

ARBITRABILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Isabel Vaz**

Introdução: Apresentação do problema

No I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral realizado em Belo Horizonte, em maio de 2002, e de cuja organização participei, o Professor Guido Soares, da Universidade de São Paulo, ao agradecer o convite recebido para proferir uma palestra, afirmou, referindo-se aos professores que o haviam convidado: “Na verdade, aqueles mestres realizaram o que eu sempre considerei como a tarefa principal de um professor universitário: criar problemas. De fato, a problematização é o instigante desafio que se lança aos alunos, a fim de que busquem eles e encontrem as soluções jurídicas adequadas para as questões misteriosas que acontecem na vida real”.¹

O problema, aqui, não é apresentado a alunos, mas posto à consideração de professores, de colegas e de autoridades especializadas em Direito da Concorrência, o que lhe confere, certamente, melhores perspectivas de discussão e de apreciação. Fica claro, desde logo, que não se trazem soluções. Não é este o escopo desta reflexão. Trata-se, simplesmente, de levantar questões que vêm surgindo ao longo do tempo de aplicação da Lei de Arbitragem no Brasil, que trilha caminho de sucesso e, pouco a pouco, vai ganhando a confiança de grande número de empresários, de juristas e de estudiosos.

* Especialista, mestra e doutora em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora aposentada no Curso de Bacharelado e no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Membro honorário do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e de Relações Internacionais. Membro da Diretoria do Centro Jurídico Brasileiro – CJB. Membro da Comissão de Seleção do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law e direito arbitral: direito consuetudinário sem precedentes? In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. [Trabalhos apresentados: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Del Rey Editora] Belo Horizonte, 2003, p. 319.

A pergunta básica é a seguinte: se nos contratos administrativos, que têm como escopo a realização do interesse social, existe arbitrabilidade, por que não seria possível submeter certas questões antitruste à arbitragem? De outra forma: seria possível aplicar a arbitragem ao Direito da Concorrência?

O que se vai fazer é mais um levantamento de problemas do que um aporte de respostas. O texto não tem essa pretensão.

1. Arbitragem

1.1 Conceito

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, “dispõe sobre a arbitragem”, mas não lhe traz o conceito, como é de praxe com os textos normativos. A Professora Selma Lemes, uma das redatoras do Projeto convertido nessa lei e uma das mais conceituadas autoridades em matéria de arbitragem, foi buscar em René David o conceito daquela instituição. Para o mestre comparatista francês, a arbitragem é “uma técnica que visa a dar a solução a uma questão, que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros [tribunal arbitral] – que detêm os seus poderes de uma convenção privada e julgam com base nessa convenção, sem serem investidos dessa missão pelo Estado”.²

O Ministro Carlos Mário Velloso cita a lição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, segundo o qual “(...) o processo, na solução de conflitos, pode realizar-se de três formas: a) pela mediação, técnica de negociação, com vista ao acordo de vontades, b) pela arbitragem, mediante decisão de um árbitro imparcial, ‘desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais’ e c) pela sentença judicial, obra do magistrado no exercício da atividade jurisdicional, ‘tipicamente, pois, composição particular, composição paraestatal e composição estatal da lide’”.³

² DAVID, René. *L'Arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982, p. 9 apud LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59, tradução de Selma Lemes.

³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro, *Revista dos Tribunais*, 735/39, apud VELLOSO, Carlos Mário. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. Conferência Magna In: I Seminário Internacional sobre Arbitragem, cit., p. 11-12.

A arbitragem, apesar de situar-se no campo da justiça privada, recebeu da lei legitimidade, como forma alternativa de solução de conflitos, fazendo as vezes, com a autorização legal e a observância de certos limites, “da função jurisdicional do Estado”.⁴

É um “modo extrajudiciário”, diz Selma Lemes, “de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral. A decisão exarada por esse tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial (art. 31 da Lei n. 9.307, de 23.09.1996)”.⁵

Lembra René David que “a arbitragem deve ser distinguida da justiça dos tribunais. O árbitro é uma simples pessoa privada. Ele profere sua decisão apoiando-se sobre uma convenção celebrada entre os interessados; ele não a impõe em virtude de um poder conferido pelo Estado. As jurisdições arbitrais podem ver sua existência reconhecida e suas decisões sancionadas nos diferentes direitos; elas não estão integradas na administração estatal da justiça”.⁶

Essas características destacam o papel da “convenção celebrada entre as partes”, de onde a arbitragem aufere a sua legitimidade e a sua conformação ao espírito da lei. Na verdade, segundo o art. 3.º da Lei 9.307/96, “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

O art. 4.º esclarece que a cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes em um contrato se comprometem, em relação a qualquer litígio dele decorrente, a submeter a controvérsia à arbitragem. O compromisso arbitral, nos termos do art. 9.º, é também uma convenção,

⁴ VELLOSO, Carlos Mário, op. cit., p. 12.

⁵ LEMES, Selma, op. cit., p. 59.

⁶ DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Collection Études Juridiques Comparatives. Paris: Economica, 1982, p. 13. Tradução livre do original: “L'arbitrage doit être distingué de la justice des tribunaux. L'arbitre est une simple personne privée. Il prononce sa décision en s'appuyant sur une convention intervenue entre les intéressés; il ne l'impose pas en vertu d'un pouvoir à lui conféré par l'État. Les juridictions arbitrales peuvent voir leur existence reconnue et leurs décisions sanctionnés dans les différents droits; elles ne sont pas intégrées dans l'administration étatique de la justice”.

mediante a qual as partes decidem submeter um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

1.2 *Natureza jurídica*

Entre os autores que se debruçam sobre esse tema não existe concordância a respeito da natureza jurídica da arbitragem. Já se pode ver, de acordo com os dispositivos legais mencionados, que ela tem uma origem contratual. Por outro lado, o que legitima e atribui autoridade ao laudo arbitral é a lei, que lhe confere a natureza de sentença, incluindo-a entre os “títulos executivos judiciais”, conforme dispõe o art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A arbitragem possui, assim, uma natureza mista, ou “híbrida”,⁷ decorrente de sua própria origem legal e convencional e não há como arredar-se

⁷ DAVID, René, op. cit., p. 109, afirma: “Les discussions relatives à la nature juridique de l’arbitrage ne peuvent mener à des conclusions sûres car l’arbitrage a une nature hybride et la réglementation qu’il comporte va de ce fait être elle-même composite. [...] C’est une simplification abusive ne vouloir retenir qu’un seul de ces caractères [referindo-se ao aspecto convencional e ao jurisdicional] pour lui rattacher toute la réglementation de l’arbitrage. Il existe autant de raisons pour se prononcer en faveur de l’une ou de l’autre de ces thèses qui s’affrontent, affirmant la nature contractuelle ou juridictionnelle de l’arbitrage. Aussi bien les auteurs qui, adeptes d’une *Begrieffsjurisprudenz* nouvelle, ont cherché à déterminer la nature juridique de l’arbitrage sont-ils généralement arrivés à la conclusion, inévitable, que l’arbitrage avait une nature mixte, à la fois juridictionnelle et contractuelle; il n’était peut-être pas besoin de tant d’efforts pour arriver à une lapalissade qui n’offre au législateur ni au juge aucune directive. Ayant constaté que l’arbitrage avait une nature mixte, mi-contractuelle ou mi-juridictionnelle, on est libre de faire prévaloir, à l’occasion d’une question donnée, l’un ou l’autre de ces caractères, en fonction de facteurs d’ordre politique ou pratique qui conduisent à préférer telle ou telle solution” (*L’arbitrage dans le commerce international*). “As discussões relativas à natureza jurídica da arbitragem não podem levar a conclusões seguras porque a arbitragem tem uma natureza híbrida, e a regulamentação que ela comporta vai por isso ser ela mesma composta. [...] É uma simplificação abusiva querer reter apenas uma dessas características para lhe atribuir toda a regulamentação da arbitragem. Existem tantas razões para se pronunciar em favor de uma ou de outra dessas teses que se contradizem, afirmando a natureza contratual ou jurisdicional da arbitragem. Assim como os autores que, adeptos de uma nova *Jurisprudência dos conceitos*, procuraram determinar a natureza jurídica da arbitragem chegaram, geralmente, à conclusão, inevitável, que a arbitragem tinha uma natureza mista, ao mesmo tempo jurisdicional e contratual; talvez não fossem necessários tantos esforços para se

dessa constatação.⁸ Não obstante, surgiram três correntes segundo as quais, para uns, a arbitragem teria natureza *contratual*, “no sentido de que nasce de uma convenção firmada pelas partes e os poderes dos árbitros derivam dessa autorização”.⁹ Segundo outros autores, ela se revestiria da característica *jurisdicional*, em razão do resultado da arbitragem, “(...) que é um julgamento por um terceiro imparcial que define a controvérsia”.¹⁰ E finalmente, alguns afirmam também a sua natureza híbrida, que parece ser a que “(...) melhor se coaduna com a arbitragem”, salientando “(...) ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto”.¹¹

O Professor José Carlos de Magalhães adverte – referindo-se, ao *laudo arbitral* e não à *arbitragem* propriamente dita – para o fato de que “o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes”,¹² posição que parece não contestar nem a natureza contratual da *arbitragem* nem a sua legitimação decorrente de disposição de *lei*.

O Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira atribui à arbitragem a *forma paraestatal*, destacando que ela se encontra “(...) sob os auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas razões se estatizam após serem proferidas, inclusive com as sanções típicas da sentença judicial”.¹³

Como se pode ver, as opiniões variam a respeito da natureza jurídica da arbitragem. Não se chega ao extremo, conforme a posição de René

chegar a uma verdade ridícula que não oferece ao legislador nem ao juiz nenhuma diretiva” (tradução livre desta autora).

⁸ Confira-se LEMES, Selma, op. cit., p. 60. A autora relaciona outras opiniões, p. 60 e ss. de sua obra.

⁹ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: *Participação e processo*, RT, p. 304, 1988, apud LEMES, Selma, op. e loc. cit.

¹⁰ Cf. LEMES, Selma, op. e loc. cit.

¹¹ Idem, p. 60-61.

¹² MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem internacional privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 20, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 61.

¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (org.). *A arbitragem na era da globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 24, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 62, onde a autora colaciona outras opiniões.

David, antes mostrada, de menosprezar essa preocupação, que tem natureza científica. Trata-se de optar por uma das muitas correntes, reconhecendo-se, com René David, Selma Lemes e outros, a natureza híbrida da arbitragem.

1.3 Surgimento

Este não seria o espaço nem o momento para se propor a realização de um histórico sobre o surgimento da arbitragem. Muitos autores conceituados já o fizeram, com proficiência.¹⁴ Importa registrar que, desde o tempo do Império, a arbitragem era conhecida e praticada no Brasil. Lembra Cachapuz de Medeiros que, não obstante, ao longo de nossa história, tenhamos grande apreço pela arbitragem, hesitamos no seu emprego.¹⁵

“Demonstramos grande apreço pela arbitragem no plano das relações entre Estados. É obra do patrono da diplomacia brasileira, o Barão do Rio Branco, marcada pelo emprego do arbitramento, da arbitragem, na solução dos conflitos internacionais que envolviam o nosso país. O nosso território foi demarcado graças ao emprego da arbitragem pelo Brasil.”¹⁶

No plano internacional, um dos mais importantes diplomas é a Convenção de Nova York, de 1958, sobre o reconhecimento e a execução

¹⁴ Confira-se a obra já citada de LEMES, Selma, p. 63 e ss., na qual registra que, historicamente, a arbitragem foi bastante utilizada, com destaque para os contratos de concessão no tempo do Império, referindo-se, entre outros, ao contrato de arrendamento das Termas de Lambari (MG), em 1912, pelo Estado de Minas Gerais (p. 69) ao engenheiro Américo Werneck. Esse processo foi interessante, pois, descumprindo o Estado de Minas suas obrigações, resolveu o arrendatário, em 29 de julho de 1913, acioná-lo, pedindo a rescisão do contrato de arrendamento e a indenização por perdas e danos. O Estado, representado por Ruy Barbosa, propôs, em 1915, ao arrendatário, que a controvérsia fosse solucionada por meio da arbitragem, que, aceita, teve como árbitros José Xavier Carvalho de Mendonça e Edmundo Pereira Lins. O laudo arbitral foi ditado em 13 de março daquele ano, favorável ao arrendatário e condenando o Estado a pagar perdas e danos. Contrariando a irrecorribilidade da cláusula arbitral por ele mesmo redigida, o Estado recorreu ao Supremo Tribunal Federal, que manteve os termos do laudo arbitral (cf. LEMES, Selma, op. cit., p. 63 e ss).

¹⁵ Confira-se MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Intervenção como debatedor, no I Seminário Internacional sobre Arbitragem, cit., p. 54. Também no Direito Comparado as experiências apontam a preferência pela arbitragem nas relações internacionais. Confira-se Cap. 4, adiante.

¹⁶ Idem, p. 55.

de sentenças arbitrais estrangeiras,¹⁷ e as leis modelo sobre vários assuntos, a arbitragem, inclusive, concebidas e divulgadas pela UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional –, entidade a que o Brasil pertence desde o começo de sua criação.

A UNCITRAL é responsável, lembra Cachapuz de Medeiros, pelas regras de arbitragem adotadas em 1998 e destinadas, principalmente, à resolução de litígios que envolvam contratos comerciais e particulares, e pela Lei Modelo da UNCITRAL (LMU) sobre arbitragem comercial internacional, aprovada em 1985, dispondo sobre as controvérsias mercantis em que os Estados sejam parte.

Feito esse brevíssimo esboço, importa tratar de questões ainda não resolvidas e que, certamente, apresentarão grandes dificuldades, quando se cuidar de uma possível interseção entre a arbitragem e o Direito da Concorrência.

1.4 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

A distinção entre arbitrabilidade subjetiva e objetiva decorre dos próprios termos da Lei 9.307/96, que, em seu art. 1.º, diz quem pode se submeter à arbitragem e que bens podem ser suscetíveis a essa forma de justiça privada, quando em litígio seus detentores: “As pessoas capazes de contratar” [*arbitrabilidade subjetiva*] “poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” [*arbitrabilidade objetiva*].¹⁸

O conceito de arbitrabilidade subjetiva toma de empréstimo ao Direito Civil a noção de capacidade de contratar, referindo-se a todas as pessoas, físicas, jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado. O Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público e quando se reveste da qualidade de pessoa jurídica de Direito Privado, projetando-se nas empresas públicas e nas socie-

¹⁷ Nas palavras de Alejandro GARRO, essa convenção constitui um dos maiores êxitos em matéria de tratados multilaterais que facilitam a resolução de conflitos de direito privado. Mais de 115 países a ratificaram. Arbitraje comercial internacional en las últimas décadas: aciertos y desaciertos, no I Seminário... cit., p. 33.

¹⁸ Confira-se LEMES, Selma, op. cit., p. 116.

dades de economia mista, possui capacidade legal para assumir responsabilidades, direitos e obrigações, podendo, portanto, contratar com particulares.¹⁹

Os contratos celebrados pela Administração Pública com particulares possuem a natureza de *contrato administrativo*.²⁰ Para Hely Lopes Meirelles, “contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.²¹

O sentido atribuído à expressão Administração Pública, “no aspecto subjetivo representa”, diz Selma Lemes, “todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas de Direito Público interno, consoante definido no art. 41 do Código Civil em vigor (Lei n. 10.406, de 10.01.2002): a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas pela União, Estados da Federação e Municípios, na forma de sociedades de economia mista e empresas públicas, que são consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado”.²²

Sem maiores aprofundamentos, deduz-se que se o Estado, personificado na Administração Pública, e suas entidades, podem contratar, despendo-se de parte de suas prerrogativas, eles podem também transacionar no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, categoria de bens sobre a qual os detentores têm liberdade de dispor.

O fator *arbitrabilidade objetiva* diz respeito à identificação da categoria de bens cuja discussão ou controvérsia poderia ser submetida à arbitragem.

Há que se ter presente, todavia, que quando a Administração Pública celebra um contrato administrativo, ela o faz com vista à realização de um

¹⁹ Idem, p. 42. Veja-se, mais adiante, o conceito de arbitrabilidade segundo a doutrina francesa.

²⁰ Pode-se dizer que é administrativo um contrato submetido não às regras do Direito Privado, mas às regras do Direito Público.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214.

²² LEMES, Selma, op. cit., p. 40. Obs.: Todas as vezes que se mencionar, neste estudo, “Hely Lopes Meirelles” ou “Meirelles,” considere-se a edição de 2008, com as atualizações feitas pelos autores citados.

interesse público específico, residindo nesse fator o mais importante elemento caracterizador desse tipo de contrato.²³ Os administrativistas afirmam tratar-se de “um conceito elástico de difícil precisão”,²⁴ envolvendo “certa dose de discricionariedade, pois [a decisão estatal] consiste na escolha de um entre vários interesses concorrentes”.²⁵

Não obstante as dificuldades apontadas pela doutrina, pode-se compreender o interesse público como “(...) o que representa a esfera de necessidade a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um de seus membros”.²⁶

O Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta, diz Selma Lemes, uma classificação das atividades da Administração Pública de acordo com a natureza do interesse público. Entende ele que as funções exercidas pelo Estado podem ser consideradas como “atividades-fim” e “atividades-meio”. Aquelas – as atividades-fim – seriam as funções desempenhadas pelo Estado para a satisfação dos interesses públicos primários, que são referidos às necessidades dos administrados, e desempenhadas pela Administração Pública externa. E estas – as atividades-meio – destinam-se a operacionalizar os interesses institucionais do Estado, respeitantes aos seus atos, pessoas e serviços, objetivando a satisfação dos interesses secundários ou instrumentais e são exercidas pela Administração Pública Interna.²⁷

Para realizar as atividades-fim, o Estado protege interesses de grande relevância para a sociedade, como aqueles ligados ao bem-estar, à saúde e à segurança, classificados como afetos ao “*interesse público*”.²⁸

²³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 159, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 43.

