



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

MARIA AUGUSTA ROST

**ARBITRAGEM COMO COMPONENTE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA
DE COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÃO NO BRASIL**

Brasília
2018

MARIA AUGUSTA ROST

**ARBITRAGEM COMO COMPONENTE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA
DE COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÃO NO BRASIL**

Versão original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Brasília

2018

Maria Augusta Rost

**ARBITRAGEM COMO COMPONENTE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA
DE COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÃO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora

Professor Dr. Paulo Burnier da Silveira – UnB – Orientador

Professora Dra. Amanda Athayde Linhares Martins – UnB - Membro

Professor Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira – USP – Membro

Professora Dra. Ana de Oliveira Frazão – UnB – Suplente

19 de fevereiro de 2018.

Aos meus pais, pelo incentivo.

AGRADECIMENTOS

O primeiríssimo agradecimento é destinado ao meu orientador, Paulo Burnier da Silveira. Sou muito grata pela oportunidade, companheirismo e amizade. Aproveito para registrar aqui minha grande admiração por seu brilhantismo acadêmico.

Aos demais Professores que compõe a banca examinadora, Amanda Athayde Linhares Martins, Ana Frazão e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira. Agradeço a disponibilidade e as preciosas contribuições.

Aos meus pais, Janice da Penha Augusto e Pedro Alberto Rost. Cresci com ambos ensinando ao meu irmão e a mim que deveríamos “estudar para ter valor”. O significado dessa oração, hoje, tem outro sentido, qual seja, “estudar para ser livre”. A liberdade é um presente sem igual, de modo que serei eternamente grata.

Ao meu irmão, Pedro Augusto Rost, o meu grande companheiro de vida, aquele com as risadas mais gostosas.

Ao meu marido, Caio Castagine Marinho, pelo amor, companheirismo e compreensão durante a elaboração da pesquisa. Sem o seu suporte nada disso seria possível. Os nossos debates sobre o objeto do estudo certamente guiaram o meu pensamento e engrandeceram o trabalho.

Aos meus professores na Universidade de Brasília e colegas da vida acadêmica e profissional. Agradeço meu amigo e sócio, Ricardo Barretto de Andrade, cujo incentivo e compreensão pelas ausências no escritório foram fundamentais para conclusão do estudo. À amiga e colega, Mariana Mello Lombardi, pelo suporte e atenção na revisão do trabalho.

À Gorgonzola e ao Raimundo, por me fazerem sorrir todos os dias.

RESUMO

O presente estudo trata da arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. O objetivo é apresentar a via arbitral como adequada ao *enforcement* privado das regras de direito da concorrência e efetiva para reparação dos danos da Administração Pública nos casos de cartéis em licitação. O estudo foi dividido em três partes que tratam da (i) viabilidade da arbitragem na persecução privada; (ii) da disponibilidade desse mecanismo de resolução de disputas à Administração Pública; e (iii) da efetividade da arbitragem para reparação dos danos decorrentes dos cartéis em licitação pública. Verificou-se que a arbitragem contribui para o aumento do *enforcement* privado com maiores chances de viabilizar a reparação de danos derivados de cartéis e, com isso, aumentar a dissuasão da prática desse ilícito. Concluiu-se que é imprescindível que o administrador público analise as vantagens da arbitragem para a escolha dos métodos de resolução das disputas no âmbito das contratações administrativas. Foram consignadas, ainda, propostas de inclusão de cláusula compromissória nos editais de licitação; de incentivo à arbitragem, mediante a redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa do agente cartelizado que reparar o dano na via arbitral; e de previsão expressa de que a interrupção da prescrição da ação reparatória, proposta em medidas regulamentares e legislativas, também se aplica à arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito da concorrência. Cartéis. Administração Pública. Licitação pública. Reparação de danos. Política pública.

ABSTRACT

This study deals with arbitration as a component of a public policy to fight cartels in public procurement in Brazil. The goal is to present arbitration as an adequate instrument for private enforcement of competition law and as an effective tool for Government redress in cases of cartels in public procurement. The study was divided into three parts, (i) the possibility to arbitrate; (ii) the arbitrability of the dispute involving the Brazilian Government; and (iii) the effectiveness of arbitration for redress of the damage resulting from cartels in public procurement. The research found that arbitration enhances private enforcement providing better chance for redress and optimal deterrence. We also found that it is imperative that the public administrator review the advantages of arbitration to choose the adequate dispute resolution mechanism for any disputes arising out of public agreements. Finally, proposals were made to include an arbitration clause in bidding invitations; to encourage arbitration through the reduction of the financial contribution or the administrative penalty imposed on cartelized agents who redress the damage via arbitration; and to establish that the limitation period, proposed by regulatory and legislative measures, to seek for redress due to cartels also applies to arbitration.

Keywords: Arbitration. Competition law. Cartels. Government. Public procurement. Redress. Public policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. A arbitragem como instrumento viável ao <i>private enforcement</i> de uma política pública de combate a cartéis	15
1.1. A política pública de combate a cartéis no Brasil.....	16
1.1.1. Os principais atores do <i>public enforcement</i>	17
1.1.2. A política brasileira de combate a cartéis.....	18
1.2. O diálogo entre <i>public</i> e o <i>private enforcement</i>	21
1.2.1. A experiência internacional.....	24
1.2.2. A experiência nacional	27
1.2.3. As iniciativas do CADE e do Congresso Nacional	31
1.3. A viabilidade da persecução privada por meio da arbitragem.....	35
1.3.1. Os métodos disponíveis para efetiva persecução privada	37
1.3.2. O cabimento da persecução privada na via arbitral.....	41
1.3.3. A arbitrabilidade do dano decorrente de ofensa à ordem econômica	45
CAPÍTULO 2. A arbitragem como instrumento disponível à Administração Pública para reparação de dano derivado de cartéis em licitação pública.....	50
2.1. O exercício da função administrativa do Estado.....	50
2.1.1. A capacidade de contratar do Estado	51
2.1.2. Os contratos celebrados pela Administração	53
2.1.3. A função social da contratação administrativa.....	55
2.2. A titularidade do dano derivado de cartéis em licitação pública	57
2.2.1. A Administração Pública como prejudicada.....	59
2.2.2 O interesse público secundário na reparação do dano.....	61

2.3. A arbitragem como mecanismo de persecução privada nas licitações públicas..	66
2.3.1. A existência de previsão legal para a utilização da arbitragem pela Administração Pública	66
2.3.2. A necessidade de convenção de arbitragem.....	71
2.3.3. O conteúdo da convenção de arbitragem	75
2.3.4. A desnecessidade de previsão de arbitragem no edital	80
CAPÍTULO 3. A arbitragem como instrumento efetivo à reparação de danos concorrenciais provenientes de cartéis em licitação pública.....	83
3.1. A efetividade da arbitragem para reparação dos danos da Administração Pública	84
3.1.1. A expertise técnica dos árbitros para o cálculo do dano	87
3.1.2. A celeridade pela flexibilidade do procedimento.....	95
3.1.3. A conjugação das vantagens da via arbitral em prol da eficiência.....	98
3.2. A colaboração da arbitragem ao Programa de Leniência antitruste	101
3.2.1. O estímulo à celebração de acordos de leniência.....	103
3.2.2. A preservação dos documentos da leniência.....	105
3.3. Uma análise prospectiva da arbitragem para o combate de cartéis em licitação pública.....	111
3.3.1. A previsão de cláusula compromissória como reforço ao deterrence	111
3.3.2. Proposta regulamentar: o incentivo à arbitragem como instrumento para reparação de danos	113
3.3.3. Proposta de alteração legislativa: a previsão expressa de que interrupção da prescrição da ação de reparação de danos se aplica à arbitragem.....	115
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

INTRODUÇÃO

Os cartéis em licitação são uma grande preocupação da comunidade internacional antitruste. O combate aos referidos ilícitos é uma das prioridades das autoridades da concorrência no mundo e no Brasil o cenário não é diferente.

Em 2000, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a ter dois importantes mecanismos para persecução de cartéis: a busca e apreensão e os acordos de leniência.¹ Tais instrumentos fortaleceram as investigações e ensejaram inúmeras condenações envolvendo a colusão entre licitantes.

Em 2007, o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 1.077 que estabeleceu a Coordenação Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas no âmbito da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), de forma a priorizar a persecução dos cartéis em compras públicas.

Em seguida, uma série de medidas foram adotadas no combate a essa modalidade de cartel, dentre as quais a publicação do “guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações” da SDE e a aprovação do “modelo de declaração de elaboração independente de proposta”, empregada de forma ampla nos procedimentos licitatórios.

Com a edição da Lei nº 12.529/2011, que promoveu alterações estruturais relevantes no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a SDE foi incorporada à estrutura da atual Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), em que foi mantida uma coordenação especializada nos casos de cartéis em licitação.

O “fortalecimento da política de combate a cartéis, com ênfase na persecução de cartéis em compras públicas” consta dentre as iniciativas do Plano Plurianual (PPA) que direciona a atuação do CADE de 2016 a 2019.

A atenção da política nacional antitruste ao combate aos cartéis em licitação pública se dá especialmente diante do alto vulto dos recursos envolvidos, anualmente, nos certames licitatórios. Em 2017, apenas no âmbito do Governo Federal, foram gastos aproximadamente R\$ 40 bilhões em contratações públicas.²

¹ A Lei nº 10.149/2000 alterou a Lei nº 8.884/1994 para disponibilizar à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça as ferramentas de busca e apreensão e a celebração de acordos de leniência.

² Informações disponíveis no Painel de Compras do Governo Federal. Disponível em: <<http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=PaineldeCompras.qvw&host=QVS@17-0112-b-ias04&anonymous=true>>. Acesso em 20 dez. 2017.

Ademais, os valores dos investimentos previstos no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), cujas atividades são desenvolvidas em parceria com a iniciativa privada por meio de contratos públicos, chegam a ordem de R\$ 1,2 trilhão até 2019.³

A chamada “Operação Lava-Jato” é um ótimo exemplo para demonstrar que as licitações e as contratações públicas, principalmente aquelas de maior vulto, são áreas extremamente sensíveis quando se trata da prática de condutas anticompetitivas. Tal operação vem sendo discutida por autoridades da concorrência em todo o mundo, inclusive quanto às suas consequências no âmbito do direito concorrencial.⁴

Dentre outros temas, está em pauta a reparação das vítimas dos cartéis em licitação pública por meio da persecução privada.

