

CLÁUSULAS ARBITRAIS ASSIMÉTRICAS EM CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: NÍVEL DE RECEPÇÃO E IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS

João Pedro da Rocha Bessa¹

Resumo: O presente trabalho objetiva, em uma análise bibliográfica e quantitativa, examinar os argumentos de fato e de direito concernentes à validade e eficácia de cláusulas arbitrais assimétricas (CAAs). Ao possibilitar que uma das partes litigantes selecione unilateralmente a jurisdição estatal ou arbitral, as cláusulas assimétricas acentuam divergências relevantes sobre a extensão do tratamento jurídico igualitário e colocam em xeque até qual ponto vantagens na esfera processual são traduzidas em benefícios materiais na sentença arbitral. Nesse sentido, serão discutidas as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, estabelecendo-se pontes de diálogo com os princípios e institutos do Direito da Concorrência.

Palavras-Chave: Cláusulas Arbitrais Assimétricas. Arbitragem. Mutualidade. *Unconscionability*. Concorrência. *Common law*. *Civil law*.

Abstract: The aim of the research is to examine, through bibliographic review and quantitative analysis, the factual and legal arguments concerning the validity and effectiveness of asymmetric arbitration clauses (AACs). By enabling one of the disputing parties to unilaterally select the state or arbitral jurisdiction, asymmetric clauses accentuate relevant divergences on the scope of equal treatment and call into question the extent to which advantages in the procedural sphere are translated into material benefits in the arbitration award. In this sense, the research will address the main doctrinal and jurisprudential opinions on the topic, establishing points of dialogue with the principles and institutes of Competition Law.

Keywords: Asymmetric Arbitration Clauses. Arbitration. Mutuality. *Unconscionability*. Competition. *Common law*. *Civil law*.

¹ Estudante de Direito da Universidade de Brasília (UnB); membro do Grupo de Estudos em Direito Empresarial e Arbitragem (GEA) da Universidade de Brasília.

1. Introdução

A utilização de cláusulas de arbitragem, no contexto de contratos comerciais internacionais, tem por base a aceitação bilateral por ambas as partes contratantes, em um claro exercício de autonomia privada. A manifestação de vontade bilateral, todavia, não pressupõe que a possibilidade de denegar a jurisdição nacional pela via arbitral seja, necessariamente, praticada por todos os contratantes.²

Cláusulas arbitrais assimétricas (“CAAs”), ou “unilaterais”, concedem o direito de uma das partes litigantes dar início ao procedimento arbitral para resolução de conflitos, enquanto a parte remanescente fica restrita à jurisdição estatal. Surge, destarte, debate relativo à validade jurídica de tais cláusulas assimétricas, e como se dá sua aplicação de modo a manter o tratamento equânime das partes, em conformidade com o devido processo legal³.

Corrente receptiva às cláusulas unilaterais dispõe em foco o respeito à autonomia das partes ao escolherem livremente por cláusulas assimétricas. Destaca que a opção pelo dispositivo unilateral pode representar uma escolha estratégica, consequência da alocação de riscos entre as partes, de modo que a contratante mais vulnerável passa a deter esta vantagem processual como incentivo ao fechamento do negócio jurídico. Defende-se, igualmente, o tratamento igualitário como dependente dos direitos materiais e substanciais das partes, e não de direitos formais exercidos antes do processo de julgamento propriamente dito – como é o caso da escolha de jurisdição.⁴

Corrente contrária, por outro lado, observa nas cláusulas arbitrais assimétricas oportunidade ímpar para que a parte beneficiada escolha a jurisdição que lhe seja mais favorável, de acordo com o conflito concreto e as respectivas teses jurídicas das cortes nacionais competentes e das regras de arbitragem adotadas.⁵ Diante de tal embate doutrinário, cabe aprofundar análise crítica sobre o nível de receptividade, em nível plurinacional, da validade de cláusulas arbitrais assimétricas. Nota-se, nesta perspectiva, a existência de jurisdições com legislações expressas

² Carmona, 2009; Born, 2016.

³ Dragueiv, 2014.

⁴ Niddam, 1996.

⁵ Ustinov, 2016.

referentes à temática de cláusulas unilaterais. Persiste, entretanto, na maioria dos casos, o posicionamento jurisprudencial como fonte da aceitação ou não de tais dispositivos.

Constitui aspecto relevante, adicionalmente, os diferentes graus de receptividade dos países de tradição Common Law e Civil Law, e a interpretação dada por essas tradições ao significado de tratamento equânime e respeito à autonomia das partes. À luz do exame de receptividade, importa considerar as implicações concorrenciais da prática de cláusulas arbitrais unilaterais, em especial perante contratos comerciais internacionais de grande porte. Questiona-se, nesse sentido, se a utilização irrestrita destas cláusulas pode ser convertida em mecanismo de vantagens indevidas pela contratante de poder predominante, cenário em que a ampla concorrência seria colocada em risco.

Nestes termos, adota-se como pergunta de pesquisa se, no Brasil, é possível o enquadramento das cláusulas arbitrais assimétricas como prática anticompetitiva nos moldes da Lei nº 12.529/2011. Em sede preliminar, por sua vez, enuncia-se a hipótese de que as cláusulas arbitrais assimétricas podem ser enquadradas como abuso de posição dominante no direito concorrencial brasileiro, passíveis, porém, de análise, sob a regra da razão.