²⁴ Cf. LEMES, Selma, op. cit., p. 125 e ss.

²⁵ SALLES, Carlos Alberto de. A definição do interesse público. In: *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p. 79, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 126.

²⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. reimp. Lisboa: Almedina, p. 35, v. II, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 128.

²⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 112, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 130-131.

²⁸ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 225-226, apud LEMES, Selma, op. e loc. cit.

Hely Lopes Meirelles refere-se ao *princípio da supremacia do interesse público* ou *da finalidade pública*, que o art. 2.º, *caput*, da Lei 9.784/99 chama de *interesse público*, colocando-o como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, correspondendo ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei” (art. 2.º, parágrafo único, II).²⁹

Referindo-se a esse mesmo *interesse público*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que os interesses tutelados “são considerados supremos e indisponíveis”. Observa, contudo, que “essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização”. Afirma que “a indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal”. Para a realização das *atividades-meio*, porém, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada, recaindo sobre os “*interesses públicos derivados*”, acrescentando que, para atuar nessa órbita, a Administração precisa obter autorização constitucional genérica, na forma dos arts. 18, 37, *caput* e, às vezes, autorização legal (por exemplo, aquela referida nos arts. 49, I, XVI e XVII da Constituição vigente).³⁰

Prosseguindo em seu raciocínio, Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica os interesses públicos em “primários” e “secundários”,³¹ classificação também adotada por Hely Lopes Meirelles, que afirma a necessidade de se distinguir “o *interesse público primário*” do “*interesse público secundário*”.

“O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro.”³²

A conclusão a que chegam Selma Lemes e Hely Lopes Meirelles é de que a matéria relativa aos interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais, pode ser submetida à arbitra-

²⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 105, com os destaques no original.

³⁰ Cf. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações...* cit., p. 226, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 131. Os destaques constam no original.

³¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações...* cit., p. 226, apud LEMES, Selma, op. e loc. cit.

³² MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 254.

gem.³³ A propósito, Meirelles afirma: “Se é verdade que ‘na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’, ‘enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe’, a Lei n. 9.307/96 permitiu expressamente a *todas as pessoas capazes de contratar* (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais. Autorização legal, portanto, existe. Facultativa é a sua utilização. Somente nos contratos de concessão e permissão de serviço público torna-se obrigatória a inserção de cláusula que disponha expressamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais (Lei 8.987/95, art. 23, XV)”.³⁴

2. Direito da Concorrência

2.1 Conceito

O Direito da Concorrência é formado por um conjunto de normas, regras, princípios e instituições destinado a apurar e a reprimir as infrações contra a ordem econômica, assegurando o exercício da livre-iniciativa e o respeito aos princípios constitucionais aplicáveis às atividades econômicas.

Esse conceito, calcado na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, contempla as normas, as regras e os princípios constitucionais inseridos no Capítulo I do Título VII da Constituição vigente e a legislação infraconstitucional destinada a densificá-los e a conferir-lhes eficiência e aplicabilidade. Alguns desses princípios estão inseridos, sob a denominação de “ditames constitucionais”, no art. 1.º da Lei 8.884/94.³⁵ E andou bem o legislador, pois nem todas as proposições enumeradas no *caput* do art. 1.º daquela lei estão revestidas da característica de “princípios”. É o que ocorre com a “livre-iniciativa”, *fundamento* da República, por força do disposto no inciso IV do art. 1.º, e no *caput* do art. 170 da Constituição. A “repressão aos abusos do poder econômico”, que é classificada como *parágrafo* 4.º do

³³ Cf. LEMES, Selma, op. cit., p. 131-132; MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 254 e ss.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255.

³⁵ O art. 1.º da Lei 8.884/94 diz: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

art. 173 da Constituição, também não possui mais a natureza de princípio constitucional.

A Lei 8.884/94 constitui o diploma legal básico da proteção à livre concorrência, além de trazer a importante transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em autarquia, com todo o séquito de valorização que a Instituição passou a usufruir: personalidade jurídica, capacidade de estar em juízo, de requerer ao Poder Judiciário a execução de suas próprias decisões, de celebrar convênios, autonomia administrativa, e muitas outras atribuições previstas no art. 7.º da lei, além da competência para decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica e para definir as medidas necessárias para a sua cessação.

O CADE, a Secretaria de Direito Econômico – SDE –, entidade criada no âmbito do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE –, do Ministério da Fazenda, representam as instituições referidas no conceito antes proposto e compõem, junto com as leis de regência, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Aquelas instituições são as responsáveis pela adequada aplicação da Lei 8.884/94, vale dizer, pela apuração e pela repressão às infrações contra a ordem econômica.

Importa chamar a atenção para o fato de que aquela lei não se restringe à defesa da concorrência, o que permite reafirmar seu caráter instrumental, destacando-se a necessidade de se considerar, na sua aplicação, a defesa da *ordem econômica*, principalmente o respeito aos princípios constitucionais enumerados no art. 170 e classificados como “princípios aplicáveis às atividades econômicas”.

Foi dito, no conceito proposto, que esse conjunto de princípios, regras e instituições deve assegurar a livre-iniciativa, que, para ser exercida, não obstante o matiz liberal, precisa de um arcabouço legal bem-definido. Sob esse ângulo, a liberdade de empreendimento, entidade definidora da *ideologia adotada no ordenamento constitucional*,³⁶ configura um direito *subjetivo* dos agentes econômicos, à disposição dos quais se encontra aquele conjunto de regras, de princípios, de leis e de instituições que se propõe denominar

³⁶ Credita-se ao Professor Washington Peluso Albino de Souza a criação dessa expressão, entendida como um “conjunto harmônico de princípios” inspiradores da vida social, os quais, consagrados pela ordem jurídica, configuram a ideologia constitucionalmente adotada. Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 32, 49 e 53.

Direito da Concorrência. Esse sub-ramo do Direito, enquanto composto por um corpo de regras, princípios e instituições, representa o aspecto *objetivo* do Direito da Concorrência.

Outra peculiaridade da Lei 8.884/94 consiste na atribuição à *coletividade* da titularidade dos bens jurídicos por ela protegidos, conforme consta no parágrafo único de seu art. 1.º. Não se cuida, assim, de proteger apenas os interesses dos agentes econômicos, enquanto credores do direito à livre-iniciativa, pautada pelas regras do Direito da Concorrência. Trata-se também da defesa de toda a sociedade, enquanto consumidora e usuária de bens e serviços, aos quais quer a lei tenha ela acesso, como imposição do direito à saúde, à moradia, à educação, à dignidade, enfim. Para tanto, devem ser apuradas e reprimidas quaisquer distorções que ocorram nos mercados, pois os abusos do poder econômico e outras práticas infrativas da livre concorrência repercutem negativamente no poder de compra dos consumidores, restringindo-lhes, muitas vezes, o acesso a bens e serviços de primeira necessidade.

Tendo em vista o comprometimento do Direito da Concorrência, tal como positivado no ordenamento jurídico brasileiro, com a defesa dos consumidores, com a função social da propriedade e demais princípios informadores da ordem econômica, pode-se compreendê-lo como um sub-ramo do Direito Econômico, posição aceita por inúmeros doutrinadores.³⁷

2.2 *Aplicabilidade do direito da concorrência. Evolução legal*

Diz o art. 15 da Lei 8.884/94 que ela se aplica “às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

³⁷ Confira-se VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 264 e ss. Mais recentemente, o Prof. Gérard Farjat usou a seguinte expressão: “Un regard distancé permet une première observation: *le droit économique contemporain de la concurrence* nous est apparu aussi riche en ‘instruments’ juridiques que l’ordre public économique qui, il y a près d’un demi-siècle, était essentiellement constitué par l’intervention de l’État” (Observations sur la dynamique du droit de la concurrence. *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2006. p. 3-4, sem destaques no original).