No Brasil, o *enforcement* privado ocorre majoritariamente por meio do ajuizamento de ações judiciais de reparação de danos, as quais são apresentadas pelas vítimas de condutas anticompetitivas ou pelo Ministério Público. Essas ações têm como fundamento, além da regra geral de responsabilidade civil prevista no Código Civil (art. 927), o art. 47 da Lei nº 12.529/2011, que estabelece o direito de ação dos prejudicados para obtenção de indenização por perdas e danos.

Apesar de existir expressa previsão legal para amparar o direito à indenização, uma pesquisa jurisprudencial⁵ recente demonstrou que o número de ações de reparação de danos derivados de cartéis ajuizadas no Brasil é insignificante.

Tal pesquisa analisou o período de 1995 até agosto de 2017 e indicou que das 95 ações encontradas, 60 foram ajuizadas pelo Ministério Público e apenas 35 por pessoas físicas e jurídicas. Em outras palavras, em 22 anos, apenas 35 ações judiciais foram ajuizadas por terceiros para discutir direitos individuais patrimoniais disponíveis decorrentes de cartéis.

Esses números revelam que a persecução privada no Brasil é incipiente. E mais: demonstram que não há efetividade no modelo de persecução judicial adotado, de modo que é premente investigar outras vias de ação para o *enforcement* privado.

Nesse sentido, o objetivo principal do presente estudo é explorar a

³ Cf. a Mensagem do Congresso Nacional nº 04 de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=742D82B725D2DD515B62F1BB86E7492C.proposicoesWebExterno1?codteor=1450597&filename=MCN+4/2016+CN>. Acesso em 20 dez. 2017.

⁴ Cf. a palestra de William Kovacic no 23º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência (2017). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3hVFj6ssnp8>>. Acesso em 25 dez. 2017.

⁵ PORTO, Giovana Vieira. **As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil**. 2017. No prelo.

viabilidade da arbitragem como o meio litigioso mais adequado para a resolução de disputas, cujo demandante é a Administração Pública⁶ na busca de uma efetiva reparação dos danos provenientes dos cartéis em licitação pública⁷.

Adotou-se como marco teórico a teoria institucionalista de Maurice Hauriou⁸, para quem o Estado é uma instituição personificada (instituição-pessoa), titular de direitos e deveres, criada a partir de uma ideia e da organização do poder em torno de órgãos executores.

Em sua obra, “A Teoria da Instituição e da Fundação”, o referido autor entende que o principal elemento das instituições é a sua finalidade, o que chama de “ideia diretriz da obra”. Hauriou também identifica que, para o atingimento da finalidade, a instituição possui metas e funções próprias, que não se confundem com a ideia diretriz, apesar de serem essenciais ao seu alcance.

A mencionada teoria sustenta o presente estudo que identifica o Estado como sujeito de direitos, na figura de uma Administração Pública executora, cujos interesses próprios são, por vezes, diversos daqueles que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como a finalidade última: a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, afirma-se que a Administração é titular de direitos individuais decorrentes de sua posição de vítima direta dos cartéis em licitação pública e possui correspondente legitimidade em pleitear os danos suportados, inclusive perante Tribunais Privados por meio da instauração de processo arbitral.

Além de identificar o direito de ação da Administração Pública, é necessário investigar a viabilidade da arbitragem em seus aspectos subjetivo e objetivo. A arbitrabilidade subjetiva se resume ao direito de contratar da Administração (e não de transacionar).⁹ Já a arbitrabilidade objetiva está relacionada aos pressupostos da

⁶ Os termos “Administração Pública” e “Administração” serão utilizados como sinônimos.

⁷ O presente estudo não tem como objeto as licitações privadas.

⁸ HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

⁹ É relevante a compreensão de que contratar não é o mesmo que transacionar. De acordo com Francisco Mendes Pimentel: “Como se vê, todo o raciocínio está preso a assimilação entre a transação e o compromisso de arbitramento; a inferência consiste em sujeitar o segundo dos institutos às regras que disciplinam o primeiro (...) são, evidentemente institutos inamalgamáveis, na essência, na forma e os efeitos. A transação ultima a contenda; se uma das partes tentar renová-la, opor-lhe-á a outra *exceptio litis per transactionem finitae*. O compromisso afirma e mantém o litígio para que o árbitro o dirima. É da essência da primeira ser um contrato comutativo. É da natureza do segundo nada cederem as partes nas suas pretensões. Naquela dá-se renúncia de direito, cada parte entende alienar uma porção do objeto da transação para conservar incontestado o restante. Neste [compromisso] só se pactua a derrogação da ordem legal das jurisdições para se submeter à decisão arbitral todo o objeto do litígio”. MENDES PIMENTEL, Francisco. Fronteiras Interestaduais. Contestação à ação de nulidade de sentença arbitral, **RF** 26:5/75. Jul./dez., 1916.

patrimonialidade e da disponibilidade da disputa relativa ao dano concorrencial. O primeiro pressuposto se refere ao caráter econômico da disputa e o segundo à possibilidade de resolução da disputa fora do Poder Judiciário, por ausência de exigência legal nesse sentido.

Estabelecida a arbitrabilidade do dano decorrente de cartéis em licitação pública pela Administração Pública, pretendeu-se identificar como a arbitragem pode contribuir para política pública de defesa da concorrência.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em três partes.

Na primeira, foi explorada a política de defesa da concorrência no Brasil; a necessidade do diálogo entre a persecução pública e a privada como reforço ao *deterrence*; as iniciativas do CADE e do Congresso Nacional para incentivar as ações privadas de reparação de danos concorrenciais; e a viabilidade do *private enforcement* por meio da arbitragem.

Na segunda parte, discorre-se sobre a arbitragem como um instrumento passível de utilização pela Administração Pública diante de sua capacidade contratual (arbitrabilidade subjetiva). Também é destacada a patrimonialidade e a disponibilidade dos danos derivados dos cartéis em licitação pública e a titularidade da Administração quando atua no exercício da função administrativa do Estado (arbitrabilidade objetiva).

Ainda, tratou-se da existência de previsão legal para a utilização da arbitragem pela Administração Pública, considerando-se a necessidade de convenção de arbitragem; a delimitação do seu conteúdo e a desnecessidade de previsão de arbitragem no edital da licitação.

Na terceira parte, foram demonstradas as principais vantagens da arbitragem em comparação com a via judicial para reparação de danos concorrenciais, dentre as quais, a expertise técnica dos árbitros para o cálculo do dano; a flexibilidade e a celeridade do procedimento, o que proporciona previsibilidade a uma política pública de *enforcement* privado; e a eficiência decorrente da redução dos custos de transação.

Discorreu-se, ainda, sobre uma possível contribuição da arbitragem ao Programa de Leniência do CADE, na medida em que poderá (i) estimular a celebração de acordos de leniência e/ou termos de compromisso de cessação, se conferidos incentivos à reparação de danos na via arbitral; e (ii) resguardar o sigilo de documentos e informações, prevenindo a incidência dos eventuais impactos negativos da persecução privada ao mencionado programa.

Por fim, apresenta-se uma análise prospectiva da arbitragem para o combate de cartéis em licitação pública.

Recomenda-se a inserção de cláusula compromissória nos editais de licitação como reforço ao *deterrence* da política antitruste e a efetiva reparação dos danos suportados pela Administração Pública.

Sugere-se que a proposta de edição de norma regulamentar da SG/CADE, contida nos documentos da Consulta Pública nº 05/2016, que pretende a promoção das ações privadas de reparação de danos, incentive também o uso da arbitragem por meio da redução da contribuição pecuniária e/ou da multa administrativa do agente cartelizado que reparar o dano.

Ademais, foi inserida recomendação para o estabelecimento de previsão expressa de que a interrupção da prescrição da ação de reparação de danos, proposta pela SG/CADE na Consulta Pública nº 05/2016 e no Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, se aplica à arbitragem. Tal iniciativa tem como propósito incentivar o uso desse mecanismo de solução de controvérsias para reparação de danos, bem como extirpar eventuais dúvidas quanto à interrupção do prazo prescricional para instauração de processo fora da jurisdição estatal.

CAPÍTULO 1. A arbitragem como instrumento viável ao *private enforcement* de uma política pública de combate a cartéis

O direito é intrinsecamente ligado ao seu contexto histórico, econômico e ao desenvolvimento social de um povo. Assim se passa com o direito antitruste, cujas normas são consideradas instrumentais para política econômica nacional.¹⁰

Sob a égide da Constituição Federal de 1998, afirma-se que o objetivo geral do direito antitruste é a garantia à livre concorrência para uma melhor distribuição dos recursos de que a sociedade dispõe em prol do aumento do bem-estar comum. Afinal, o referido diploma estabelece como princípio geral da atividade econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹¹

O direito à existência digna decorre do princípio da dignidade da pessoa humana¹², a maior garantia do nosso ordenamento constitucional. Tal preceito deve ser observado quando da formulação das políticas públicas, inclusive aquelas estabelecidas com fundamento nos princípios da ordem econômica, voltados à repressão do abuso do poder econômico.

As normas sobre prevenção e repressão às infrações antitruste atuam no controle social. Além disso, são o reflexo de uma premissa regulatória intervencionista em que o Estado provê um conjunto mínimo de princípios e regras capazes de estruturar o mercado, o qual apresenta falhas¹³ e seria incapaz de se autorregular.¹⁴

Uma visão constitucionalista do direito antitruste alerta também para a necessidade do resgate do seu compromisso histórico com a proteção da democracia e do Estado de Direito, bem como a necessidade de se refletir sobre instrumentos diversos do

¹⁰ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 162.

¹¹ De acordo com o artigo 170 da CF/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 out. 2017.

¹² Artigo 1º, III. Op. Cit.

