011, art. 47: “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n.º 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”. Percebe-se uma crescente utilização do *private enforcement* no âmbito do direito brasileiro, embora esse ainda seja reduzido quando comparado a outros países, vide: MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticorrecionais no Brasil. *III Prêmio SEAE*, 2008. No âmbito do direito português, há reduzida aplicação do *private enforcement* no âmbito do direito da concorrência, vide: ROSSI, Leonor; FERRO, Miguel Sousa. *Private enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case Law*. *Revista de Concorrência e Regulação*, Issue 3(2), 2012; ANASTÁCIO, Gonçalo; ANASTÁCIO, Catarina. Chapter 18: Portugal. In: Ilene Knable Gotts; Kevin S Schwartz. *The Private Competition Enforcement Review*, 13ª ed, p. 224-236, 2020.



legitimamente, servir como ferramenta de fomento à aplicação das normas concorrenciais<sup>49</sup>, apesar de não se desconhecer a possibilidade de aplicar, de modo residual, a arbitragem no âmbito do *enforcement* público do direito da concorrência.<sup>50</sup>

Em termos de *private enforcement*, o direito da concorrência pode ora ser utilizado como um “escudo” ora como uma “espada”, podendo ser invocado tanto para a defesa dos interesses dos privados quanto como fundamento jurídico para demandas autônomas.<sup>51</sup> Inclusive, o fomento ao *private enforcement* pode servir de incentivo a melhores práticas concorrenciais, desestimulando infrações da legislação antitruste.<sup>52</sup>

Por sua vez, a via arbitral pode ser um método adequado para resolver controvérsias no âmbito do *private enforcement*. Destaca-se que, diferentemente do que é a tradição brasileira<sup>53</sup> ou portuguesa<sup>54</sup>, nos Estados Unidos, em grande parte, a aplicação das normas de antitruste corre por conta de agentes econômicos privados, e não pelas autoridades concorrenciais estatais.<sup>55</sup>

Por um lado, pode-se pensar em pleitos indenizatórios em consequência da prática de ilícitos concorrenciais.<sup>56</sup> Por outro, é possível haver a discussão da validade ou eficácia de cláusulas contratuais à luz do direito antitruste.<sup>57</sup> Essas duas situações exemplificam como o direito concorrencial pode interagir no plano civil, havendo margem de invocação de suas normas no âmbito das relações entre particulares.

Dessa forma, não se deve vislumbrar um conflito de competência entre a aplicação do direito antitruste pelas autoridades concorrenciais e pelos tribunais arbitrais: são âmbitos distintos, com as autoridades antitruste sendo chamadas para lidar com aspectos de cunho

<sup>49</sup>IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Hearings: Arbitration and Competition 2010*, p. 51-87, 2010, p. 53-54.

<sup>50</sup>DE MAGALHÃES, Danilo Brum. Arbitragem e Direito Concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. *Revista do IBRAC*, vol. 24, n.º 2, p. 202-225, 2018, p. 217.

<sup>51</sup>DI BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, p. 162 – 194, out./dez., 2010, DTR n.º 2010/774, p. 2.

<sup>52</sup>Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, Re. Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, j. em: 01.09.2010.

<sup>53</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

<sup>54</sup>MOURA E SILVA, Miguel. *Direito da concorrência*. Lisboa: Almedina, 2020, p. 496-498.

<sup>55</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

<sup>56</sup>GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XI, Issue 43, pp. 7 – 32, 2014, p. 31

<sup>57</sup>BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 91

administrativo, enquanto árbitros podem ser chamados a lidar com a responsabilidade civil, ou avaliar a validade e eficácia de cláusulas contratuais.<sup>58</sup>

O sistema antitruste deve colocar à disposição instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação.<sup>59</sup> Nesse sentido, a arbitragem pode ser uma ferramenta de estímulo à articulação do *public enforcement* com o *private enforcement* do direito antitruste, contribuindo para a concretização do arcabouço normativo concorrencial.<sup>60</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou analisar, em linhas gerais, a arbitrabilidade das questões concorrenciais. Nesse sentido, averiguou-se haver amplo reconhecimento da possibilidade de a jurisdição arbitral aplicar normas de antitruste.

No âmbito do direito da União Europeia, o caso *Eco Swiss* é o paradigma, por ter reconhecido, mesmo que de maneira implícita, a necessidade de os tribunais arbitrais aplicarem normas de direito da concorrência, sob pena da possibilidade de anular a sentença caso o direito do Estado Membro reconheça, enquanto fundamento para ação anulatória, a inobservância das normas de ordem pública.

Em seguida, ao se analisar mais detidamente a questão da arbitrabilidade, constatou-se que, apesar da esfera arbitral e concorrencial serem, em aparência, inconciliáveis, há, no âmbito do direito comparado, amplo reconhecimento da possibilidade de arbitrar demandas concorrenciais.

Assim, deve-se entender que a arbitragem é uma ferramenta auxiliar na efetivação das normas antitruste. Especialmente, pode ser um instrumento importante para maior difusão do *private enforcement* do direito da concorrência.