A submissão das entidades *estatais*, aí compreendidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista ao regime da Lei de Defesa da Concorrência, constitui um avanço que, a meu ver, tem origem em uma mudança constitucional. As constituições de 1946³⁸ e de 1967, com a redação da EC 1/1969, privilegiavam a “repressão ao abuso do poder econômico”. A Carta Política de 1967, no inciso I do art. 157, tratava da “liberdade de iniciativa” e, no inciso V, vinha a “repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros”. Na EC 1/69, os incisos I e V do art. 169 reproduziam os mesmos preceitos. Importa destacar que nesses princípios informadores da ordem econômica então vigente privilegiou-se a “repressão”, ocorrendo mudança importante na Constituição de 1988, que elevou a “livre concorrência” à classe de *princípio* aplicável às atividades econômicas (art. 170, inciso IV), relegando a *repressão* à categoria de *parágrafo* do art. 173.³⁹

Uma consequência importante decorreu da localização da “repressão ao abuso de poder econômico” como parágrafo do art. 173, pois este artigo trata, exatamente, de entidades estatais que explorem atividade econômica, determinando, em razão de tal fato, a aplicabilidade a elas da Lei 8.884/94.

³⁸ As Constituições de 1934 e de 1937 continham dispositivos referentes à defesa da economia popular, enquanto o art. 148 da Constituição de 1946 inaugurava as expressões “repressão aos abusos do poder econômico” que visassem ao domínio dos mercados nacionais, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, revelando nítida tendência de proteção da economia do País contra eventuais investidas de empresas estrangeiras, com as quais as nacionais não tinham condição de competir em igualdade de condições. O art. 148 da Constituição de 1946 está na origem da Lei 4.137/62.

³⁹ O art. 173 determina que, com exceção dos casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme a lei definir. Segundo o disposto no § 1.º, o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços será estabelecido em lei, que disporá (nos termos do inciso I) sobre sua função social e as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; e, nos termos do inciso II, impõe a sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. O § 4.º do art. 173 determina: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Por essa razão, certamente, o art. 15 da Lei 8.884/94 incluiu, em seu campo de aplicação, as entidades estatais que explorem atividade econômica, já que estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, trabalhistas e tributários. E mais, é inconcebível que o parágrafo de um artigo não se refira às entidades e às instituições de que trata o *caput* do respectivo texto legal.

Não houve, como afirmam alguns, um “cochilo” do constituinte, ao colocar, segundo dizem, uma regra de repressão ao abuso do poder econômico como parágrafo de um artigo que trata do regime das empresas estatais. A meu ver, isso foi proposital, com o objetivo de submeter também aquela categoria de agentes econômicos ao império da lei de defesa da concorrência. A Lei 8.884/94, que viria a ser promulgada seis anos depois, incorporou aquela diretriz e deu-lhe aplicabilidade, na forma do art. 15.

Houve um tempo, no Brasil, em que as entidades estatais que exploravam atividade econômica em regime de competição com as empresas privadas se agigantaram e muitas delas passaram a adotar condutas abusivas e mesmo predatórias, em relação aos agentes econômicos privados, menos capitalizados e desprovidos de informações privilegiadas que as políticas econômicas públicas lhes proporcionavam em primeira mão. Em um período de alta da inflação, o conhecimento das diretrizes públicas de natureza econômica beneficiava as empresas estatais, permitindo-lhes adotar estratégias inalcançáveis para suas concorrentes da iniciativa privada.

Sob a égide das Leis 4.137/62 e 8.158/91, não havia respaldo legal para que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência usasse os instrumentos legais para apurar e, muito menos, reprimir algumas condutas abusivas das entidades estatais. Empresas ligadas ao setor de mineração e outros, não explorados em regime de monopólio, desencadeavam uma competição predatória com empresas privadas menores, acabando por absorvê-las, concentrando enorme poder econômico, mas as leis vigentes até então não previam a possibilidade de imputação de práticas restritivas da concorrência às entidades estatais que exercessem atividades econômicas. Por essas razões, aquelas alterações constitucionais e infraconstitucionais – decorrentes do parágrafo 4.º do art. 173 da CF/88 e do art. 15 da Lei 8.884/94 – representaram uma evolução significativa, no sentido de se aprimorar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Atualmente, algumas leis que criaram as Agências Reguladoras atribuem a essas entidades competência para apurar e denunciar ao SBDC práticas significativas de distorção da livre concorrência incorridas por empresas

de economia mista e por aquelas que explorem, em regime de concessão, certas atividades, ou prestem serviços em setores importantes, tais como petróleo, mineração, telecomunicações, telefonia e outros. Pode-se afirmar que a coletividade dispõe, atualmente, de um número de instrumentos mais expressivo do que antes para a defesa de seus interesses.

Normas legais, outrora dificilmente aceitáveis, passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, despindo o Estado de algumas funções e prerrogativas que não eram exercidas em função do interesse público e que agora, realizadas por agentes econômicos privados, ou submetidas certas entidades estatais aos princípios de defesa da ordem econômica, servem melhor à coletividade.

3. Levantamento de questões

3.1 Perfil das duas instituições

Apresentadas algumas características da arbitragem e do Direito da Concorrência, retoma-se a indagação feita no início, sobre a possibilidade de se levar questões antitruste à solução arbitral. Para a construção desse raciocínio, podem-se comparar algumas características das duas instituições jurídicas.

A arbitragem tem, por lei, a finalidade de decidir litígios apresentados por pessoa capaz, e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. O Direito da Concorrência tem como escopo a defesa da ordem econômica, apurando e reprimindo distorções praticadas por agentes econômicos nos mercados.

A Lei de Arbitragem não possui, para a sua aplicação, uma corte, um juízo ou um tribunal fixo. Existem, não obstante, “cortes de arbitragem”, “tribunais arbitrais”, “câmaras de arbitragem” vinculadas a associações comerciais, a federações de indústrias e outras instituições fisicamente localizadas em endereços certos, e competentes para sediar e proceder a arbitragens. Mas o trabalho dos árbitros – que pode ser apenas um – se desenvolve à medida que surgem os litígios, e eles são convocados caso a caso.

A Lei 8.884/94 é aplicada por uma corte, que pode ser chamada de tribunal, mas no Brasil é denominada “conselho”, CADE, e possui um “plenário” composto por um presidente e seis conselheiros, nomeados pelo Presidente da República, tendo mandato de dois anos. Exige a lei que os conselheiros sejam escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de

idade e sejam portadores de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada (art. 4.º, *caput*, da Lei 8.884/94).

Os árbitros podem ser quaisquer pessoas capazes e que tenham a confiança das partes. Não é preciso que exerçam uma profissão determinada, e sim que observem as mesmas regras de impedimento ou suspeição aplicáveis aos juízes, sendo-lhes atribuídos os mesmos deveres e responsabilidades imputáveis aos magistrados. Outra grande vantagem para as partes é que elas podem escolher como árbitros profissionais especialistas nas matérias que lhes serão submetidas, o que aumenta a possibilidade de uma decisão mais consentânea com a expectativa das pessoas envolvidas.

No CADE os processos são distribuídos pelo Presidente por sorteio, nas reuniões do Plenário (art. 8.º, III, da Lei 8.884/94).

O Tribunal Arbitral atua apoiado pelos serviços de uma Câmara de Arbitragem, que possui funcionários e age de acordo com um regulamento.

O CADE situa-se no sistema operacional do Ministério da Justiça, onde também se acha a Secretaria de Direito Econômico – SDE, a quem compete receber as representações, instruir, oferecer pareceres, opinando pelo arquivamento da representação ou pela conversão da averiguação preliminar em processo administrativo. Conta, ainda, com a colaboração, por meio de estudos econômicos e pareceres técnicos, da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda. O CADE possui uma estrutura administrativa complexa e atua com o assessoramento de uma Procuradoria e das duas secretarias, dotadas, cada uma, de competências extensas, previstas em lei e em seus respectivos regulamentos.

Os árbitros são escolhidos livremente pelas partes interessadas, bem assim as regras de direito que serão aplicadas, respeitando-se a ordem pública e os bons costumes (art. 2.º, § 1.º da Lei 9.307/96). Em geral, cada parte indica um árbitro, e os dois escolhem um terceiro para presidir os trabalhos. Podem elas, contudo, indicar um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, sendo-lhes permitido indicar também os suplentes (art. 13, § 1.º da Lei 9.307/96). Instala-se, assim, via de regra, o *juízo arbitral*. As partes podem estabelecer, em seus contratos, convenção de arbitragem para a solução de litígios deles decorrentes.

O direito aplicável aos que litigam perante o CADE está contido na Lei 8.884/94 e no Código de Processo Civil, subsidiariamente.