¹³ Sobre a existência de falhas regulatórias no mercado, confira-se: KEYNES, John. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Atlas, 1992.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

enforcement tradicional para o atingimento dos propósitos constitucionais.¹⁵

1.1. A política pública de combate a cartéis no Brasil

O direito da concorrência é, portanto, veículo de implementação de políticas públicas, estas entendidas como normas, arranjos institucionais, processos ou conjuntos de processos que são resultado de escolhas racionais de prioridades para definição dos interesses da coletividade.¹⁶

A política pública antitruste não foge à regra, eis que se configura (i) nas ações das autoridades da concorrência e dos tribunais, que conferem um caráter dinâmico às regras antitruste; (ii) na edição de normas em abstrato que tem impacto sobre os mercados livres ou regulados e (iii) na atividade de governo quando da alocação de recursos.¹⁷

Tão importante quanto entender os elementos dessa política pública é compreender como eles se manifestam e quais os instrumentos disponíveis para que alcancem seus objetivos.¹⁸ Isso é relevante diante da afirmação de que existem amplos espaços para a acomodação de instituições e de políticas públicas em países em desenvolvimento como o Brasil.¹⁹

Para Vinícius Marques de Carvalho, o desafio para essa acomodação encontra solução na ideia de improviso. Nas palavras do autor “A visão de ‘improviso’ assume que, mesmo quando ausentes distorções de mercado, o desenvolvimento requer aprendizado social contínuo. O objetivo é, portanto, criar instituições que consigam aprender a identificar e mitigar obstáculos diversos ao crescimento”.²⁰

¹⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência. Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 70-71.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20.

¹⁷ GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. 2005. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. p. 07.

¹⁸ COUTINHO, Diogo. **O direito nas políticas públicas**. Disponível em <http://www.fd.unb.br/images/PosGraduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/14_05_12_15O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em 04 set. 2017.

¹⁹ TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006. COUTINHO, Diogo R. **Direito Econômico e Desenvolvimento Democrático: uma abordagem institucional**. Tese (Professor Titular). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2015.

²⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de. Princípios e Finalidade da Defesa da Concorrência. In: **Defesa da Concorrência Estudos e Votos**. São Paulo: Singular, 2015. p. 34. O autor faz referência a Charles Sabel no estudo: *Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth*. Disponível em: <<http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/bootstrapping%20deve%20send5.pdf>>. Acesso em 04 set. 2017.

1.1.1. Os principais atores do *public enforcement*

A política de defesa da concorrência insere-se no contexto de um Estado Regulador, em que a não intervenção representa uma intervenção ou a ausência de uma política pública equivale ao estabelecimento de uma política pública. O fato é que a opção é estritamente política.

No Brasil, essa opção é exercida pelo Congresso Nacional em conjunto com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SPPAC)²¹, o qual foi reorganizado a partir da Lei nº 12.529/2011.²²

O CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. Exerce atividade judicante, repressiva face a condutas anticompetitivas, com jurisdição em todo o território nacional. Atua preventivamente, quando analisa atos de concentração, e de forma pedagógica, para instruir o público sobre condutas que possam prejudicar a livre concorrência e para promover ações de disseminação do conhecimento sobre o direito da concorrência.

É composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal do CADE), pela Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) e Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Atuam, em conjunto, o Ministério Público Federal e a Procuradoria Federal especializada, chamada Procade.

Em resumo, ao Tribunal do CADE compete o julgamento dos processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica e de atos de concentração, além da produção de atos administrativos voltados ao procedimento e às garantias previstos na Lei nº12.529/2011 e ao cumprimento de suas decisões.

À SG/CADE são atribuídas as atividades de investigação e de instrução dos processos administrativos de conduta e de atos de concentração e ainda a celebração de acordos e de medidas preventivas para a cessão de prática anticompetitiva.

²¹ O Decreto nº 9.266/2018 extinguiu a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), que foi sucedida pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SPPAC).

²² BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 1º nov. 2011. Retificado em 02 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>> Acesso em out. 2017.

O DEE constitui relevante inovação institucional. Ao Departamento incumbe a elaboração de pareceres e de estudos econômicos. Pode auxiliar em análises de mercado com o objetivo de identificar condutas anticompetitivas e mercado relevante, realizar avaliação econômica de atos de concentração, definir parâmetros de reparação de danos, entre outros.

A SPPAC fica incumbida da advocacia da concorrência, o que significa que tem função de opinar sobre propostas de atos normativos e proposições legislativas; elaborar estudos setoriais e de condições concorrenciais; propor a revisão de normas jurídicas; manifestar-se em matérias de impacto concorrencial e apresentar impugnações a atos normativos anticompetitivos.

O arranjo institucional estabelecido pela Lei nº 12.529/2011 inaugurou uma nova fase para as políticas públicas de defesa da concorrência. Ao que interessa ao presente estudo, a nova estrutura propiciou ações de *enforcement* interdisciplinar, com maior coordenação entre os atores para repressão às infrações contra a ordem econômica nas esferas administrativa, penal e, “o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil”.²³

1.1.2. A política brasileira de combate a cartéis

Estudos interdisciplinares são contundentes ao afirmar que o cartel é a conduta anticompetitiva mais grave do direito antitruste. Demonstram que os cartéis impactam diretamente na distribuição da renda, pois os seus integrantes visam a maximização de lucros, em detrimento dos consumidores e do Estado.²⁴

Os cartéis causam o aumento arbitrário dos preços²⁵, a restrição da oferta mediante a retirada de bens e produtos do mercado, obstam a inovação, impedindo o surgimento de novos produtos e processos, entre outros males, que impactam diretamente no bem-estar comum e no desenvolvimento dos países.

²³ CARVALHO, Vinícius Marques de; CRUZ LIMA, Ticiano Nogueira da. Implementação da Nova Política Brasileira de Defesa da Concorrência. In: **Defesa da Concorrência Estudos e Votos**. São Paulo: Singular, 2015. p. 47.

²⁴ MORCILLO, Francisco Morchón; TROSTER, Roberto Luís. **Introdução à economia**. São Paulo: Makroon Books, 1994. p. 161.

²⁵ São inúmeros os estudos que apontam para a capacidade dos cartéis de elevar os preços cobrados do consumidor em até 200%. Sobre a matéria, confira-se: LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *What determinates a cartel success*. In: **Journal of Economic Literature**. v. XLIV, pp. 43 – 95, March 2006.

O combate aos cartéis *hard core*²⁶ é uma prioridade para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁷. A OCDE recomenda aos países membros que suas leis de defesa da concorrência sejam eficientes o bastante para conter cartéis *hard core* por meio de sanções efetivas, procedimentos de persecução adequados e instituições fortes.

Também a *International Competition Network*²⁸, rede integrada por autoridades de defesa da concorrência de diversos países, possui um manual de combate a cartéis²⁹ com orientação sobre as boas práticas em técnicas de detecção e punição de agentes econômicos infratores.

No Brasil, o combate a cartéis³⁰ também é uma prioridade.

A Lei nº 8.884/1994 inaugurou a chamada era moderna da política da concorrência, em que o combate a cartéis é viabilizado não apenas por uma mudança institucional e normativa, mas também diante de uma alteração da política econômica até então caracterizada pela difusão de monopólios legais e pela imposição governamental de tabelamento de preços.³¹

A reconfiguração do CADE como uma autarquia independente, integrada pelas extintas Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), assim como as sucessivas alterações legislativas que beneficiaram a atuação coordenada desses órgãos - como aquelas que propiciaram a realização de buscas e apreensões e a celebração de acordos de leniência -

²⁶ O programa da OECD de combate aos cartéis teve início em 1998 com a recomendação do Conselho que definiu os cartéis *hard core* como: “[...] ‘*hard core cartel*’ is an *anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce* [...]”. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017. OECD. **Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels**. Council, 1998, p. 3.

²⁷ O Brasil não é um membro da OECD. Contudo, participa do programa *enhanced engagement* que lhe permite participar de Comitês da Organização.

²⁸ Cf. <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>.

²⁹ **INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Compilation of “Good Practices” from the Anti-Cartel Enforcement Manual of the ICN Cartel Working Group**. 2016. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1128.pdf>>. Acesso em 09 set 2017.

³⁰ A positivação da ilicitude desses acordos entre agentes econômicos remonta, no Brasil, ao esboço de Teixeira de Freitas do Século XIX. Outras normas, anteriores a edição da Lei de Defesa da Concorrência em vigor, Lei nº 12.529/2011, também buscaram combater os abusos em acordos entre concorrentes: Decreto-lei nº 869/1938; Decreto-lei nº 7.666/1945; Lei nº 4.137/1962 e Lei nº 8.884/1994.

³¹ Cf. o estudo da OECD sobre a alteração legislativa no Brasil. **Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares**, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em 09 set 2017.

são apenas o início desse novo ciclo.³²

A Lei nº 12.529/2011 representou um avanço ainda maior na política de concorrência com a reformulação institucional e a unificação das competências de aplicação das regras antitruste no CADE, fortalecendo a instituição e ampliando o conhecimento e as iniciativas para o combate das condutas anticompetitivas.

Esse reforço é percebido no número de condenações em cartéis pelo CADE. Em 2016, foram julgados 31 processos administrativos com a imposição R\$ 196.637.611,82 em multas pela prática de cartel e R\$ 748.371,32 em contribuições pecuniárias. Até o mês de agosto de 2017, o total de multas aplicadas por condenação já era de R\$ 128.290.877,07. O montante de contribuições pecuniárias até novembro de 2017 aumentou para R\$ 839.958.890,26.³³

Dentre outros mecanismos de combate a cartéis, o programa de leniência do CADE é destaque. O primeiro acordo de leniência foi assinado em 2003. Até 07 de dezembro de 2017, 121 acordos foram celebrados pela autoridade antitruste brasileira.³⁴

De acordo com o guia publicado pelo CADE em maio de 2016:

O Programa de Leniência Antitruste (Programa de Leniência) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos artigos 237 a 251 do RICade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).³⁵

O programa de leniência permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de acordo de leniência com o CADE. Tais agentes devem se comprometer a cessar a conduta ilegal, a denunciar e a confessar sua participação no ilícito, além de cooperar com as investigações apresentando informações e documentos que sejam relevantes.