2. Cláusulas Arbitrais Assimétricas na experiência nacional e internacional

De início, importa contextualizar as principais linhas argumentativas construídas em resposta à prática das cláusulas arbitrais assimétricas em contratos comerciais internacionais. Nesse sentido, serão adotados três eixos de análise inicial: (i) os precedentes-chave sobre cláusulas arbitrais assimétricas na experiência estrangeira, de modo a elencar as principais críticas e defesas ao instituto das CAAs; (ii) as nuances de receptividade existentes entre as tradições de *Common Law* e *Civil Law*; e, em terceiro lugar, (iii) as perspectivas sobre o tema no Brasil.

2.1. *Precedentes-chave sobre Cláusulas Arbitrais Assimétricas na experiência internacional*

Ao ponderar sobre a construção teórico-normativa adotada em precedentes-chave sobre o tema, busca-se visualizar a hermenêutica que fundamentou a aceitação (ou rejeição) das cláusulas arbitrais assimétricas. Nesse sentido, a seleção dos precedentes-chave discutidos no presente trabalho se baseou em dois critérios: (i) tratar-se de decisões que vieram a fundamentar o posicionamento contemporâneo da jurisdição de origem em que foram processadas, e (ii) serem precedentes que representem uma reversão das bases argumentativas dominantes à época em que os casos foram inicialmente examinados. Objetiva-se, assim, privilegiar decisões com efeitos atuais sobre suas respectivas jurisdições e que, concomitantemente, tenham sido construídas mediante um diálogo direto com posicionamentos divergentes.

O primeiro precedente selecionado sob estes critérios é o caso *Pittalis vs. Sherefettin*, julgado pela Corte de Apelação do Reino Unido em 1986. Antes de *Pittalis*, as cortes britânicas defenderam por duas décadas a invalidade das cláusulas arbitrais assimétricas, com fulcro no caso *Baron vs. Sunderland Corp*, o primeiro a provocar a análise jurisdicional do tema em 1966⁶. A opinião firmada naquela ocasião foi de que cláusulas assimétricas feriam a mutualidade das partes, e que a executoriedade da previsão arbitral dependia da presença de direitos bilaterais de referência dos conflitos à arbitragem.

Com a superveniência de *Pittalis vs. Sherefettin*, a Corte de Apelação do Reino Unido reverteu seu posicionamento primário, acolhendo cláusula que permitia a apenas um dos contratantes acionar a jurisdição arbitral. Segundo a Corte, a cláusula assimétrica seria consequência da natureza da relação comercial estabelecida pelos contratantes, estando preenchido o requisito de mutualidade a partir do momento em que as partes consentiram livremente com a submissão unilateral de conflitos à arbitragem. Não estaria configurada, portanto, a violação ao igual tratamento das partes. Os mesmos argumentos foram reiterados em decisões subsequentes, a citar: *NB Three Shipping v. Harebell Shipping* e *Debenture Trust Corp plc. V. Elektrim Finance BV*.⁷

⁶ Ustinov, 2016.

⁷ Patil, 2018.

Movimento inverso teve lugar no precedente-chave *Russian Telephone Company vs. Sony Ericsson*, julgado pela Suprema Corte de Comércio da Federação Russa em 2012. Em um contrato para fornecimento de aparelhos celulares, a cláusula de resolução de conflitos obrigava a compradora *Russian Telephone Company* a submeter todo potencial conflito a arbitragem pela ICC (Câmara Internacional de Comércio). A vendedora Sony Ericsson, por outro lado, poderia acionar não apenas a arbitragem, como também demandar o reembolso de débitos perante a Justiça nacional.

Para a Suprema Corte de Comércio da Federação Russa, a cláusula unilateral gerava um tratamento diferencial em favor da Sony Ericsson, violando a igualdade procedimental e o direito de acesso à tutela jurisdicional da segunda contratante. A Corte não declarou a cláusula inválida, porém alterou a interpretação do dispositivo para garantir o acesso bilateral à justiça nacional.⁸ A decisão representou um revés no contexto russo, em que a posição dominante era de receptividade das cláusulas arbitrais assimétricas, pela primazia da autonomia da vontade.⁹

Em dezembro de 2018, a Suprema Corte Russa consolidou o entendimento firmado no caso Sony Ericsson ao publicar seu Digesto de Práticas Judiciárias. No Digesto, a corte definiu expressamente que as cláusulas unilaterais representariam uma vantagem indevida, afetando o equilíbrio contratual e violando os princípios concorrenciais.¹⁰

O terceiro e último precedente-chave selecionado trata-se do caso *Charles Harris v. Green Tree Financial Corporation*, julgado pelo 3º Circuito da Corte de Apelação dos Estados Unidos em 1999. Naquele momento, ganhava força em solo americano um posicionamento contrário às cláusulas unilaterais, com embasamento teórico na doutrina de *unconscionability*. O argumento de *unconscionability* traduz a ideia de uma negociação inescrupulosa e injusta, em que o desequilíbrio de forças econômicas e contratuais esvazia a autonomia das partes.¹¹

No caso de cláusulas arbitrais assimétricas, a posição hierárquica desproporcional do contratante com livre escolha entre jurisdição

⁸ Dragueiv, 2014.