As questões sobre condutas infrativas de agentes econômicos podem ser levadas ao CADE ou ao Poder Judiciário. No primeiro caso, a iniciativa

cabe a qualquer pessoa interessada, ou às autoridades de defesa da concorrência, de ofício. A parte *representante* não pode requerer nenhum tipo de indenização perante o CADE, ainda que a representação seja julgada procedente. O pedido deve indicar uma conduta ou um ato – a título exemplificativo, os enumerados no art. 21 da Lei 8.884/94 – que constitua infração à ordem econômica – as situações ou fatos descritos no art. 20 daquela lei – e requerer que a autoridade determine a sua cessação e aplique as penas cabíveis (arts. 23 e ss.). Se o interessado recorrer ao Poder Judiciário, na forma prevista pelo art. 29 da lei antitruste, o juiz pode aplicar a lei de defesa da concorrência e conceder indenização, se for o caso. A decisão do CADE comporta recurso para o juízo federal de primeira instância, obedecendo, tanto à decisão da Autarquia quanto à do Poder Judiciário, aos trâmites da lei processual civil em matéria recursal. Não é preciso que a parte representante esteja diretamente interessada na solução do litígio. O interesse de agir e a legitimidade, exigidos pelo art. 3.º do Código de Processo Civil, foram atribuídos, pelo parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.884/94, à *coletividade*. Ela é a titular dos valores protegidos por aquela lei. O processo administrativo para a cessação de infrações à ordem econômica pode, portanto, ser proposto por qualquer membro da coletividade.

Se as partes, em um contrato, firmarem a convenção de arbitragem, elas se obrigam a recorrer àquela forma de solução de litígios, ficando excluída a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, exceto nas situações previstas na Lei 7.903/96. O laudo arbitral pode impor condenação pecuniária a uma das partes e não haverá recurso da decisão para o Poder Judiciário. Tanto no juízo arbitral quanto na prática da lei antitruste é possível recorrer ao Poder Judiciário para obrigar a parte condenada recalcitrante a cumprir a decisão proferida. No âmbito do CADE a condenação *pecuniária* só pode significar a aplicação de multas, a serem recolhidas a favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 7.347, de 24/07/1985 (cf. art. 84 da Lei 8.884/94). Outras penas estão previstas no art. 24, podendo ser aplicadas cumulativamente com as penas pecuniárias.

O juízo arbitral tem competência para impor as sanções decorrentes do descumprimento do contrato, tais como multas e indenizações.

Aplicam-se, no chamado processo antitruste, tanto quanto no juízo arbitral, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em ambas as instâncias a decisão deve ser fundamentada.

Na SDE e no CADE, se e enquanto a questão estiver na fase das *investigações preliminares*, a parte interessada – caso seja notificada, o que

nesta etapa ainda não é obrigatório – pode requerer o benefício da confidencialidade das informações e dos dados, tais como tabelas de preços, segredos industriais, políticas e estratégias de venda, que reputar sigilosos. Convertida investigação em *processo administrativo*, este será público, com exceção dos documentos sigilosos que a parte tiver de apresentar e para os quais requerer a confidencialidade. As sessões de julgamento dos processos administrativos no CADE são públicas.

Uma das características do juízo arbitral é o sigilo que os *árbitros* são obrigados a manter em relação ao objeto do litígio. No âmbito do antitruste, a notícia de que uma empresa está sendo processada por alguma infração à ordem econômica costuma prejudicar a sua imagem, principalmente quando possui capital aberto e tem ações negociadas em bolsas de valores.

A sigilosidade é considerada uma das maiores vantagens da arbitragem, ao lado da celeridade da instrução processual, da especialização dos árbitros e da rapidez da decisão. É de seis meses, em média, o prazo para os árbitros proferirem a sentença arbitral, caso outro não seja estipulado pelas partes.

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece prazos para a realização das *averiguações preliminares*, etapa em que a SDE promove a instrução processual, com ou sem os pareceres da SEAE. Apesar dos esforços de todas as autoridades antitruste, raramente os prazos são obedecidos. A Lei 8.884/94, em seu art. 40, diz que “as averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos”.

O CADE, dotado da natureza jurídica de autarquia federal, tem sede em Brasília – DF e possui jurisdição em todo o território nacional. O juízo arbitral pode instalar-se em qualquer cidade, em qualquer país.

Entre as características enumeradas, algumas são comuns às duas instituições, outras se apartam. A questão que se apresenta é a de saber se as infrações previstas pela Lei 8.884/94 (cf. arts. 20 e 21) poderiam ser submetidas à arbitragem. Importa indagar se a matéria, ou os valores jurídicos protegidos pelo SBDC, poderiam também ser protegidos e efetivados mediante arbitragem. Não existem, ao que se sabe, precedentes no Direito Brasileiro, embora, *en passant*, alguns arbitralistas, ao discorrerem sobre a arbitragem, se refiram à possibilidade do recurso a essa jurisdição para solucionar questões antitruste. No Direito de outros países há casos confirmados.

3.2 Identificação da matéria objeto do litígio

Foi dito antes que poderiam ser submetidas à arbitragem, quando se tratasse de contratos administrativos, as questões referidas a *interesse público secundário*. Nessa expressão estariam compreendidas as controvérsias que versassem sobre direitos patrimoniais da Administração. Os administrativistas consultados concordam com essa hipótese, conforme visto linhas atrás. Selma Lemes dedicou ao tema importante obra, pioneira no País, pela riqueza de argumentos científicos, de referências ao Direito Comparado e pelas fartas demonstrações jurisprudenciais favoráveis. Hely Lopes Meirelles transcreve trecho de Cláudio Vianna de Lima, enaltecendo as vantagens da arbitragem na solução de controvérsias jurídicas:

“a) possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio; b) desafoga o Poder Judiciário, resguardando-o para atuar nas demandas que lhe são próprias; c) tende ao ideal de pronta justiça do caso; d) promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação”.⁴⁰

É fora de questão que, mesmo nos contratos administrativos, em que a Administração tem o dever de procurar realizar o interesse público – desde que não se trate do interesse público primário –, as inúmeras leis que vêm sendo promulgadas têm previsto a opção pela justiça arbitral.

Entre esses diplomas legais estão, inicialmente, a Lei 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços (com as alterações da Lei 9.648, de 27/05/1995), constituindo o “marco regulatório das concessões públicas brasileiras na esfera federal, na linha do que preceitua o art. 175 da Constituição Federal [...]”.⁴¹

Hely Lopes Meirelles⁴² e Selma Lemes⁴³ apontam a Lei 11.079, de 30/12/2004, que instituiu as normas gerais para a licitação e a contratação de parceria público-privada – PPP e autorizou o contrato de PPP a prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em Língua Portuguesa, nos termos da

⁴⁰ LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões, *RDA* 209/91, apud MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255. Confira-se, no Cap. 4, a noção de “competência *ratione materiae*”.

⁴¹ LEMES, Selma, op. cit., p. 46.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255.

⁴³ LEMES, Selma, op. cit. p. 46-47.

Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato (art. 11, III)”.

A Lei 11.196, de 21/11/1995, que alterou a Lei de Concessões (Lei 8.987/95), lembra Hely Lopes Meirelles, incluiu o novo art. 23-A, cuja redação é idêntica à da Lei de PPPs, prevendo o emprego da arbitragem nos contratos de concessão comum.⁴⁴

O objetivo de se registrar a admissão progressiva da arbitragem nos contratos administrativos é acompanhar a evolução doutrinária, jurisprudencial e legal, em tema envolvendo interesse público. Já se viu que as entidades estatais passaram a ser submetidas à Lei de Proteção da Concorrência e é possível que, com o tempo, se possa admitir a incidência da arbitragem no antitruste. Seriam os obstáculos intransponíveis?

A ordem econômica, que a Lei 8.884/94 tem como escopo proteger, abriga em sua composição grande complexidade de regras e de princípios destinados a conformar o exercício da atividade econômica a valores como a dignidade humana e a justiça social. Os fundamentos da ordem econômica são a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa. Quando se raciocina sobre a *finalidade* da Lei 8.884/94, pode-se ver que o seu objetivo não é apenas a defesa da livre concorrência, um dos princípios, entre os nove enumerados como aplicáveis às atividades econômicas.⁴⁵ O artigo inaugural daquela lei está assim redigido:

“Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único – A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

A coletividade é titular daqueles ditames constitucionais enumerados, que são a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255-257, registrando que o STJ, no REsp 606.345, decidiu ser plenamente viável o uso de arbitragem pelas sociedades de economia mista se o contrato envolver atividade tipicamente econômica.

⁴⁵ Confira-se, no art. 170 da Constituição vigente, seu *caput* e princípios, a complexidade de diretrizes estabelecidas para o exercício das atividades econômicas.

econômico, que o parágrafo único do art. 1.º classifica como “valores constitucionais”. Qual seria a sua natureza?

Pode-se tentar agrupar aquelas proposições segundo certos graus de “parentesco”, que permitem vislumbrar a verdadeira natureza daqueles valores, ali estipulados pelo legislador um tanto aleatoriamente, para ser objeto de proteção por um único diploma legal.