Em termos de direcionamento, destaca-se que o “fortalecimento da política

³² A Lei nº 10.149/2000 alterou a Lei nº 8.884/1994 para disponibilizar à SDE as ferramentas de busca e apreensão e a celebração de acordos de leniência.

³³ CADE. Disponível em: <cadenumeros.gov.br>. Acesso em 15 set. 2017.

³⁴ CADE. **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 16 dez. 2017.

³⁵ CADE. **Guia de programa de leniência antitruste do Cade**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 15 set. 2017.

de combate a cartéis, com ênfase na persecução de cartéis em compras públicas” consta dentre as iniciativas do Plano Plurianual (PPA) que orienta a atuação do CADE de 2016 a 2019.³⁶

A formação de cartéis nas compras públicas já era uma preocupação do Governo Federal. Ainda em 2007, o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 1.077 que estabeleceu a Coordenação Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas no âmbito da extinta SDE.³⁷

Em seguida, foram adotadas uma série de medidas no combate aos cartéis em licitação pública, dentre as quais, a publicação do “guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações” da SDE e a aprovação do “modelo de declaração de elaboração independente de proposta”, empregada de forma ampla nos procedimentos licitatórios.

O Guia de Programas de *Compliance* do CADE³⁸, editado em janeiro de 2016, também traz destaque aos cartéis em licitação pública, com características específicas decorrentes do regime jurídico licitatório, e orienta as empresas a como evitar a exposição a tais condutas.

Esse breve histórico demonstra a preocupação de nossa política pública com os cartéis, especialmente no âmbito das licitações públicas.

1.2. O diálogo entre *public* e o *private enforcement*

A atuação das Autoridades da Concorrência na repressão das infrações contra a ordem econômica, chamada de *public enforcement*, é a regra na maioria dos países de *civil law*, como o Brasil, em contraste com aqueles do *common law*, em que a regra é o *private enforcement*, exercido por agentes privados.³⁹⁻⁴⁰

³⁶ Tal iniciativa tem como meta a elevação da efetividade do combate a condutas anticompetitivas com o objetivo de “fortalecer a defesa da concorrência e do consumidor por meio da ampliação da escala e efetividade das políticas públicas”. CADE. **Ações e programas**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/acoes_e_programas>. Acesso em 15 set. 2017.

³⁷ Tal coordenação se mantém na SG/CADE.

³⁸ CADE. **Guia de Programas de Compliance – orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em 15 set. 2017.

³⁹ Entende-se como *private enforcement* a aplicação das normas de defesa da concorrência por iniciativa de pessoas físicas ou jurídicas, no âmbito do Poder Judiciário ou de Tribunais Privados, na condição de órgãos arbitrais, nos termos da Lei de Arbitragem.

⁴⁰ SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. **Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=952067>>. Acesso em: 15 set. 2017.

Ocorre que a importância da persecução privada cumulada com a pública é revelada nas teorias aplicadas à matéria. Até mesmo na teoria política de Thomas Hobbes⁴¹, com as nuances do voluntarismo de Rousseau, em que se enfatiza a persecução pelo Estado, existe espaço para o *private enforcement*, justificado na existência de um direito natural pré-existente.⁴²

Para a teoria política, foi o crescente interesse dos indivíduos nas coisas públicas que deu início aos questionamentos sobre a capacidade do Estado para exercer uma persecução adequada. Isso devido a assimetria de informações e a eventual ausência de *expertise* para mediar interesses privados e coletivos.

A atuação privada também passou a ser admitida diante de possível falha do governo na captura ou mesmo na aplicação de teorias pautadas pela *public choice*.⁴³

Contudo, é nas teorias voltadas para a análise econômica do direito que o *private enforcement* ganha notoriedade.

A teoria econômica de Gary Becker confirma que a persecução privada deve ser complementar à pública. Isso porque, por um lado, aumenta-se o custo de oportunidade⁴⁴ do infrator na medida em que se reforçam as consequências negativas da infração.⁴⁵ De outro, o particular teria maiores incentivos a buscar a justiça social, por meio da reparação dos danos patrimoniais⁴⁶.

Para Gary Becker e George Stigler, a persecução privada pode ser tão ou mais efetiva que a pública, eis que os indivíduos farão o *enforcement* na busca pela maior

⁴¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

⁴² ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. *Private enforcement of competition laws*. **Osgoode Hall Law Journal**. V. 34, 1996. p. 472.

⁴³ OLSON, Mancur. **The logic of collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1965. FRICKEY, Philip P.; FARBER, Daniel A., **Law and Public Choice: A Critical Introduction**. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

⁴⁴ Sobre a matéria, vide esclarecimento do Brasil em relatório da OCDE (2015): “*Despite the aforementioned difficulties faced by private claims for compensation, these actions, in addition to leading to the cessation of the anti-competitive conduct, can be an important tool for deterrence, as they increase the negative financial consequences imposed on an infringer of competition rules, acting as an important reinforcement for the objectives of public enforcement. In other words, the filing of such actions increases the deterrent effect of anticompetitive practices and strengthens antitrust policy.*” OECD. Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party nº 3 on Co-operation and Enforcement. **Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil**. 2015. P. 4. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)> Acesso em 15 set. 2017.

⁴⁵ “*If the economist’s theory about monopoly is correct, and if optimal fines were levied, firms would automatically cease any constraints of trade, because the gain to them would be less than the harm they cause and thus less than the fines expected.*” BECKER, Gary. **Crime and Punishment: an economic approach**. 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2017.

⁴⁶ Cf. ainda ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. 1996. p. 472.

indenização. Os autores aduzem que a atuação privada limitaria as hipóteses de corrupção ou inação de agentes públicos⁴⁷.

Já William Landes e Richard Posner entendem que o *enforcement* privado não poderia ser mais efetivo que o público, pois a busca sem controle por indenizações sempre maiores poderia levar ao *over-enforcement*. Ou seja, a persecução acima do nível ótimo. Isso não justificaria o abandono da tese, mas apenas enfatiza a necessidade de um controle da esfera pública sobre a privada.⁴⁸

Por sua vez, Mitchell Polinsky criticou o posicionamento dos mencionados autores sobre o *over-enforcement*. Elucidou que a persecução privada só ocorrerá quando o valor da indenização for maior que o custo do processo. Nos casos em que o custo for maior do que a indenização a tendência é que os particulares deixem a persecução de lado. Portanto, a persecução privada jamais seria excessiva.⁴⁹

Mitchell Polinsky, assim como William Landes e Richard Posner, não afasta o uso do *private enforcement*. Pelo contrário, admite que as persecuções públicas e privadas são complementares. Afinal, os particulares deverão atuar apenas nos casos em que a recompensa, ou seja, quando a indenização, for maior do que o custo da persecução. Já os agentes públicos serão essenciais nos casos em que não houver interesse privado.⁵⁰

A teoria do *Private Attorney General*, de Jerome Frank, um dos fundadores do realismo jurídico⁵¹, também se aplica.

⁴⁷ BECKER, Gary; STIGLER, George. *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers. The Journal of Legal Studies*. v. 3. n° 1, 1974.

⁴⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The private enforcement of law. The Journal of Legal Studies*. v. 4, n° 1, pp. 1-46, 1975.

⁴⁹ POLINSKY, A. Mitchel. *Private versus Public enforcement of Fines. The Journal of Legal Studies*. v. 9, n° 1, 1980.

⁵⁰ “Under private enforcement, firms are willing to invest in enforcement only if they at least break even – their fine revenue must be at least as large as their enforcement costs. Under public enforcement, however, the optimal solution may result in fine revenue which is less than enforcement costs.” POLINSKY, 1980. p. 107.

⁵¹ “Contemporâneos de Kelsen foram os primeiros autores vinculados ao realismo jurídico, que radicalizou a opção sociológica mediante um rompimento da perspectiva teleológica que as concepções sociológicas anteriores. Os realistas jurídicos mais destacados foram Karl Llewellyn e Jerome Frank, tendo ambos escrito suas principais obras por volta do ano 1930, época de grande crise do estado liberal e de ceticismo acerca de suas instituições. Esse ceticismo mostrou-se especialmente no antinormativismo da corrente realista que, apesar de fixar-se no estudo da atividade judiciária, opunha-se frontalmente ao positivismo normativista da escola analítica. Para os realistas, a idéia de que as normas jurídicas têm um sentido objetivo que pode ser percebido pelos juristas a partir de um estudo cuidadoso do sistema jurídico não passa de um dogma do idealismo normativista. Porém, apesar de falso, esse mito está fortemente enraizado no modo jurídico de ver o mundo e constitui uma espécie de mito básico do direito. Como essa crença na objetividade do direito é especialmente reforçada pelo discurso judiciário, que trata o direito como se fosse um sistema de normas e as decisões judiciais como deduções silogísticas, Llewellyn sustentava que ‘la teoría de que las normas deciden los asuntos parece haber engañado durante un siglo, no solo a los ratones de biblioteca,

Com um viés na análise econômica, o referido autor entende que o bem comum é resguardado quando um particular busca a persecução privada. Aponta, ainda, que essa forma de *enforcement* não resulta em prejuízo ao bem comum quando da sucumbência do particular, uma vez que este suportará os custos, não o Estado.⁵²

É possível afirmar, portanto, que ambas as teorias política e econômica mencionadas corroboram com a importância da complementariedade das persecuções pública e privada.⁵³

1.2.1. A experiência internacional

A persecução privada como método repressivo de atos ilícitos não é novidade. Até o século XIX, a aplicação das leis penais e regulatórias na Inglaterra era efetivada por meio do pagamento de recompensa por autoridades, pessoas jurídicas ou mesmo indivíduos.⁵⁴

A experiência internacional dos países que primeiro se utilizaram do *private enforcement* na esfera concorrencial demonstra que essa técnica de regulação já era utilizada no século XVII.