⁹ Ustinov, 2016.

¹⁰ Struzhko, 2021.

¹¹ Zelst, 2018.

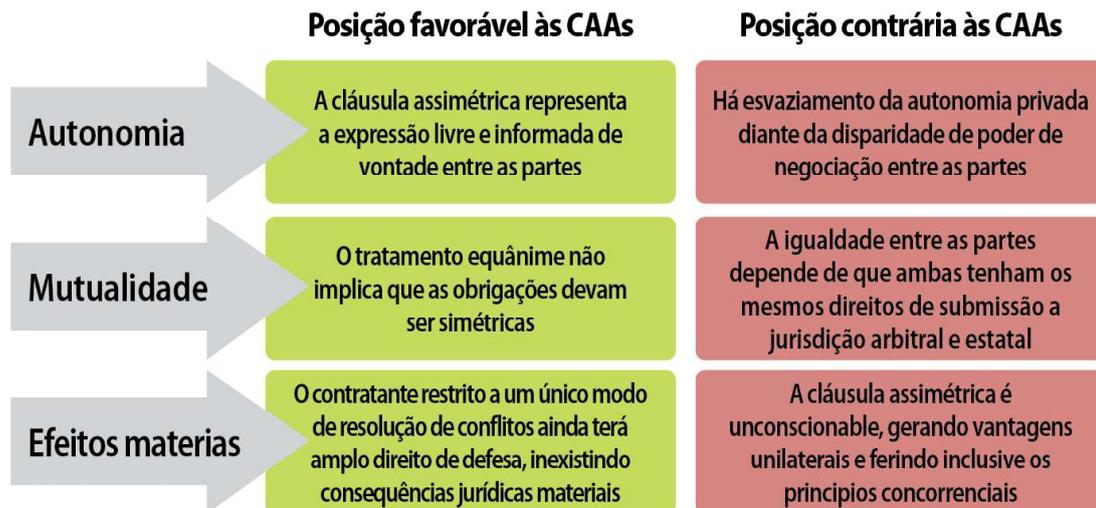
nacional e arbitral implicaria em uma resolução *unconscionable* – isto é, inócua e não vinculante. Foi este o subsídio doutrinário empregado em decisões como *Kinney v. United HealthCare Services* (1999) e *Armendariz vs. Foundation Health Psychcare Services* (1998). Nelas, enunciou-se que os dois critérios necessários à aplicação do argumento de *unconscionability* seriam: (i) o critério procedimental, consistente na disparidade econômica e desequilíbrio de poder negocial entre as partes na elaboração da cláusula, com uma se impondo sobre a outra; e (ii) o requisito material, relativo a efeitos desarrazoados e unilaterais gerados com a previsão assimétrica.

O precedente *Charles Harris v. Green Tree Financial Corporation*, embora não tenha superado as doutrinas de mutualidade e *unconscionability*, ao menos auxiliou na construção de um contraponto favorável às cláusulas assimétricas. Em seu julgamento, o 3º Circuito de Apelações reconheceu que o tratamento equânime das partes não implicava a obrigatoriedade de simetria da cláusula arbitral. Não haveria disposição legal obrigando todo contrato a reunir obrigações perfeitamente espelhadas entre seus respectivos polos, sendo a multiplicidade de vantagens e contrapartidas uma característica natural às relações econômicas. Neste raciocínio, seria incoerente demandar que o termo de arbitragem – um contrato em si mesmo – cumprisse com o mesmo requisito.¹²

Concomitantemente, não estaria presente no caso *Charles Harris* o requisito material da *unconscionability* – isto é, a vantagem injustificada e unilateral. Isso, porque, embora uma das partes estivesse limitada apenas à arbitragem, ainda assim participaria normalmente da nomeação do tribunal arbitral e teria amplo direito de defesa, sem efeitos restritivos sobre seu acesso à tutela jurídica.

Da análise dos precedentes-chave *Pittalis*, *Sony Ericsson* e *Charles Harris*, é possível esquematizar o embate argumentativo relativo à validade e eficácia das cláusulas unilaterais em três tópicos:

¹² Niddam, 1996.



2.2. Cláusulas Arbitrais Assimétricas: distinções entre *Common Law* e *Civil Law*

A análise dos precedentes-chave, alinhada aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais das jurisdições investigadas, revela que, no cenário internacional, as tradições de *Common Law* e *Civil Law* desempenham um fator de influência no nível de receptividade às CAAs. Tal diferenciação não é inesperada: os critérios de análise anteriormente apontados – como “mutualidade”, “tratamento equânime” e “autonomia privada” – apresentam nuances interpretativas particulares ao se tomar cada polo do binômio *Common/Civil Law*, as quais podem influenciar ou não no acolhimento de cláusulas unilaterais.