A liberdade de iniciativa constitui a moldura de um conjunto de prerrogativas de cunho liberal que, ao lado da garantia da propriedade privada, permitem o exercício da atividade econômica. Para que exista liberdade de iniciativa é preciso que haja propriedade privada. A livre-iniciativa, na categoria de valor juridicamente reconhecido, data da Revolução Francesa de 1789, quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pretendeu proclamar uma sociedade política fundada na liberdade, e se traduzindo, no domínio da atividade econômica, pela livre empresa, desembaraçada das corporações e das prescrições do poder público, colocando assim em primeiro lugar a liberdade, e em segundo a regulamentação desta.⁴⁶

A liberdade de empresa foi declarada no art. 4.º daquele documento revolucionário, enquanto a propriedade privada veio assegurada no art. 14 da Declaração, passando a constituir dois dos pilares do liberalismo econômico, junto com a liberdade de contratar. Pertencendo à mesma “família”, porém dotada de natureza instrumental e processual, a noção de livre concorrência, na qualidade de instituto jurídico, surgiu, ao mesmo tempo, como uma garantia da livre-iniciativa e como um freio aos excessos dos próprios beneficiários da liberdade de empreendimento.

Segundo o “Relatório Deringer, feito em nome da Comissão do mercado interno tendo como objeto uma consulta solicitada pela Assembléia parlamentar europeia pelo Conselho da [outrora] Comunidade Econômica Europeia sobre um primeiro regulamento de aplicação dos arts. 85 [atualmente 81] e 86 [hoje 82] do Tratado CEE” [Tratado da União Europeia, TUE, nos dias que correm], “a história nos ensina que a liberdade não pode ser preservada a menos que seja protegida contra os ataques do exterior e também contra os abusos de seus próprios partidários (...). No que se refere à liberdade econômica, o perigo de abuso consiste principalmente

⁴⁶ Cf. DRAGO, Guillaume. Pour une définition positive de la liberté d’entreprendre. *Les libertés économiques*. Paris: LGDJ Diffuseur. Éditions Panthéon-Assas, 2003. p. 30, tradução livre.

em ver esta liberdade se autodestruir pelas concentrações e a formação de monopólios”.⁴⁷

O terceiro elemento da “família” proposta se revela, na forma da figura do abuso do poder econômico, atualmente entidade integrada no Direito da Concorrência como uma das modalidades de infração à ordem econômica.

A “função social”, outro “ditame constitucional”, vem temperar o matiz capitalista liberal da ordem econômica, segundo o qual a propriedade seria um direito absoluto, inalienável, intangível. Enquanto princípio da ordem econômica, a função social se refere à empresa, que é a forma de dinamização das propriedades. Atualmente, condicionamentos de natureza vária incidem sobre as prerrogativas detidas pelo titular da propriedade, no sentido de usar, gozar e dispor de seus bens como lhe aprouver. São injunções ditadas pelas limitações de construir, de explorar os recursos naturais, e outras decorrentes do próprio exercício da atividade empresarial, a exemplo das normas de segurança, de ordem pública e de defesa do consumidor.

Último elo da cadeia produtiva, a figura do consumidor quase nunca era lembrada pelo legislador. Na Constituição de 1988 ganhou status de *sujeito* protegido,⁴⁸ um moderno Código para a sua defesa e passou a ser parte importante do raciocínio antitruste. O respeito aos interesses do consumidor é sempre levado em consideração na análise de condutas e de atos de concentração por parte do SBDC.

Cada um desses ditames constitucionais componentes dos valores jurídicos protegidos pela lei antitruste possui uma origem, uma natureza distinta, sendo todos vocacionados à realização dos fins da ordem econômica. E como se poderia analisar o peso desses valores e sua importância, em face dos interesses públicos secundários presentes em certos contratos administrativos e que podem ser objeto de arbitragem?

Se se considerar apenas a livre concorrência, porém englobando aqueles valores que deve proteger, vê-se que sua titularidade foi atribuída pelo

⁴⁷ DERINGER, A. Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet une consultation demandée par l’Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d’application des articles 85 e 86 du Traité de la CEE, apud SIBONY, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2008, p. 76. Nota 134 (tradução livre da autora).

⁴⁸ Confirmam-se os arts. 5.º, XXXII, 170, V, e a Lei 8.078/90, entre outros textos legais.

legislador à coletividade. Dentro desse raciocínio encontram-se algumas injunções legais que devem ser observadas durante o processo de apuração de infrações. É cediço que, a partir da instauração de um procedimento administrativo, quando iniciado por meio de representação de uma parte, mesmo que o representante o queira, até por ter atingido o objetivo desejado, vale dizer, a modificação do comportamento do representado, a cessação de uma prática predatória, de uma recusa de venda, ou a criação de qualquer dificuldade injustificável no mercado, a parte prejudicada não pode desistir da representação. Esta prossegue, até decisão final, impulsionada pelas próprias autoridades de defesa da concorrência.

São essas autoridades as defensoras da coletividade, encarregadas de fazer cessar eventuais distorções nos mercados. Ainda que um membro dessa mesma coletividade – um agente econômico, como no exemplo dado – desista de prosseguir na ação, por ter obtido a satisfação de seu direito individualmente considerado, as autoridades antitruste assumem a defesa daquela entidade e conduzem o processo até a decisão final.

Pode ocorrer, no entanto, que no curso de um processo, em qualquer fase, ocorram transações, ou atos processuais com a natureza de transações, como o termo de compromisso de cessação de uma conduta. Eis o que dispõe o art. 53 da Lei 8.884/94:

“Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação de prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.”

Essa prerrogativa, que representa uma espécie de composição amigável de litígio, pode ser exercida apenas pelo CADE, ou poderia, sem se deixar de atentar para a defesa dos interesses da coletividade, ser delegada à arbitragem?

O que se questiona é se o juízo arbitral poderia assumir, em certos casos, a defesa de um bem quase imaterial, aplicando a lei de defesa da ordem econômica, não obstante a natureza de instituição jurídica atribuída à livre concorrência, com vantagem para a coletividade.

4. A experiência do Direito Comparado

A questão não é novidade no Direito Francês e comunitário europeu, de modo geral. Uma longa discussão sobre a arbitrabilidade de litígios

em matéria de concorrência é conduzida pelo Professor Habib Kazzi, da Universidade Paul Cézanne-Aix Marseille, em sua recentemente defendida tese de doutorado.⁴⁹ O autor dedica parte de sua obra, na Seção 2 do Capítulo II, denominada “Le contrôle de l’institution arbitrale”, à discussão sobre a possibilidade do emprego da arbitragem nas questões concorrenciais. Alguns trechos merecem ser conferidos.

Habib Kazzi oferece o seu conceito de arbitrabilidade, afirmando que o termo apareceu recentemente na literatura jurídica. A arbitrabilidade, afirma, é uma condição da validade da convenção de arbitragem, da qual depende a competência *ratione materiae* do árbitro. Ela é considerada igualmente, prossegue, como uma condição de reconhecimento e de execução da sentença arbitral. Esta noção designa a aptidão de uma matéria ou de uma questão a ser julgada pela via da arbitragem. A arbitrabilidade traça, assim, as limitações de ordem pública trazidas por cada Estado à arbitragem em função de valores sócio-econômicos que ele entende preservar.⁵⁰

Em matéria de arbitrabilidade, acentua Habib Kazzi, a questão preliminar e essencial que coloca a ordem pública se relaciona à estrutura e ao laço que o Direito da Concorrência mantém com a justiça e os órgãos estatais.⁵¹ Partindo-se dessa perspectiva é que se pode analisar a aceitação progressiva em direito positivo de arbitrabilidade do Direito da Concorrência,

⁴⁹ KAZZI, Habib. *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et de concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 656p. Já na Introdução, o autor, com apoio em Frédéric Jénny, afirma, depois de referir-se à pluridisciplinaridade do Direito da Concorrência e às dificuldades de sua classificação, situando-o numa zona cinzenta, entre o público e o privado, e de sua aplicação extraterritorial: “L’embarras est d’autant plus grand que le contexte dans lequel ces relations s’insèrent est très évolutif et incertain. De surcroît, le contentieux de la concurrence entraîne une intervention et une communication tripartite, aussi riche que complexe, entre les autorités régulatrices du marché, l’arbitre et le juge judiciaire” (p. 41). “O embaraço é tanto maior quanto o contexto no qual essas relações se inserem é evolutivo e incerto. Ademais, o direito da concorrência acarreta uma intervenção e uma comunicação tão rica quanto complexa, entre as autoridades reguladoras do mercado, o árbitro e o juiz judiciário” (tradução livre).

⁵⁰ Cf. KAZZI, Habib, op. cit., p. 128, tradução livre.

⁵¹ Idem, ibidem.

que se operou por meio de uma metamorfose da concepção de ordem pública em matéria de arbitrabilidade.⁵²

Nessa linha de evolução, que ocorreu no Brasil tanto pela submissão de entidades estatais ao Direito da Concorrência quanto dos contratos administrativos à arbitragem, embora por diferentes razões, é que o raciocínio ora desenvolvido procura se sustentar.