Em 1623, o *Statute of Monopolies* do Reino Unido estabeleceu que a violação do negócio ou da propriedade de um indivíduo por conduta anticompetitiva autorizaria o ofendido à propositura de ação contra o ofensor para reparação por meio do pagamento de valor três vezes superior ao dano experimentado (*treble damages*).⁵⁵

O mesmo foi estabelecido nos Estados Unidos na seção 7 do *Sherman Act*, de 1890, e, posteriormente, pela seção 4 do *Clayton Act*, de 1914. A norma autoriza a

sino a los jueces?. Inspirado pela psicanálise, Frank chegou a afirmar que o mito da certeza jurídica tinha como principal motivação satisfazer uma necessidade emocional de segurança que era profundamente enraizada no inconsciente das pessoas. [...] Portanto, a segurança jurídica seria uma ficção a que recorreremos em virtude da permanência de um comportamento infantil e que somente poderia ser superada pelo desenvolvimento de uma verdadeira maturidade emocional. Contrapondo-se a essa ficção, Frank sustentava que não era possível conhecer o direito relativo a uma situação senão a posteriori, pois até que um tribunal decidisse a questão, não se pode dizer que havia uma norma jurídica que regulasse esse problema". ARAÚJO COSTA, Alexandre. **O Realismo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-v-neopositivismo-juridico/3-o-realismo-juridico>>. Acesso em 15 nov. 2017.

⁵² GARTH, Bryant G.; NAGEL, Ilene H.; PLAYER, S. Jay. *The institution of the private attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation*. *Southern California Law Review*. V. 61. 1988.

⁵³ A relevância desta complementariedade é reconhecida pela OCDE no paper *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*. 2015. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf)>. Acesso em 12 ago. 2017.

⁵⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. 1975.

⁵⁵ ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. 1996. p. 461. De acordo com o autor, esse já era o entendimento da jurisprudência local.

instauração de ações destinadas a obstar o ilícito e à reparação civil pelo triplo do dano suportado em razão de conduta anticompetitiva.

Desde então a cultura da persecução privada, individual ou coletiva, é a que impera nos Estados Unidos, país em que as ações privadas representam cerca de 90% do *enforcement* antitruste.⁵⁶⁻⁵⁷

No Canadá, o *Combines Investigation Act*, de 1889, não dispunha sobre o direito à responsabilidade civil por dano concorrencial. Foi em 1976, por meio de uma emenda, que se estabeleceu a reparação de danos por violação às regras penais dispostas na referida Lei. O dispositivo consta da seção 36 do *Competition Act*.⁵⁸

Na Austrália, o *Trade Practices Act*, de 1974, reconheceu o direito do ofendido ao ajuizamento de ação de reparação de danos perante a Corte Federal por práticas comerciais restritivas para obtenção de remédios.

Já na década de 90 e início do século XXI, diversos outros países envidaram esforços na efetivação de uma regulação responsiva⁵⁹ de incentivo a persecução privada. Dentre esses países, cita-se a Alemanha⁶⁰, Holanda⁶¹, Áustria⁶²,

⁵⁶ HOVENKAMP, Herbert. *Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758751>. Acesso em 27 ago. 2017.

⁵⁷ O interessante é que existe debate se as Leis americanas, Sherman e Clayton Acts, foram criadas para que a persecução privada fosse o principal instrumento de combate a condutas anticompetitivas ou se são apenas mais um mecanismo de compensação à disposição dos ofendidos. Diante das restrições financeiras ao *enforcement* público, acredita-se que a primeira visão é a procedente. ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. 1996. p. 461.

⁵⁸ Confira-se a redação da seção 36 do *Competition Act* do Canadá: “*Recovery of damages. 36 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of (a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or (b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act, may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section*”. CANADA, *Competition Act*. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html>>. Acesso em 25 set. 2017.

⁵⁹ Para Ian Ayres e John Braithwaite a regulação responsiva é aquela que cria regras que incentivam os agentes regulados a desempenhar conduta voluntária destinada aos objetivos das políticas públicas reguladas, em um ambiente regulatório de diálogo entre regulador e regulado. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992.

⁶⁰ Em 2005 e 2013, foram introduzidas emendas ao *German Act against Restraints of Competition* que favoreceram o *enforcement* privado. Confira-se a contribuição da Alemanha sobre a matéria no Relatório OCDE 2015. OCDE *Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party n° 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Germany* Disponível em <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)21&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)21&docLanguage=En)> Acesso em 27 set. 2017.

⁶¹ Na Holanda, o ordenamento jurídico composto para reparação de dano envolve o Código Civil e de Processo Civil, o *Dutch Competition Act* de 1997 e as regras da União Europeia.

⁶² Cf. a contribuição da Áustria, do Japão e da Suécia para o Relatório OCDE 2015. OCDE *Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party n° 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Austria*. Disponível em:

Hungria⁶³, Japão, Suécia e China.

Atualmente, no Reino Unido, a persecução privada é estimulada.⁶⁴

Em 2002, foi criado o *Competition Appeal Tribunal* (CAT) para julgar ações civis de reparação de danos decorrentes de decisões condenatórias de Autoridades da Concorrência do Reino Unido ou da União Europeia. Trata-se das chamadas *follow on claims*.

Já em 2015, o *Consumer Rights Act* inseriu na jurisdição do CAT as *standalone claims* – ações reparatórias que não são decorrentes de decisão condenatória anterior. A mesma norma introduziu a ação coletiva, equivalente às tradicionais *class actions* dos Estados Unidos.

Na União Europeia, o *Council Regulation* (EC) n° 01/2003⁶⁵ autorizou as Cortes Nacionais a aplicarem as regras de cooperação judiciária em matéria cível e penal⁶⁶, previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁶⁷, para resguardar os direitos subjetivos dos litigantes à indenização diante de violações do direito antitruste.

Tal disposição estimulou a utilização da persecução privada para reparação de danos. Contudo, foi só recentemente, em 2014, com a publicação da *Directive on Antitrust Damages Actions*, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que se estabeleceu um marco regulatório do *private enforcement* na União Europeia.⁶⁸

De todo modo, um relatório publicado pela *International Competition*

<[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)20&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)20&docLanguage=En)>. Acesso em 30 set. 2017.

⁶³ Cf. Baker & McKenzie, *Global guide to competition litigation*, de 2015. Disponível em: <http://www.bakermckenzie.com/files/Upload/bk_competitionlitigationguide_may15.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

⁶⁴ A decisão da *House of Lords* no *case law Garden Cottage Foods* de 1983, orientou as Cortes Britânicas no sentido do cabimento da reparação civil de danos por violação ao *Competition Act*.

⁶⁵ Confirma-se a seção 7 da norma: “*National courts have an essential part to play in applying the Community competition rules. When deciding disputes between private individuals, they protect the subjective rights under Community law, for example by awarding damages to the victims of infringements. The role of the national courts here complements that of the competition authorities of the Member States. They should therefore be allowed to apply Articles 81 and 82 of the Treaty in full*”. UNIÃO EUROPEIA. **Council Regulation (EC) N° 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition** Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=PT>>. Acesso em 27 ago. 2017.

⁶⁶ Artigos 81 e 82 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). UNIÃO EUROPEIA. **Treaty on the Functioning of the European Union**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:PT:PDF>>. Acesso em 27 ago. 2017.

⁶⁷ Op. Cit.

⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Directive on Antitrust Damages Actions**. 2014. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em 27 ago. 2017.

Network em 2007 apontou que 49% das jurisdições⁶⁹ que participaram de um estudo sobre ações de interação do *enforcement* público e privado possuem regras específicas para reparação de danos em suas leis da concorrência. Os demais recorrem a regras gerais insertas nas normas de direito civil ou comercial.⁷⁰

1.2.2. A experiência nacional

No Brasil, o *enforcement* do direito da concorrência é realizado nas esferas administrativa, criminal e civil.

No âmbito administrativo, cabe ao CADE a persecução das infrações à ordem econômica e a imposição das penalidades previstas na Lei nº 12.529/2011, norma que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às condutas anticompetitivas.

Nos crimes de ação pública, como aqueles que violam a ordem econômica, os legitimados à persecução penal são o Ministério Público Federal ou Estadual, a quem compete o oferecimento de denúncia do crime ao Poder Judiciário.⁷¹

Na esfera civil, a Lei nº 12.529/2011 também autoriza a persecução privada visando a defesa dos interesses individuais e individuais homogêneos por meio da cessação de prática de infração à ordem econômica e do recebimento de indenização

⁶⁹ África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Latvia, Lituânia, Luxemburgo, Matla, México, Polônia, Portugal, Suécia, Reino Unido e República Tcheca.

⁷⁰ “*In a first step it was analyzed whether explicit statutory bases for action for damages exist in competition law in the jurisdictions and what are the preconditions for claims for damages. Regarding the statutory bases for actions for damages in competition matters, almost half of the competition laws surveyed provide for an explicit statutory rule, while a plaintiff in the other jurisdictions may base his claims on general provisions of the national civil code or – in few cases – on provisions of the commercial code. However, even in those jurisdictions providing for a specific statutory basis, the conditions of liability are by and large regulated by the general provisions of tort and contract law. Therefore, in a number of these jurisdictions, the specific provisions do not deviate in any material manner from the general rules for damages. Nevertheless, the majority of these provisions facilitate the enforcement of private damage claims. Some provide for special procedural rules including the shifting of the burden of proof for the element of fault, the easement of evidentiary requirements for causation, or the extension of liability covering pure financial losses and even including exemplary damages. Others contain particular rules for the calculation or the estimation of (economic) damages. Although in turn, in 4 of the jurisdictions surveyed a decision of a competition authority or a competition court establishing the infringement is required as a pre-condition before allowing damage claims, which could be seen as a restraint for private claims.*” INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Cartels Working Group. Subgroup 1 – General Framework. *Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases - Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 17 set. 2017.

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em out. 2017.

pelos danos suportados, independentemente de inquérito ou processo administrativo.⁷²

O direito de ação à reparação de danos concorrenciais já era previsto na Lei nº 8.884/1994⁷³ (antecessora à Lei nº 12.529/2011). Também o Código Civil⁷⁴ já autorizava a propositura de ação dessa natureza com fundamento nas normas gerais de responsabilidade civil.