Países de tradição *common law* apresentam a tendência de confirmar cláusulas de arbitragem unilaterais.¹³ É possível explicar esta propensão com base tanto na interpretação de “tratamento equânime” mais abrangente difundida no *common law*, como na priorização da autonomia privada em contraponto à regulação estatal. Países de *civil law*, em outra perspectiva, são mais inclinados a criar óbices à eficácia das CAA's – em geral frente ao argumento de mutualidade e de que a igualdade das partes alcança a fase pré-processual.¹⁴

Cabe enfrentar, contudo, até que ponto a distinção entre países de *common law* e *civil law* de fato traduz uma maior ou menor receptividade

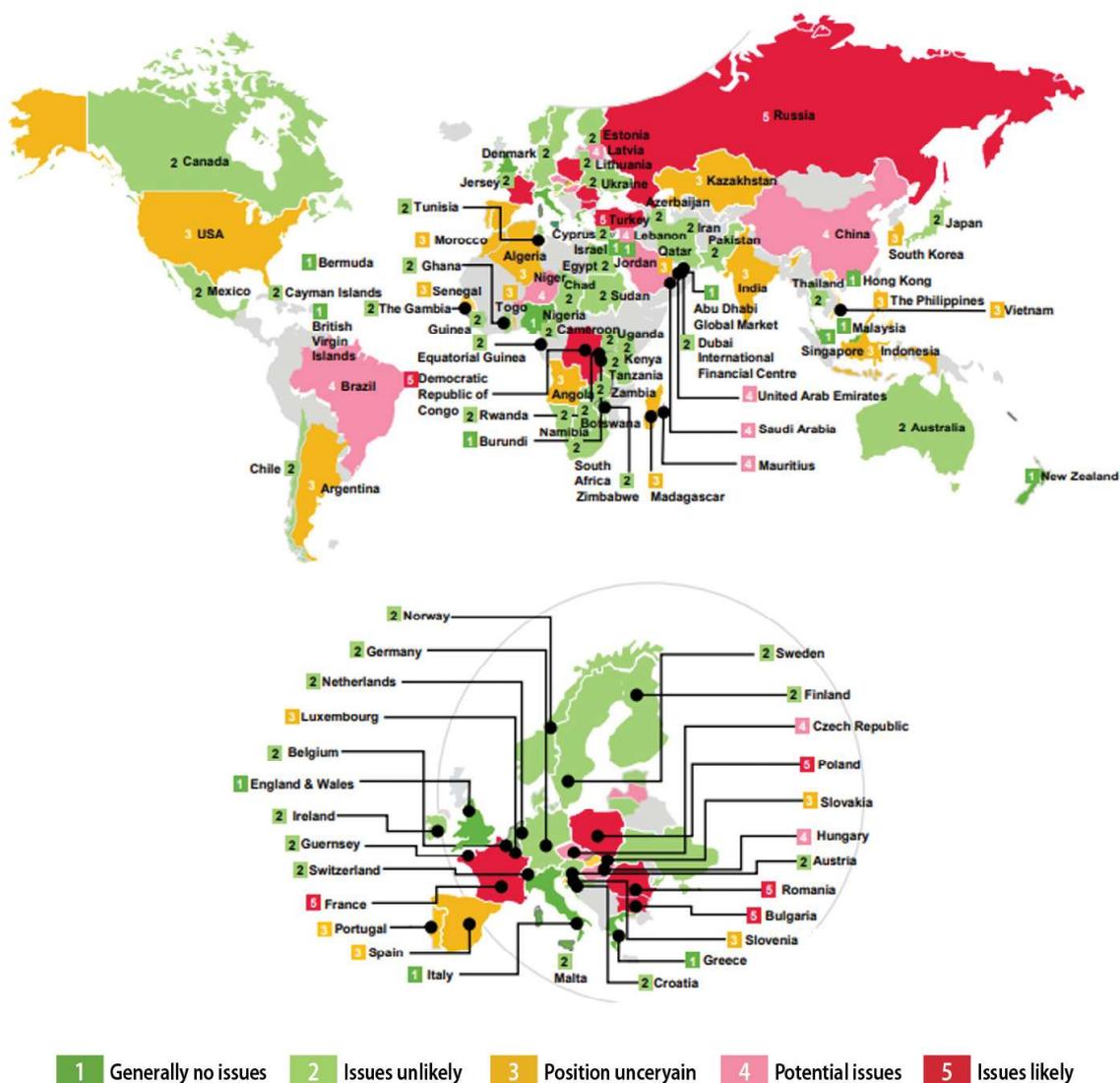
¹³ Dragueiv, 2014.

¹⁴ Amalia; Adolf; Lingkanaya, 2021.

a cláusulas unilaterais. Para tanto, tomou-se o “*Unilateral Option Clauses Survey*” conduzido pelo Grupo Clifford Chance em 2021. Neste *survey*, construiu-se *heat map* com 90 jurisdições e as posições de seus respectivos tribunais perante o debate de cláusulas assimétricas.