Observa Habib Kazzi que “de uma concepção *monista*, em que a justiça estatal era considerada como o único órgão de aplicação do Direito da Concorrência, passou-se a uma concepção *pluralista* que testemunha a explosão do monopólio do Estado na prática das regras de ordem pública da concorrência sobre o plano civil. Admitida a arbitrabilidade, tratar-se-á de examinar o alcance das restrições que lhe são impostas pelo Estado”.⁵³

Habib Kazzi critica ainda o sistema monista, “que vê no Estado o único órgão de criação e de aplicação do direito; [segundo o qual] apenas a jurisdição do Estado detém o monopólio da força e da sanção jurídicas”.⁵⁴

Sob outros aspectos, prossegue o autor citado, “o sistema monista é criticável também em razão de suas conseqüências. Por um lado, ele conduz a uma confusão quanto ao papel da ordem pública em matéria de arbitrabilidade em razão da intervenção da ordem pública tanto no nível da convenção de arbitragem quanto no nível da sentença arbitral.⁵⁵ Por outro lado, a via adotada tanto pelo sistema francês quanto pelo sistema americano deixa o

⁵² Cf. KAZZI, Habib, op. e loc. cit., tradução livre.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Sobre essa distinção Kazzi se reporta a ANCEL (P), Convention d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables, J.-Cl. Proc. Civ. Fasc. 1024, 1986, n. 6 et s. “La thèse moniste repose sur une confusion des deux modes d'intervention de l'ordre public. L'arbitre peut statuer sur la validité d'un accord ou d'une convention au regard des règles de concurrence mais uniquement pour vérifier sa compétence. Si l'accord est licite, l'arbitre pourra juger le fond du litige. En cas d'infraction aux règles d'ordre public, l'arbitre devra se déclarer incompétent. Or, ce n'est qu'après l'examen au fond du litige que l'arbitre pourra constater cette violation, alors que l'examen suppose que l'arbitrabilité soit admise. Ainsi, la validité du compromis dépend paradoxalement de la solution du litige envisagé, et il faudra attendre que la sentence soit rendue pour conclure si le litige sera arbitral. Cette situation entraîne donc une confusion sur le rôle de l'ordre public dans la sentence arbitrale et la convention d'arbitrage” (KAZZI, op. cit., p. 129, nota 425).

caminho aberto a manobras dilatórias, tendo por objetivo, seja o desvio das prescrições de ordem pública, dependentes do direito da concorrência, seja o desvio da instituição arbitral pela introdução, como elemento fictício, da violação do direito da concorrência, para que o árbitro não seja capaz de decidir o litígio que lhe foi submetido pelas partes”.⁵⁶

Na opinião do professor citado, esses comportamentos dilatórios podem afetar a arbitragem antes de se recorrer ao tribunal arbitral,⁵⁷ durante o desenrolar dos procedimentos arbitrais ou bem após a pronúncia da sentença.⁵⁸

No Direito Arbitral Brasileiro as interferências do Poder Judiciário são muito limitadas. As hipóteses previstas no art. 7.º da Lei 9.307/96 e seus parágrafos procuram preservar a arbitragem, mais do que abrir espaço para a participação do juiz. Quase todas as questões processuais surgidas durante o procedimento são remetidas ao tribunal arbitral. Mesmo quando, na forma do art. 33, a sentença arbitral for declarada nula, pelas razões enumeradas no art. 32 (incisos I, II, VI e VIII), o juiz determinará, nas hipóteses dos incisos III, IV e V, que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo.

⁵⁶ Cf. KAZZI, Habib, op. cit., p. 128-129.

⁵⁷ O autor se refere a SAMUEL (A), *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Publication de L’Institut Suisse de Droit Comparé, Zürich, 1989, spéc. p. 189. “Aux États-Unis et en Angleterre, avant d’ordonner le renvoi du litige à l’arbitrage, l’examen effectué par le juge, ne se limite pas, contrairement à la situation présente en droit français, à un contrôle de l’apparence de la convention d’arbitrage ou de la constatation *prima facie* de sa validité. Le juge procède à un examen au fond du litige lui permettant de rendre une décision finale sur la question de l’existence ou de la portée de la convention d’arbitrage. Les avantages que peuvent tirer les parties de cette disposition sont alors évidents” (apud Kazzi, op. cit., p. 129, nota 426). “Nos Estados Unidos e na Inglaterra, antes de ordenar a remessa do litígio à arbitragem, o exame efetuado pelo juiz não se limita, contrariamente à situação presente no direito francês, a um controle da aparência da convenção de arbitragem ou da constatação *prima facie* de sua validade. O juiz procede a um exame de fundo do litígio permitindo-lhe proferir uma decisão final sobre a questão da existência ou do alcance da convenção de arbitragem. As vantagens que as partes podem auferir desta disposição são, nesse caso, evidentes” (tradução livre da autora).

⁵⁸ Anota KAZZI que, contrariamente ao Direito americano, os meios dilatórios intervêm no Direito francês essencialmente por ocasião do controle da sentença arbitral (cf. KAZZI, op. cit., p. 129, nota 427).

Apesar das intervenções do juiz no direito arbitral praticado na União Européia, “a consagração atual da arbitragem dos litígios em matéria de concorrência se justifica na realidade pela notável expansão do comércio internacional e o cuidado de fornecer um mínimo de flexibilidade, de previsibilidade e de segurança jurídica aos operadores económicos”.⁵⁹

A evolução ocorrida em vários sistemas jurídicos atesta a eclosão do princípio geral da arbitrabilidade do Direito da Concorrência.⁶⁰ A consagração da arbitrabilidade dos litígios concorrenciais marca o triunfo da concepção pluralista que está na origem de uma descentralização do poder da sanção civil do ilícito concorrencial e o estouro de seu monopólio por meio de um reconhecimento ao árbitro do poder de se pronunciar sobre essa questão.⁶¹

Essa evolução também marcou uma neutralização da noção de ordem pública, segundo Habib Kazzi. Cada sistema jurídico, prossegue, adotou um caminho, mas no Direito americano e no francês o princípio [da arbitrabilidade do Direito da Concorrência] foi consagrado graças a um mecanismo próprio à ordem internacional conducente à neutralização da função de ordem pública no nível da arbitrabilidade.⁶²

No Direito francês essa neutralização da ordem pública interna obedece a um mesmo raciocínio internacionalista baseado na consideração dos interesses do comércio internacional, mas segundo uma técnica jurídica diferente. A arbitrabilidade resulta, assim, do alcance restritivo da ordem pública nas relações internacionais: é arbitrável tudo que não for contrário à ordem pública internacional.⁶³

No Direito norte-americano a arbitrabilidade do Direito Antitruste suscita outras considerações. O Professor Alejandro Garro lembra algumas questões interessantes, a seguir destacadas.⁶⁴ Até o começo do século passado houve muita desconfiança em relação a esse tipo de “privatización de la justicia”, até que foi sancionada a primeira Lei de Arbitragem do Estado

⁵⁹ Cf. KAZZI, op. cit., p. 129, tradução livre.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem, p. 129-30.

⁶² Cf. KAZZI, op. cit., p. 130.

⁶³ Cf. KAZZI, op. cit., p.131, tradução livre.

⁶⁴ GARRO, Alejandro. “Arbitraje comercial internacional en las últimas décadas: aciertos y desaciertos” in: I Seminário Internacional... cit., p. 32 e ss.

de Nova York, por volta de 1920. Pouco tempo depois, o Congresso dos Estados Unidos promulgou o *Federal Arbitration Act* (FAA), que sobreviveu a várias críticas, tendo a Corte Suprema confirmado a sua constitucionalidade e, na década de 60, “*florece el arbitraje laboral*”.⁶⁵

Um passo importante foi dado, quando, em 1967, a Suprema Corte interpretou o FAA, no caso *Prima Paint*, e decidiu que o acordo de arbitragem sobrevive a toda impugnação de nulidade do contrato que a contém. Esta doutrina judicial, lembra o Prof. Garro, ficou conhecida com o nome de “separabilidad” ou “autonomia” do acordo de arbitragem e foi recepcionada em todas as leis modernas de arbitragem.⁶⁶

Um pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler*⁶⁷ teve a virtude, segundo o Prof. Garro, de deixar claro que, em matéria de arbitragem, não há “vacas sagradas”, já que tampouco são imunes à arbitrabilidade temas nos quais está envolvida a ordem pública, como é a regulação destinada a defender a livre concorrência. Ao se questionar que um tribunal em Tóquio poderia chegar a entender e aplicar como corresponde a legislação federal norte-americana de defesa da livre concorrência, a Corte Suprema decidiu dar aos árbitros a

⁶⁵ Cf. GARRO, Alejandro, op. cit., p. 34.