A importância da persecução privada foi reconhecida pelo Tribunal do CADE em inúmeras oportunidades. Destaca-se, por todos, excerto do Voto do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no caso do cartel dos gases, julgado em 2010:

Como argumentado anteriormente neste voto, a sanção imposta pelo CADE dedica-se essencialmente a abordar o dano causado à concorrência como instrumento orientador da atividade econômica no Brasil. A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser a engendrada pelas vias judiciais cabíveis.

A via de maior destaque é a ação civil pública. Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, cabe ação civil pública em face de “infração da ordem econômica e da economia popular”. Esta ação constitui um elemento essencial para a política geral de defesa da concorrência. Por este motivo, voto pelo encaminhamento desta decisão ao ilustre representante do MPF junto ao CADE para, julgando pertinente, estruturar a ação do Ministério Público nesta seara.

Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras. Nos Estados Unidos, onde a lei estabelece que os prejudicados por um cartel têm direito a um valor equivalente a três vezes a indenização ordinariamente cabível, a litigância privada já se transformou em peça chave da política de defesa da concorrência no país. Trata-se de mais um desestímulo à infração da lei.

No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados.⁷⁵

Ao final do voto, o Relator determinou que uma cópia da decisão fosse encaminhada aos potenciais ofendidos, o que ensejou o ajuizamento de ao menos três

⁷² BRASIL. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Art. 47. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em out. 2017.

⁷³ Artigo 29. BRASIL, **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em out. 2017.

⁷⁴ O artigo 947 do Código Civil estabelece que “aquele que, por ato ilícito [arts. 186 e 187], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em out. 2017. O Código Civil de 1916 continha previsão semelhante no artigo 159. BRASIL, **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em out. 2017.

⁷⁵ Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

ações de reparação de danos⁷⁶.

Em 2014, o Tribunal do CADE tomou a mesma providência após o julgamento do caso do cartel do cimento. Contudo, antes mesmo do término do processo administrativo, o Ministério Público do Rio Grande do Norte já havia ajuizado ações contra cimenteiras e associações visando o ressarcimento de mais de R\$ 5 bilhões.

Atualmente, em regra, as decisões condenatórias do CADE são submetidas pelo representante do Ministério Público do Tribunal aos demais órgãos do Ministério Público Federal e dos Estados para que tomem as providências que entenderem cabíveis para reparação dos danos concorrenciais.⁷⁷

Um caso famoso que versa sobre a reparação de danos por infração decorrente de cartel em licitação pública é o da Siemens.⁷⁸

Em 2011, a Siemens procurou o CADE para informar sua participação no cartel do metrô de São Paulo. A conduta anticompetitiva teria sido detectada pelo programa de *compliance* interno da empresa. Diante disso, a Siemens procurou o CADE para pedir o *marker*⁷⁹ e garantir a redução de suas penalidades em razão de acordo de leniência.

Em seguida, o Estado de São Paulo, a Companhia de Metrô de São Paulo (Metrô) e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) ajuizaram ação civil de reparação de danos patrimoniais contra a empresa Siemens, beneficiária da leniência. O processo tramita em segredo de justiça.

O Ministério Público do Estado de São Paulo também ajuizou três ações civis públicas para reparação de danos, dentre outras pretensões.

⁷⁶ A primeira foi ajuizada pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais - Ação Civil Coletiva nº 7099345-90.2009.8.13.0024, 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. A segunda, pela Sabesp - Ação Civil Pública nº 0000233-25.2011.403.6100, 21ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. A terceira foi proposta pelo Ministério Público Federal - Ação Coletiva nº 0002983-48.2012.4.03.6105, 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campinas/SP. Informações obtidas em: **Nota Técnica nº 24/2016/Chefia do Gabinete da Superintendência-Geral do CADE**. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm914TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,> Acesso em out. 2017.

⁷⁷ Por todos, confira-se o Parecer nº 6/2-17/MBL/MPF/CADE em que o Ministério Público recomenda “em caso de condenação, a expedição de ofício com cópia do inteiro teor dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo para que tome as providências que entenda cabíveis quanto à reparação civil dos danos decorrentes do cartel, nos termos dos arts. 9º, § 2º e 47 da Lei n.º 12.529/2011”.

⁷⁸ Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda. e outros. Sob análise da Superintendência-Geral do Cade. O Acordo de Leniência 01/2013 foi firmado entre a Siemens e o Cade no âmbito de suposto cartel em licitações dos trens do Metrô, da CPTM e do Metrô DF, que teria ocorrido no período de 1998 a 2008, afetando, ao menos, São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

⁷⁹ O *marker* é um pedido de senha para que o proponente do acordo de leniência garanta sua posição primeira na fila única dos agentes que comunicam determinada conduta anticompetitiva.

A ação de maior vulto se refere à formação de cartel em contratos para reforma de 98 trens das linhas 1-azul e 3-vermelha do metrô de São Paulo. Na ação, o MPE/SP pediu a condenação solidária das empresas cartelizadas, em quase R\$ 2,5 bilhões, pela prática de atos de improbidade cumulada com dissolução judicial das sociedades e o ressarcimento pelos danos morais e patrimoniais difusos.

A segunda ação foi proposta contra onze empresas, em que o MPE/SP pediu a anulação dos contratos celebrados com a CPTM entre 2001 e 2002, a devolução de valores que alcançavam R\$ 374.935.419,88 e a condenação ao pagamento de indenização de R\$ 112.480.625,97 a título de dano moral difuso.

A terceira foi ajuizada em face da CPTM e de nove empresas: Siemens, Alstom, CAF Brasil Indústria e Comércio, Trans Sistemas de Transportes, Bombardier Transportation, MGE, Temoinsa do Brasil, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços e MPE. O MPE/SP pleiteou a dissolução das empresas e a condenação ao pagamento de R\$ 918 milhões a título de danos.⁸⁰

Outra ação que chamou atenção na esfera de reparação de danos concorrenciais foi aquela ajuizada pela Electrolux do Brasil S.A. em face da Whirlpool S.A. e da Brasmotors S.A. por prejuízos advindos da compra de compressores com suposto sobrepreço decorrente da participação das rés no cartel dos compressores.

Em abril de 2016, já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Terceira Turma proferiu acórdão no recurso especial nº 1.554.986 em que limitou a extensão do sigilo de dados dos acordos de leniência firmados pelo CADE até o momento da publicação do parecer técnico conclusivo elaborado pela SG/CADE.

Tal decisão foi bastante criticada. O STJ deixou de considerar adequadamente o procedimento de investigação no CADE, o qual não se encerra com a publicação do referido parecer técnico, mas apenas com a decisão do plenário do Tribunal Administrativo. Ademais, desconsiderou o *leading case* chamado *Pfleiderer* em que o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Nacional Alemã decidiram que o fornecimento de documentos da leniência prejudicaria o *public enforcement* de combate a cartéis, devendo ser resguardadas as regras de sigilo e confidencialidade do programa de leniência do *Bundeskartellamt*⁸¹.

Até hoje, foram ajuizadas poucas ações judiciais em decorrência de investigações de cartéis realizadas pelo CADE. Apenas a título ilustrativo, algumas

⁸⁰ Processo nº 1036329-10.2015.8.26.0053 da 5ª Vara da Fazenda Pública do TJSP.

⁸¹ Autoridade da Concorrência da Alemanha.

dessas ações envolviam os seguintes mercados: gases industriais e/ou medicinais⁸²; cimento; medicamentos genéricos; combustíveis; extração de areia; vergalhões de aço e laranjas.

Apesar de se verificar um tímido aumento, o *private enforcement* no país ainda é incipiente.⁸³⁻⁸⁴⁻⁸⁵⁻⁸⁶ Não existem números oficiais sobre a quantidade de ações de reparação de danos concorrenciais já instauradas, mas a participação do Brasil no Relatório OCDE de 2015 sobre *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*⁸⁷ confirma esse cenário.⁸⁸

1.2.3. As iniciativas do CADE e do Congresso Nacional

O CADE tem prospectado soluções para incentivar a persecução privada, de forma complementar à pública. Acertadamente, as iniciativas têm considerado o

⁸² O Estado do Espírito Santo foi o autor de ação indenizatória pelos danos decorrentes do suposto cartel. A ação tramitou na Justiça Federal sob o nº 0011145-05.2014.4.02.5001.

⁸³ Outro estudo realizado por Lívia de Carvalho, em 2011, no âmbito da Justiça Federal, aponta que até 2011, pouco mais de vinte ações foram ajuizadas no país. CARVALHO, Lívia L. G. de. **Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos**. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>>. Acesso em 12 ago. 2017.

⁸⁴ Uma pesquisa mais recente realizada pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC e apresentada no 22º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência de 2016 indicou que teriam sido identificadas 124 ações do tipo *stand-alone suits*, as quais não tem origem em processo administrativo prévio instaurado pelo CADE. Os objetos dessas ações envolviam condutas anticompetitivas diversas. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fbxDE1HM83k>>. Acesso em 12 dez. 2017.

⁸⁵ A obra de Daniel Costa Caselta indica as seguintes ações civis públicas em que houve decisão condenatória: revenda de combustíveis em Guaporá-RS (TJRS, AC 70018714853, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 12.07.2007); revenda de combustíveis em José Bonifácio – SP (TJSP, AC 99403009153-6, Rel. des. Luiz Ganzerla, j. 08.02.2010); revenda de combustíveis em Jaboticabal – SP (ACP 291012006000904-1, Juíza de Direito Carmen Silva Alves, Comarca de Jaboticabal/SP, j. 20.05.2008); distribuição de GLP na região metropolitana de Porto Alegre (ACP 970021424-9, Juíza Federal Paula Beck Bohn, Subseção de Porto Alegre, j. 13.01.2010); revenda de combustíveis em Santa Maria – RS (TJRS, AC 70045295565, Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, j. 27.08.2015); e revenda de combustíveis em Pernambuco (TRF5, AC 498545, Rel. Des. Gurgel de Faria, j. 22.11.2012). O autor ainda aponta exemplos de ações indenizatórias ajuizadas por particulares no caso dos cartéis dos vergalhões de aço (AO 2009.34.00.035755-7, 13º Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal; Processo nº 2009.38.00.015651-4, 17ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Belo Horizonte; Processo nº 9848158-78.2006.8.13.0024, 22º Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte). CASELTA, Daniel. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016. p. 14.