O estudo estabeleceu cinco classes de receptividade: (1) países que geralmente não apresentam óbices às CAA’s; (2) países que raramente apresentam óbices; (3) países de posição incerta; (4) países que potencialmente poderão apresentar óbices; e, por fim, (5) países que frequentemente apresentam óbices. Confira-se:

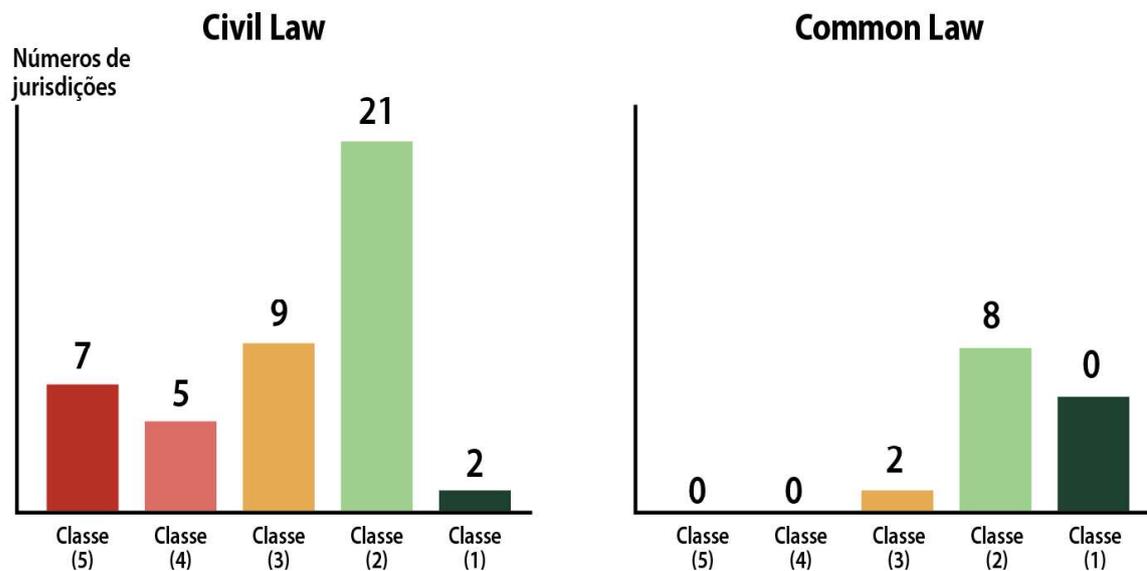
Imagem 1 – Heat Map de receptividade das CAA’s



Fonte: CLIFFORD CHANCE. Unilateral Option Clauses Survey. 2021.

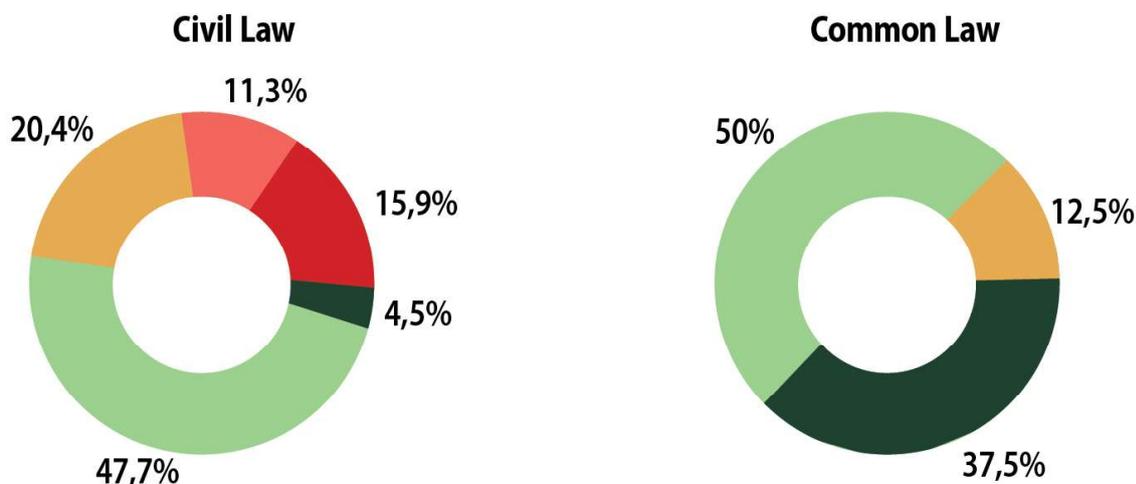
A partir das classes de receptividade elaboradas Grupo Clifford Chance, selecionou-se no presente trabalho um grupo amostral de 60 (sessenta) jurisdições: 44 (quarenta e quatro) de tradição *civil law*¹⁵ e 16 (dezesesseis) de tradição *common law*¹⁶, excluindo-se as demais jurisdições analisadas no *survey* que não se adequam inteiramente ao referido binômio *civil/common law*. Os resultados são demonstrados a seguir:

Gráfico 1: Número de jurisdições por classe de receptividade



¹⁵ **Jurisdições de tradição Civil Law consideradas no presente trabalho:** Angola, Argentina, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Brasil, Bulgária, Burundi, Chade, China, República Democrática do Congo, Chile, Croácia, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Egito, Guiné Equatorial, Guiné, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Japão, Letônia, Líbano, Lituânia, Luxemburgo, México, Holanda, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, Ruanda, Eslováquia, Eslovênia, Coreia do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia e Vietnã.

¹⁶ **Jurisdições de Common Law consideradas no presente trabalho:** Austrália, Ilhas Virgens, Canadá, Ilhas Cayman, Chipre, Inglaterra e País de Gales, Gana, Hong Kong, Índia, Irlanda, Israel, Nova Zelândia, Paquistão, Singapura, Uganda e Estados Unidos da América.