Não há de se falar da arbitragem enquanto substituição do papel do Estado no âmbito do controle, supervisão e aplicação das normas concorrenciais. Há de se reconhecer dois espaços distintos e complementares, cada qual com um propósito e limite próprio, distinto e não sobreponível.

---

<sup>58</sup>FERRANTE, Douglas Telpis; BAGNOLI. A Arbitrabilidade do Direito Concorrencial: uma interface entre a defesa da concorrência e os métodos alternativos de resolução de litígios. *Revista do IBRAC*, n.º 1, p. 203-225, 2020, p. 209.

<sup>59</sup>GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. *Revista do IBRAC*. V. 9, n. 3, 2002, p. 388.

<sup>60</sup>DANTAS, Yane Pitangueira. A arbitragem como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis e a minuta de resolução do CADE submetida à consulta pública 05/2016. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 1, p. 231-246, 2017, p. 244.

## REFERÊNCIAS

- ANASTÁCIO, Gonçalo; ANASTÁCIO, Catarina. Chapter 18: Portugal. In: Ilene Knable Gotts; Kevin S Schwartz. *The Private Competition Enforcement Review*, 13<sup>a</sup> ed, p. 224-236, 2020.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública no Direito Processual Civil*. 2010. 335 f. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.
- BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e Arbitragem no Direito Brasileiro. Hipóteses de Incidência de Questões Concorrenciais em Arbitragens. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 1, n.º 2, p. 239-270, 2015.
- BLANKE, Gordon. *Arbitrating Competition Law Issues*. Alphen Ann Den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.
- BRIDGEMAN, James. The Arbitrability of Competition Law Disputes. *European Business Law Review*, n. 19, pp. 147-174, 2008.
- BRULARD, Yves; QUINTIN, Yves. European Community Law and Arbitration. *Journal of International Arbitration*, vol. 18, issue 5, p. 487-586, 2001.
- CARAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, São Paulo, p. 129, outubro 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAVALVANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, n. 2, p. 28-45, 2015.
- DANTAS, Yane Pitangueira. A arbitragem como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis e a minuta de resolução do CADE submetida à consulta pública 05/2016. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 1, p. 231-246, 2017.
- DA SILVA, António Martins. *História da Unificação da União Europeia: a interação comunitária (1945–2010)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- DE GROOT, T. Diedrik. Chapter 16: The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators. In: Gordon Blanke and Phillip Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International, pp. 567 – 625, 2011.
- DE MAGALHÃES, Danilo Brum. Arbitragem e Direito Concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, p. 202-225, 2018.

DIAS, Rui Pereira. Capítulo I: Arbitrabilidade. In: PIRES, Catarina Monteiro Pires; \_\_\_\_\_. (Org.). *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*. Lisboa: Almedina, 2020.

DI BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, p. 162 – 194, out./dez., 2010, DTR n. 2010/774.

FERRANTE, Douglas Telpis; BAGNOLI. A Arbitrabilidade do Direito Concorrencial: uma interface entre a defesa da concorrência e os métodos alternativos de resolução de litígios. *Revista do IBRAC*, n. 1, p. 203-225, 2020.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. São Paulo: Editora Forense, 2019.

FRADERA, Véra Jacob de. Aspectos Problemáticos na Utilização da Arbitragem Privada na Solução de Litígios Relativos a Direitos Patrimoniais Disponíveis. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, p. 381-401, jul./set/ 2017, DTR n. 2017/5681.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em Demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XI, Issue 43, pp. 7 – 32, 2014.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 3, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Hearings: Arbitration and Competition 2010*, p. 51-87, 2010.

JIMENEZ, Lucas Moreira. A Aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). *Direito e Arbitragem*: estudos acadêmicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

KOMNINOS, Assimakis P. Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court. *Common Market Law Review*, vol. 37, Issue 2, pp. 459-478, 2000.

LEW, Julian D. M. Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority. In: Loukas A. Mistelis; Stavros L. Brekoulakis (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira. *O reenvio prejudicial como instrumento de harmonização do direito comunitário europeu e cooperação jurisdicional*. 2012. 116f. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

MATION, Gisela Ferreira. As Ações Cíveis para Cessação e Repara o de Danos Causados por Condutas Anticorrenciais no Brasil. *III Pr mio SEAE*, 2008.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis   Luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 106, São Paulo, 2002, p. 221-236.

MOURA E SILVA, Miguel. *Direito da concorrência*. Lisboa: Almedina, 2020.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ROGERS, Catherine A.; LANDI, Niccol . Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe. *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01*. Concorrenza e Mercato, Mil o, 2007.

ROSSI, Leonor; FERRO, Miguel Sousa. Private enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case Law. *Revista de Concorrência e Regula o*, Issue 3(2), 2012.

TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. In: DUARTE, Rui Pinto *et al* (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2011.

VERÍSSIMO, Levei Borges de Oliveira. Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do CADE. *Revista do IBRAC*, vol. 23, n.é 2, p. 331-346, 2017.