⁸⁶ Giovana Porto realizou pesquisa recente que analisou o período de 1995 até agosto de 2017. A autora apontou que teriam sido identificadas 95 ações judiciais no Brasil com pedido de reparação por danos derivados de 41 cartéis diversos. PORTO, Giovana Vieira. 2017.

⁸⁷ OCDE. *Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement - Brazil*. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em 12 ago. 2017.

⁸⁸ De acordo com o referido relatório “*despite the existing framework and legal provision for private enforcement as a result of antitrust infringements, private actions are still rare in Brazil*”. Op. Cit., p. 3.

equilíbrio necessário entre tais políticas diante da possibilidade da ocorrência de impactos negativos cruzados.⁸⁹ A facilitação da reparação de danos pode prejudicar os programas de colaboração das Autoridades da Concorrência mediante o embaraço das investigações. Já a restrição às ações privadas desprestigia seu caráter dissuasório.⁹⁰

De acordo com a Nota Técnica nº 24/2016 da SG/CADE:

Embora o *private enforcement* possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência, reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ARDC [Ações de Reparação por Danos Concorrenciais] traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste no mundo e no Brasil, em especial aos Programas de Leniência. Por um lado, regras que favoreçam excessivamente o *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement*. Por outro, regras que sejam excessivamente restritivas às ARDC podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa da função dissuasória do *enforcement* antitruste.⁹¹

Tal documento foi elaborado para fins de consulta pública⁹² em que o CADE publicou proposta de resolução com regras para o acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência, termos de compromisso de cessação, buscas e apreensões, e ainda para o fomento⁹³ às ações de reparação de danos.

A proposta também contempla a alteração da Lei nº 12.529/2011 para incluir dispositivos sobre prescrição e sobre a extensão da responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência.

Quanto à prescrição, pretende-se que a instauração de procedimento para apuração de infração à ordem econômica pela SG/CADE seja considerada um fator interruptivo do prazo prescricional para o ajuizamento de ações de reparação. Tal prazo

⁸⁹ CARVALHO, Vinícius Marques de. CRUZ LIMA, Ticiano Nogueira da. 2015. p. 62. Argumenta-se ainda que a persecução privada poderia causar um aumento dos custos envolvidos nos processos diante da necessidade de complexo cálculo do dano, dos riscos relacionados ao conflito de decisões administrativas e judiciais, impactos negativos nos programas de leniência, maior judicialização, entre outros.

⁹⁰ Sobre a matéria, confirmam-se os trabalhos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2015) e da *International Competition Network* (2007). Disponíveis em <<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrustenforcement-in-competition.htm>> e <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 27.08.2017.

⁹¹ CADE, **Nota Técnica nº 24/2016/Chefia do Gabinete da Superintendência do CADE**, 2016.

⁹² CADE. **Consulta Pública nº 05/2016**. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIzlsrHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyiC139hRsA7Ao6sg8ftsBIFYBU-ELvGq86cYKbS_qQmkAvdLGA,,>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁹³ Dentre as sugestões de fomento que constam da Nota Técnica consta recomendação de que: “o voto do Conselheiro-Relator e demais votos-vogais incluam, quando possível e razoável, uma seção específica voltada às ARDC, a qual sumarizará as informações relativas: (i) ao período de duração da conduta; (ii) aos consumidores potencialmente atingidos pela conduta; e (iii) à estimativa dos danos causados. Sabe-se que existem grandes discussões acadêmicas em torno desse tema, em especial em relação ao item (iii), mas entendemos que a menção expressa a esses pontos pode fomentar ainda mais o ajuizamento das ARDC, sem prejuízo para os Programas de Leniência e de TCC, caso sejam aplicadas as demais medidas regulamentares e legislativas propostas” (item 153).

voltaria a ser contado a partir da ciência inequívoca da infração à ordem econômica.

Essa orientação segue a experiência internacional da União Europeia, dos Estados Unidos e de outros países, em que se viabiliza a reparação dos prejudicados por prática anticompetitiva, mesmo quando tomam conhecimento da prática apenas após decisão condenatória da Autoridade Antitruste.

Com relação à extensão da responsabilidade civil, a proposta é de que o signatário de acordo de leniência não responderá solidariamente pelos danos causados pelos demais coautores da prática anticompetitiva. A responsabilidade civil ficaria limitada aos danos causados pela sua conduta aos seus consumidores e/ou fornecedores.

Trata-se de limitação fundamental para o incentivo às ações de reparação na medida em que atualmente um beneficiário de acordo de leniência está exposto à responsabilidade solidária prevista nos art. 275 e 942 do Código Civil⁹⁴, bem como no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor⁹⁵. Logo, atualmente, o beneficiário pode ser demandado a pagar todos os prejuízos decorrentes do cartel, ressalvado o direito de regresso.

Isso impacta diretamente no *public enforcement* já que os custos da condenação civil podem desestimular a realização de acordos. Além disso, pode levar a situação em que apenas o beneficiário da leniência seja chamado a responder a ação de reparação, o que contraria os incentivos para a colaboração.

Ademais, o artigo 15 da minuta de resolução⁹⁶ traz importante incentivo à reparação civil ao estabelecer a possibilidade da redução da contribuição pecuniária⁹⁷ ou da multa administrativa⁹⁸ “com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011”.

A supracitada Nota Técnica da SG/CADE aponta que alternativas semelhantes foram dotadas na União Europeia, no Reino Unido e na Alemanha. A

⁹⁴ BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em out. 2017.

⁹⁵ BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em out. 2017.

⁹⁶ Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZIs_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hRsA7Ao6sg8ft_sBIFYBU-ELvGq86cYKbS_qQmkAvdLGA,,>>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁹⁷ Trata-se de contribuição ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme prevista na Lei do CADE.

⁹⁸ Cf. as penas previstas na Lei nº 12.529/2011.

propósito, sobre o incentivo alemão mencionou-se que:

Há sugestão jurisprudencial para a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão do *Bundeskartellamt* em dois momentos: (i) uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados; e (ii) a decisão final, que considera tais acordos como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%). Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, e a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.⁹⁹

Nesse contexto, pode-se afirmar que a intenção do CADE é fomentar a reparação do dano, em ambas as vias judicial e extrajudicial, o que vai ao encontro das orientações do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia¹⁰⁰, de países representados na *International Competition Network*¹⁰¹ e da OCDE¹⁰².

Também há iniciativa no Congresso Nacional para edição de normas destinadas ao estímulo à reparação de danos por conduta anticompetitiva.

O Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, de autoria do Senador Aécio Neves, pretende alterar a Lei nº 12.529/2011 para introduzir significativas modificações de estímulo às ações de reparação de danos concorrenciais. Nos termos de seu preâmbulo, a proposta pretende:

tornar a multa à prática de cartel, por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência.¹⁰³

A justificativa do projeto está no aprimoramento do caráter dissuasório da multa imposta pelo CADE em face das empresas condenadas por práticas anticompetitivas e no estímulo ao ajuizamento de ações privadas para cessação das

⁹⁹ Essa é uma proposta extremamente interessante de regulação processual administrativa. Trata-se da adoção de um modelo *multi-tier*, em que podem ser incorporados diferentes métodos de resolução de disputas.

¹⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2014/104/EU**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em 12 ago. 2017.

¹⁰¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Interaction of public and private enforcement in cartel cases**. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

¹⁰² OECD. **Hearings. Arbitration and Competition**. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

¹⁰³ BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 283**, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em 17 out. 2017.

infrações, assim como ao ressarcimento dos danos provocados.

Além das relevantes alterações no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que trata do direito de ação, a proposta de mudança do artigo 93 reafirma a posição jurisprudencial de que a decisão administrativa do CADE servirá como prova do ilícito para fundamentar a concessão de tutela de evidência.¹⁰⁴ Ou seja, propõe-se que a decisão será suficiente para embasar pedido liminar em ações *follow-on* de reparação de danos concorrenciais. Nesses casos, pode-se debater se caberia a inversão do ônus da prova quanto à ocorrência do ilícito.

O projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal sob a relatoria do Senador Antônio Anastasia.¹⁰⁵

1.3. A viabilidade da persecução privada por meio da arbitragem

Estabelecida a importância do *enforcement* privado, como medida complementar ao *enforcement* público e a necessidade de equilíbrio destas políticas, é preciso identificar os métodos disponíveis para uma efetiva reparação dos danos derivados de cartéis.

Tradicionalmente, no Brasil, a persecução privada é realizada por meio do ajuizamento de ações judiciais. Porém, o Brasil e outros países têm buscado outras alternativas ao Poder Judiciário, diante da necessidade de uma resolução mais rápida e eficiente dos conflitos que envolvam a reparação de danos concorrenciais.¹⁰⁶

Uma pesquisa da *International Competition Network*, de 2007, sobre o *enforcement* público e privado em casos de cartéis, afirmou que a maioria dos países¹⁰⁷

¹⁰⁴ A proposta é consentânea com o relatório da ICN: “*As private cartel law enforcement is basically restricted to follow-on claims in the case of hard-core cartels, the relation between private and public cartel law enforcement is of fundamental important. For exempla, the survey showed that the burden of proof is significantly eased in private law suits if the decision of the competition authority has evidential value. In seven jurisdictions, the decision is even binding for private follow-on claims*”. *INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Interaction of public and private enforcement in cartel cases*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

¹⁰⁵ Último acesso em 27 de dezembro de 2017.

¹⁰⁶ A primeira iniciativa do Brasil nesse sentido foi a mencionada proposta contida na Consulta Pública nº 05/2016 que estimula a reparação de danos, inclusive por meios extrajudiciais. CADE. **Consulta Pública nº 05/2016**.