Gráfico 2: Classes de receptividade em porcentagem

A análise quantitativa permite concluir que a distinção de receptividade entre as tradições de *common law* e *civil law* encontra fundamento fático. Enquanto apenas 12,5% das jurisdições de *common law* tem posição potencialmente contrária perante as cláusulas assimétricas (representada pela classe 3), nas jurisdições de *civil law* este número já salta para 47,6% (englobando as classes 3, 4 e 5).

Isto não significa afirmar que a tradição de *civil law* como um todo é contrária às CAAs. Afinal, a maioria absoluta das jurisdições civilistas analisadas enquadra-se nas classes 1 e 2, de maior acolhimento das previsões assimétricas. Ainda assim, o comparativo é contrastante o suficiente para indicar que as noções de tratamento equânime e primazia da autonomia da vontade no *common law* criaram terreno fértil para o desenvolvimento das cláusulas arbitrais assimétricas.

2.3. Cláusulas Arbitrais Assimétricas no Brasil

No Brasil, ainda não existe posicionamento consolidado sobre a validade de cláusulas arbitrais assimétricas. Relatórios internacionais – como o já mencionado *survey* do Grupo Clifford Chance – tendem a inserir o Brasil como uma jurisdição pouco receptiva a cláusulas arbitrais unilaterais. Nesse sentido:

Whilst the Brazilian courts have not examined the validity of unilateral option clauses per se, Brazilian law requires the consent of all parties to submit a dispute to arbitration, such that

there is a risk that Brazilian courts may not recognise the validity of unilateral option clauses¹⁷.

A jurisprudência brasileira sobre o tema também se mostra incipiente. É possível, todavia, projetar o nível de receptividade dos tribunais nacionais às cláusulas assimétricas tomando por base assunto correlato: a escolha unilateral de foro.

No Recurso Especial nº 1.940.072/AM, o Min. Relator Marco Bellizze entendeu, em decisão monocrática de 03/08/2021, que seria válida e eficaz a cláusula de eleição de foro desde que não houvesse restrição ao exercício de ação de uma das partes. No caso, o contrato de fornecimento de equipamento entre duas pessoas jurídicas continha eleição unilateral de foro pelo fornecedor. Com fulcro no desequilíbrio material entre as partes e a dificuldade de acesso à justiça, o Relator decidiu que a cláusula não deveria prevalecer.

Similarmente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao julgar o Agravo de Instrumento 0719025-59.2018.8.07.0000, afastou eleição de foro incluída de forma unilateral. Na ocasião, o juízo interpretou que a cláusula traria manifesta vantagem, uma vez que a contratante beneficiada possuía sede na comarca eleita – enquanto a outra parte, com domicílio no Distrito Federal, era hipossuficiente e não possuiria condições de patrocinar sua defesa no juízo eleito contratualmente.

Nota-se, portanto, que os pressupostos teóricos para a admissão de uma cláusula arbitral assimétrica não encontram um terreno de particular incentivo no Brasil. A validade da eleição de foro condicionada a “não haver restrição ao exercício de ação de uma das partes” acaba por limitar o próprio exercício de autonomia das partes, ao sopesarem seus interesses no momento de negociação e elaboração contratual.

Questiona-se, em específico, até que ponto os fundamentos argumentativos elencados pelas decisões mencionadas (como a hipossuficiência e a dificuldade de acesso justiça) continuam válidos quando consideradas transações comerciais de grande porte entre grandes empresas. Nestes casos, as vantagens pré-processuais associadas à escolha preferencial de foro e arbitragem podem funcionar como mecanismo de segurança em caso de negociações de alto risco – contribuindo não para afastar o equilíbrio contratual, mas sim para

¹⁷ CLIFFORD CHANCE, 2021.

garanti-lo. Uma posição inflexível por parte dos tribunais brasileiros seria, nestes termos, verdadeiramente contraproducente.

3. Da possível configuração das cláusulas arbitrais assimétricas como prática anticompetitiva no direito concorrencial brasileiro

A receptividade dos tribunais brasileiros às CAAs representa, porém, apenas uma das facetas do acolhimento do instituto no ordenamento pátrio. Como previamente apontado, correntes contrárias às cláusulas assimétricas chegaram a considerar, internacionalmente, os potenciais efeitos anticoncorrenciais das CAAs, observando um exercício abusivo de poder de mercado. Diante de tal crítica, importa analisar duas perspectivas possíveis: (i) os fatores possivelmente pró-competitivos das cláusulas arbitrais assimétricas; e (ii) os fatores possivelmente anticompetitivos.

3.1. Fatores possivelmente pró-competitivos das cláusulas arbitrais assimétricas

As cláusulas de arbitragem unilateral podem representar – em contraponto ao possível exercício de posição dominante no mercado – um instrumento valioso de promoção da livre concorrência. Tal perspectiva pode ser identificada em duas esferas: (i) velocidade do processo arbitral; (ii) mecanismo de segurança em contratos de alto risco.

Primeiro, no que se refere à velocidade do processo, é indisputável que a arbitragem produz sentenças em um espaço de tempo menor quando comparada ao judiciário, comumente superlotado. Na perspectiva concorrencial, a agilidade se mostra elemento-chave, em especial frente as práticas de *sham litigation*. Na *sham-litigation*, há o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos,¹⁸ com o demandante fazendo uso da burocracia inerente à atividade jurisdicional para prejudicar o acesso de um concorrente à tutela jurídica.