⁶⁶ Cf. GARRO, op. e loc. cit. KAZZI também se refere a esta regra da “separabilidad”, afirmando ter sido definida pelas Cortes de Apelação Federais nos seguintes casos: *Dickinson v. Heinhold securities, Inc.*, 661 F. 2d 638, 644 (7th Cir. 1981). Para uma aplicação em matéria de arbitragem internacional: *Lack Communications, Inc. v. ICC Corp.*, 738 F. 2d 1473 (9th Cir. 1984) (Cf. KAZZI, op. cit., p. 130). Nesses casos, afirma KAZZI, trata-se de verificar se as questões levantadas exercem uma influência determinante sobre a resolução do litígio. Quando for possível separar essas questões das outras que se referem exclusivamente à execução do contrato, ou a problemas de fato, os tribunais ordenam a suspensão do julgamento dos procedimentos judiciais enquanto estiver pendente o procedimento arbitral e autorizam, em seguida, o árbitro a decidir sobre todas as questões que não sejam relativas ao Direito da Concorrência. O Direito americano ostenta, pois, claramente, conclui KAZZI, toda a sua preferência pela manutenção de uma interpretação uniforme e constante das leis antitruste que apenas o juiz americano pode garantir (Cf. KAZZI, op. cit., p. 130, nota 430, tradução livre).

⁶⁷ Trata-se do acórdão proferido em *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 105 S.Ct 3346 (1985), ao qual KAZZI também se refere, considerando-o “a verdadeira consagração da arbitrabilidade do Direito Antitruste”, proferido pela Suprema Corte em 2 de julho de 1985. Cf. KAZZI, op. cit., p. 130.

oportunidade de julgar a questão, esclarecendo que, no momento de solicitar a execução do laudo nos Estados Unidos, os tribunais terão oportunidade de rever se existiu arbitrariedade manifesta. Mas, em primeira instância, recordou a Suprema Corte, cabe ao tribunal arbitral a quem as partes recorreram dirimir a questão. E essa vontade deve ser respeitada.⁶⁸

Nesse caso controvertido, o raciocínio mantido pela Corte opera-se em dois tempos, afirma Kazzi. Em primeiro lugar, a Corte confirma a presunção de validade da convenção de arbitragem internacional referida a demandas antitruste, em razão da ausência de proibição expressa ou tácita dessa arbitrabilidade pela lei federal sobre arbitragem, ou pelas leis antitruste. Em segundo lugar, prossegue Kazzi, ela consagra a arbitrabilidade das demandas antitruste pelo princípio da cortesia internacional (*international comity*). Esse princípio é fundado na reciprocidade, «*um valor sistemático de cooperação*» e de «*boa vontade*» entre os Estados, evocando, dessa maneira, o reconhecimento mútuo de uma interdependência de seus interesses e a procura de uma conciliação das normas jurídicas opondo as autoridades de cada um deles.⁶⁹

Se a arbitrabilidade das questões antitruste vem conhecendo avanços significativos no plano internacional,⁷⁰ pela adoção do princípio da cortesia internacional, no âmbito interno ela é considerada o fruto de uma evolução inevitável e necessária. Esse processo é considerado irreversível, à medida que se estende à arbitrabilidade interna dos litígios antitruste, pelas seguintes razões, enumeradas por Habib Kazzi, para quem o Direito norte-americano desempenhou papel de precursor. Inicialmente, prossegue, nas transações submetidas ao Direito interno, os árbitros são juristas formados na cultura jurídica americana, estão bastante familiarizados com as particularidades

⁶⁸ Cf. GARRO, Alejandro, op. cit., p. 35, tradução livre.

⁶⁹ Cf. KAZZI, op. cit., p. 130-131, tradução livre da autora. Os destaques encontram-se no original.

⁷⁰ O princípio da arbitrabilidade, em matéria internacional, dos litígios de ordem pública foi claramente afirmado nos acórdãos proferidos nos casos *Ganz* (CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz c/ Sté nationale des chemins de fer tunisiens*, Rev. arb., 1991, p. 478, note L. IDOT); *Labinal c/ Sté Mors et Wesland Aerospace*, JDI, 1993, p. 957, note L. IDOT; DUBARRY (J. C.) et LOQUIN (E), RTD. Comm., 1993. 495; Europe, juillet, 1993, n. 300, note L. IDOT; et *Aplix* (CA, Paris, 14 octobre 1993, *Sté Aplix c/ Sté Velcro*, Europe, avril 1994, n. 155, obs. L. IDOT) (apud KAZZI, op. cit., p. 131, notas 437, 438, 439).

da análise econômica e com os precedentes jurisprudenciais em matéria de Direito Antitruste. Eles estarão assim mais aptos, acrescenta Kazzi, que os árbitros internacionais ou estrangeiros a defender os interesses públicos, tal como concebidos em Direito americano. Em seguida, ainda é Kazzi que afirma, comparando-se com as situações complexas com as quais os árbitros internacionais seriam confrontados (escolha da lei aplicável, conflito entre leis suscetíveis de reger o litígio, aplicação extraterritorial das leis antitruste, etc.), os árbitros decidindo um litígio de Direito interno teriam, ao contrário, muito mais facilidades e segurança na solução desse litígio pela aplicação do Direito Antitruste.⁷¹

Essas considerações se encerram com as observações do Prof. Kazzi, segundo o qual, longe de suprimir o papel primordial dos órgãos especializados, enquanto reguladores do mercado, este processo traduz o cuidado de readaptação, pelo mercado, de uma modalidade dentre outras de que ele dispõe, para assegurar a eficácia da prática do Direito da Concorrência no plano das relações contratuais de Direito Privado.⁷²

5. Conclusões exploratórias

1. O recurso à arbitragem continua ganhando espaço no Brasil. Em uma perspectiva evolutiva, nota-se que até litígios em que é parte o Estado, como nos contratos administrativos – com observância das exceções legais – pode-se recorrer à arbitragem.

⁷¹ Cf. KAZZI, op. cit., p. 131-132. Este autor enumera ainda acórdãos recentes, proferidos pelas cortes norte-americanas, confirmando a arbitrabilidade em Direito interno de litígios incidentes sobre o Direito Antitruste: “*Ngheim v. NEC Electronic, Inc.* 25 F. 3d 1437 (9th Cir. 1994); *Coors Brewing Co. v. Molson Breweries*, 51 F. 3d 1511 (10th Cir. 1995) (apud KAZZI, op. cit., p. 132). São indicados ainda acórdãos que discutem o papel do Estado (a título de exemplo, o acórdão *Cindy’s Candle Co. Inc. v. WNS Inc.*, 714 F Supp. 979 (N.D.III.1989) e relativos a demandas fundadas no *Clayton Act*, no *Sherman Act* e no *Robinson-Patman Act*. O alcance da arbitrabilidade se estende a todas as leis antitruste do Direito federal ou dos estados federados, desde que essas leis ou as normas que elas editam possam ser objeto de uma ação privada por violação ao Direito Antitruste e que elas se destinem a ser invocadas pelo requerente privado nessa ação. Não podem ser objeto de arbitragem os litígios submetidos ao *FTC Act*, que dizem respeito à aplicação do Direito Antitruste pelas autoridades administrativas (Cf. KAZZI, op. cit., p. 132, nota 444, tradução livre).

⁷² Cf. KAZZI, op. cit., p. 133.

2. Evoluiu também o Direito da Concorrência, à medida que passou a incidir sobre entidades estatais.
3. Neste espaço seria impossível realizar o aprofundamento desejável sobre a arbitrabilidade do Direito da Concorrência. Resta comprovado, contudo, que tanto na União Européia, notadamente na França, quanto nos Estados Unidos, questões referentes ao Direito Antitruste podem ser submetidas à arbitragem.
4. Segundo a literatura consultada, a arbitragem de litígios internacionais estendeu-se às controvérsias internas, o que foi considerado uma evolução da concepção pluralista de ordem pública.
5. Questões relativas ao controle da decisão arbitral pelo Poder Judiciário – além dos casos de eventuais nulidades – parecem reforçar a competência dos árbitros, buscando, outrossim, verificar se foi realmente aplicada a lei de proteção da concorrência. Esta seria uma condição de validade da sentença arbitral.

Fica, portanto, apresentado o problema, na expectativa de que possa atrair a atenção de outros estudiosos e chegar-se a uma conclusão sobre a utilidade ou não de sua aplicação no Direito da Concorrência.

Referências bibliográficas

- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982. Collection Études Juridiques Comparatives.
- DRAGO, Guillaume. Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre. In: *Les libertés économiques*. Paris: LGDJ Diffuseur. Éditions Panthéon-Assas, 2003.
- GARRO, Alejandro. Arbitraje comercial internacional en las últimas décadas: aciertos y desaciertos. In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KAZZI, Habib. *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et de concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Intervenção como debatedor no I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SIBONY, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. Common law e direito arbitral: direito consuetudinário sem precedentes? In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VELLOSO, Carlos Mário. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. Conferência Magna. In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Diagramação: *Microart Editoração Eletrônica*