A cláusula assimétrica pode funcionar como uma medida preventiva pela parte em desvantagem, acionando a jurisdição arbitral

¹⁸ Eiras, 2019.

para garantir um procedimento ágil e eficaz. A maior velocidade do trâmite gera, de forma concreta, um arrefecimento das oportunidades de *sham litigation*.

Em segundo lugar, as CAAs podem funcionar como uma solução valiosa em contratos de alto risco associado. É o que tem se tornado cada vez mais comum em contratos de investimento, nos quais, devido ao risco desproporcional enfrentado pelo investidor, tornou-se frequente a inserção de cláusulas de arbitragem unilateral. Embora as instituições financeiras em geral tenham preferência por litigar nos tribunais nacionais, a possibilidade de um acesso subsidiário à arbitragem (com um procedimento confiável e ágil) representa uma vantagem importante perante as probabilidades de conflito do contrato.¹⁹

A mesma lógica pode ser aplicada aos contratos comerciais. Na etapa de negociação, em especial quando o objeto da transação é produto inédito ou complexo, a presença de uma CAA pode significar o alcance do equilíbrio contratual necessário à conclusão da parceria. A previsão unilateral, assim, não equivaleria a exercício abusivo do poder de mercado, mas sim um benefício procedimental concordado autonomamente entre as partes.

3.2. *Fatores possivelmente anticompetitivos das cláusulas arbitrais assimétricas*

Entre os fatores potencialmente anticompetitivos das cláusulas assimétricas, está o risco de *forum shopping*. O *forum shopping* consiste na instrumentalização da cláusula unilateral para que a parte dominante selecione a jurisdição mais favorável a seus interesses.²⁰ Havendo a possibilidade de escolha, o *forum shopping* torna-se um dado posto do sistema: afinal, litigantes racionais considerarão as preferências pessoais de jurisdição ao decidir se exercem – e em qual extensão exercem – suas pretensões.²¹

As consequências de tais práticas são particularmente danosas quando o litigante, apenas pelo exercício de sua preferência de foro, consegue realisticamente impactar o resultado da demanda. E isto afeta

¹⁹ ZELST, 2018.

²⁰ Whytock, 2011.

²¹ Solimine, 1998.

o sistema jurídico como um todo, visto que “when plaintiffs secure a dramatically different outcome simply by choosing a certain court, the legal system appears arbitrary and unconcerned with administering fundamental justice”²².

A discussão dos aspectos anticompetitivos do *forum shopping* nas CAAs passa, por sua vez, pela discussão da arbitralidade de matérias concorrenciais.²³ A responsabilização com base no direito da concorrência é multifacetada: pode ocorrer na esfera administrativa (mediante atuação dos órgãos de defesa da concorrência); na esfera criminal (a exemplo dos cartéis), e na esfera cível. É nesta última que estarão em embate os direitos patrimoniais disponíveis do infrator, e o direcionamento destes para fins de indenização e reparação de danos sofridos pela parte lesada.²⁴ São precisamente os direitos materiais disponíveis o objeto possível da arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

Nessa perspectiva, o risco apresentado pelas CAAs é de que o polo dominante, em um esforço de afastar as potenciais obrigações indenizatórias resultantes de seus atos abusivos, exerça o direito unilateral de jurisdição para impedir a aplicação de uma interpretação mais rígida de práticas anticompetitivas. Assim, a vantagem originariamente pré-processual passa a ganhar contornos materiais, com o contratante fazendo uso de sua dominância para perpetrar atos abusivos e, ao mesmo tempo, fugir à responsabilização civil.

A questão poderá afetar não apenas a escolha da jurisdição com precedentes mais favoráveis, mas também qual a legislação concorrencial aplicável. No contexto internacional, com a presença de múltiplos sistemas legais cujas normas concorrenciais são potencialmente imputáveis, a decisão de qual legislação é aplicável

²² Dorward, 1998.

²³ Sobre o tema, conferir: BECKER, Bruno Bastos. *Concorrência e Arbitragem no Direito Brasileiro: Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens*. Ano 1 (2015), nº 2, pp. 239-270; CAMELO, António Sampaio. *Crítérios de Arbitrabilidade dos Litígios: Revisitando o Tema*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27, São Paulo, 2010; 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. 11, Issue 43 (2014);

²⁴ Frazão, 2018.

implicará, inevitavelmente, em consequências materiais para os direitos das partes.²⁵

Em segundo lugar, a jurisdição arbitral sobre a matéria concorrencial veicula efeitos de fiscalização e ordem pública. Ainda que a arbitragem esteja restrita aos direitos materiais disponíveis, a diretriz trazida pela OCDE é de que haja interação entre os árbitros e as autoridades de defesa da concorrência – podendo a autoridade antitruste, nesse sentido, intervir na arbitragem como *amicus curiae*.²⁶

Todavia, em especial quando a arbitragem estiver revestida de confidencialidade, a transparência e o compartilhamento de informações com a autoridade antitruste dependerão do consentimento das partes – em respeito à autonomia da vontade. Caso tal compartilhamento seja dificultado, “a falta de informações cruciais e a ausência da análise da autoridade concorrencial [poderão] prejudicar a resolução adequada e justa do conflito dentro do ordenamento jurídico aplicável”.²⁷

Nestes termos, a principal característica anticompetitiva das cláusulas assimétricas estaria em seu manejo escuso para o afastamento da responsabilização concorrencial na esfera cível. Isto seria possível tanto por meio de esforços para aplicação da legislação concorrencial menos danosa, ou ainda mediante a obstacularização da participação de agentes antitruste com o uso da confidencialidade.

4. Considerações Finais

Diante do exposto, nota-se que o enquadramento de cláusulas arbitrais assimétricas como abuso de posição dominante no mercado perpassa uma investigação concreta de três esferas: (i) o porte econômico das contratantes; (ii) o exercício da autonomia privada no momento de elaboração da cláusula arbitral; e (iii) os efeitos materiais sobre o resultado da lide.

Uma desproporção marcante entre o porte econômico das contratantes pode caracterizar indício concreto da capacidade de negociação entre as partes, e, caso seja a parte mais poderosa aquela com amplo acesso à jurisdição estatal e arbitral, colocar-se-á desde

²⁵ OCDE, 2021.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Barrios; Lapa, 2021.

logo em cheque a validade da CAA. Mais do que isso, ações de coação e pressão negocial no momento de elaboração da cláusula – etapa de crítica importância da autonomia privada e livre manifestação de vontade – maculam diretamente o consentimento bilateral necessário à constituição do tribunal arbitral.

Por fim, deverão ser sopesadas as consequências materiais das CAAs sobre o resultado da lide. Na hipótese de a escolha de resolução de conflitos representar um caminho concreto em direção a uma legislação concorrencial mais frágil, ou mesmo uma jurisprudência notadamente favorável à contratante mais poderosa, caberá elencar a proteção à ordem econômica – enquanto matéria pública – para declarar a nulidade da previsão assimétrica.

Porém, tais critérios não podem ser manejados de forma displicente ou desarrazoada, sob a finalidade escusa de sempre privilegiar a jurisdição estatal. Do contrário, estar-se-á esvaziando a arbitragem como método legítimo de resolução de conflitos, cuja opção é uma liberdade dos litigantes. O posicionamento brasileiro, assim, deve restar pautado em uma presunção de legalidade – presunção esta que não será absoluta, mas sim passível de relativização diante dos elementos casuísticos de cada CAA.

Referências bibliográficas

BARRIOS, Lucas de Góis; LAPA, Vitória Neffá. *Arbitragem e direito concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros*. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 148-172, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i1.908. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/908>. Acesso em: 20/07/2022.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2016, pp. 34-39.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, pp. 64-65.

CLIFFORD CHANCE. *Unilateral Option Clauses Survey*. 2021. Disponível em: <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/02/clifford-chance-unilateral-option-clauses-survey-2021.pdf>>. Acesso em: 20/05/2022.

DORWARD, Daniel J. *The forum non conveniens doctrine and the judicial protection of multinational corporations from forum shopping plaintiffs*. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

DRAGUEIV, Deyan. *Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability*. *Journal of International Arbitration* 31, no. 1 (2014), pp. 19–46.

EIRAS, L. *Sham Litigation: requisitos para sua configuração*. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 53-75, 2019. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/423>>. Acesso em: 10/07/2022.

FRAZÃO, Ana. *Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Tema está a merecer um maior aprofundamento*. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3olR1dg>>. Acesso em: 01/07/2022.

LIGKANAYA, Jovanka; ADOLF, Huala; AMALIA, Prita. *Asymmetrical Arbitration Clauses: A Comparative Study of International and Indonesian Arbitration Law*. *Pandecta*, Volume 16. Number 1. June 2021 Page 130-147.

NIDDAM, L. *Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration*. *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*. 1996.

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: 02/07/2022.

PATIL, Salonee. *Unilateral Option Clauses: The Way Forward*. *Christ University Law Journal* 2018, Vol. 7, No. 2, pp. 45-62.

REINO UNIDO. Corte de Apelação do Reino Unido. *Pittalis v. Sherefetin*. QB 868. 1986.

RÚSSIA. Suprema Corte da Federação Russa. *Sony Ericsson Communications Rus (Russia) v Russian Telephone Company*. No. 1831/12. Junho, 2012.

SOLEMINE, Michael E. *The Quiet Revolution in Personal Jurisdiction*, 73 TUL. L. REV. 1, 12. 1998.

STJ. *Recurso Especial nº 1.940.072/AM*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Decisão Monocrática de 03/08/2021.

STRUZHKO, Aleksandr. *Asymmetrical Arbitration Agreement: Validity and Enforcement*. Disponível em: <<https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/1033446/asymmetrical-arbitration-agreement-validity-and-enforcement>>. Acesso em: 10/06/2022.

USTINOV, Iurii. *Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity*. Master's Thesis, LLM International Business Law in Tilburg University. Supervisor: Professor Erik Vermeulen. 2016.

WHYTOCK, Christopher A. *The Evolving Forum Shopping System*. Cornell Law Review, vol. 96, Issue 3, 2011.

ZELST, Bas van. *Unilateral Option Arbitration clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR?* Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(1). 2018, pp. 77-86.