¹⁰⁷ África do Sul, Alemanha, Austrália, Brasil, Canadá, Hungria, Japão, México e Estados Unidos participaram diretamente do estudo. Os resultados incorporaram as conclusões do estudo da Comissão Europeia, em preparação de um *Green Paper*, em que contribuíram 25 países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polônia, Portugal, Suécia, Reino Unido e República Tcheca.

que participaram do estudo reconhecem a possibilidade da composição dos danos concorrenciais por meio de métodos alternativos de resolução de disputas, os quais incluem os procedimentos de negociação, conciliação, mediação e arbitragem.¹⁰⁸

A pesquisa também contou com a participação de NGAs (*non-governmental agencies*)¹⁰⁹ e empresas privadas¹¹⁰.

Tanto os NGAs como as empresas concordaram que métodos alternativos são importantes e efetivos para reparação de danos, eis que possibilitam soluções criativas que podem ser favoráveis para preservação de eventual relação comercial existente entre as partes e evitar publicidade negativa.

Além disso, seis NGAs afirmaram que 90% dos casos de reparação de danos concorrenciais são resolvidos fora do Judiciário. O restante declarou que não tinha conhecimento dos casos em sua jurisdição, contudo, quatro confirmaram que entendem que a arbitragem deve cumprir um papel relevante no futuro. Justificaram no fato de que os litígios envolvendo esses casos normalmente requerem um profundo estudo econômico e opiniões de especialistas.¹¹¹

Em 2010, a OCDE publicou o estudo *Arbitration and Competition*, cujo foco foi o papel da arbitragem na política e na prática do direito da concorrência. O estudo demonstrou que muitas disputas internacionais envolvem matérias relacionadas ao direito da concorrência e confirmou que a arbitragem deve se tornar uma área importante para a

¹⁰⁸ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Cartels Working Group. Subgroup 1 – General Framework. Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases - Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13.08.2017.

¹⁰⁹ 11 países participaram: África do Sul, Alemanha, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Finlândia, França, Hungria, Japão, México, Nova Zelândia e Reino Unido. Foram recebidas 18 respostas de NGAs diversos.

¹¹⁰ 10 países participaram: Austrália, Alemanha, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Finlândia, Holanda, Portugal, Reino Unido e União Européia. Foram recebidas 23 respostas de empresas diferentes.

¹¹¹ “Both the NGAs and companies agree in their assessment that settlements are an important and effective mechanism as they allow creative solutions which can be built in to the existing commercial relationship between the parties and help to avoid negative publicity for the company. Six NGAs reported that settlements already play a very important role in the resolution of private claims with over 90 % of these cases being settled out of court. The remaining NGAs declared that they are not aware of any cases being settled in their jurisdiction, although four expressed the opinion that settlements might play a significant role in the future of private competition litigation, as contested competition cases often require in-depth economic studies and expert opinions. Also the majority of the companies surveyed had no specific experience with settlements in competition-related cases. However, most of them also clearly see the potential of settlements in private damage claims. One company even referred to it as the ultimate way to go.” INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Cartels Working Group. Subgroup 1 – General Framework. Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases - Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

política pública e *enforcement* antitruste.¹¹²⁻¹¹³

A Diretiva 2014/104/EU sobre ações de reparação de danos concorrenciais também orienta ser desejável a reparação de danos concorrenciais por meio da arbitragem, mediação ou conciliação. Confira-se excerto do referido documento:

É desejável alcançar uma resolução definitiva para os demandantes, a fim de reduzir a insegurança jurídica para os infratores e os lesados. Por conseguinte, os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a resolução extrajudicial de litígios (incluindo aqueles em que um juiz pode declarar uma resolução vinculativa), a arbitragem, a mediação ou a conciliação. A resolução amigável de litígios deverá cobrir o maior número legalmente possível de lesados e infratores. As disposições da presente diretiva sobre a resolução amigável de litígios visam, por conseguinte, facilitar a utilização de tais mecanismos e aumentar a sua eficácia.¹¹⁴

1.3.1. Os métodos disponíveis para efetiva persecução privada

Nesse sentido, é preciso distinguir os métodos de resolução de disputas para que se compreenda adequadamente o potencial de cada um e o momento adequado para sua proposição e/ou utilização, inclusive por ser possível e recomendável conjugá-los por meio da utilização de cláusulas chamadas *multi-tier* ou escalonadas.

Antes de mais nada, cabe diferenciar os métodos litigiosos daqueles consensuais. De um lado, dentre os métodos heterônomos litigiosos estão a ação judicial e a arbitragem. De outro, são considerados mecanismos consensuais de resolução de controvérsias a negociação, a conciliação e a mediação.

As ações judiciais são o método heterocompositivo tradicional.

A atividade jurisdicional consiste na resolução de uma lide entre duas ou mais partes, promovida por meio de um processo judicial, de monopólio estatal, em que

¹¹² OECD. Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party n.º 3 on Co-operation and Enforcement. *Hearings: Arbitration and Competition*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

¹¹³ “On 26 October 2010, a Hearing on Arbitration and Competition took place in Working Party N. 3 of the OECD Competition Committee. The Hearing focused on the role of arbitration in competition policy and practice and the interface between these two areas of law. The Hearing highlighted that many international proceedings involve the resolution of competition disputes and that arbitration is likely to become an increasingly important area for competition policy and enforcement.”. Ibid, p. 7.

¹¹⁴ Sobre a referida orientação, cabe esclarecer que a arbitragem não se consagra como um método amigável de solução de disputas. Pelo contrário, a arbitragem é um método heterônimo litigioso. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em 12 ago. 2017.

há a intervenção de um juiz, representante do Estado, que lhes impõe uma decisão vinculante, conforme a ordem legal vigente.

Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, e Bryant Garth, da Universidade de Stanford, publicaram na obra *Acesso à Justiça* um diagnóstico das causas da ineficiência do sistema processual judicial, as quais foram divididas em três tipos: econômico, organizacional e processual.¹¹⁵

O estudo concluiu que o processo judicial possui custos elevados; não está adequado à proteção dos direitos difusos e coletivos; e não estaria apto para corresponder a determinadas demandas que desafiam um modelo menos formal, ou procedimentalmente mais flexível.

Tais preocupações deram origem a estudos e pesquisas que ao final resultaram nos chamados métodos alternativos de resolução de conflitos ou *Alternative Dispute Resolution – ADRs*¹¹⁶, os quais não dependeriam exclusivamente da intervenção do Poder Judiciário para solucionar um litígio, mas de métodos caracterizados por maior celeridade, informalidade, economia, flexibilidade e criatividade.

Quanto ao uso da terminologia, autores diversos alertam que seria preferível utilizar o vocábulo “adequados” ao contrário de “alternativos”. Isso porque tais métodos não se configuram como meios alternativos ao Poder Judiciário e nem mesmo opostos. Trata-se de meios complementares à jurisdição estatal.¹¹⁷

Os métodos alternativos de resolução de conflitos (MASC) não substituem ou excluem o Poder Judiciário, mas precisam de sua cooperação para a efetividade de seus institutos. Essa cooperação pode ser anterior, concomitante ou posterior à utilização de um MASC, pois tais métodos não possuem o poder de coerção necessário para impor suas decisões em caso de descumprimento de acordo ou decisão arbitral, por exemplo.¹¹⁸

Por sua vez, a arbitragem também é um método heterocompositivo. Trata-se de um mecanismo litigioso privado em que as partes submetem uma lide a um terceiro, ou terceiros, para que resolva a disputa por meio de uma decisão vinculante.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

¹¹⁶ As designações variam entre os países. No Brasil, são chamados de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MASC), Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESC) ou Resolução Apropriada de Disputas (RAD). Nos Estados Unidos e no Reino Unido, *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Em países na América Latina, *Resoluciones Alternativas de Disputas* (RAD). Na França, *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* (MARC).

¹¹⁷ MUNIZ, Joaquim De Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral**. 2015. p. 8.

¹¹⁸ PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. **Mediação de Conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. p. 58.

Nas palavras de Selma Lemes:

A arbitragem, portanto, é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão o tribunal arbitral. A decisão exarada por esse tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial (art. 31 da Lei nº 9.307, de 23.09.1996).¹¹⁹

Diante do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, as partes se submetem à arbitragem por meio de livre convenção. É a autonomia da vontade das partes que as vincula ao processo arbitral e afasta a jurisdição estatal, o qual só conhecerá da lide em sede de execução de sentença arbitral ou de ação anulatória, quando houver.¹²⁰

Apesar da litigiosidade sempre presente, a arbitragem promove uma maior cooperação entre as partes do que o processo judicial. Isso porque elas regularmente pretendem manter a relação jurídica, por vezes comercial, ou mesmo diante da possibilidade de alteração das regras procedimentais da arbitragem por consenso, o que estimula a cooperação.

Dentre os métodos consensuais de resolução de disputas, a forma mais comum é a negociação. Tal método, que pode ser realizado por meio de técnicas diversas de comunicação e de análise comportamental, resume-se à interação entre as partes que propõem alternativas para a resolução do conflito, sem a intervenção de um terceiro.¹²¹

A conciliação também é um método autocompositivo. O foco da conciliação é o acordo entre as partes. Contudo, nesse método, há a figura do conciliador, o qual está autorizado a direcionar as partes e o procedimento, a fazer recomendações, sugestões e até mesmo a redigir propostas de acordo para estimular a resolução do litígio.¹²²

A mediação também está dentre os procedimentos não adversariais, em que as partes em um conflito escolhem um terceiro ou um painel de pessoas neutras para facilitar a conclusão de um acordo que resolva a controvérsia.¹²³

¹¹⁹ LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007a. p. 59.

¹²⁰ Ressalvadas medidas urgentes.

¹²¹ “*Negotiation is an interaction in which people try to meet their needs or accomplish their goals by reaching an agreement with others who are trying to get their own needs met.*” MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict Resolution**. San Francisco: Jossey Bass. 2000. p. 142.

¹²² Segundo o Art. 165 do Código de Processo Civil: “[...] § 2º – O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

¹²³ De acordo com o Art. 165 do Código de Processo Civil: “[...] § 3º – O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

Existem diferentes modalidades de mediação.¹²⁴ Entretanto, em regra, ao contrário do que ocorre na conciliação, o papel do mediador será sempre voltado a facilitar a comunicação e o entendimento quanto à pretensão das partes, não existe o referido direcionamento. O mediador também difere do juiz e do árbitro, eis que não profere uma decisão, mas apenas auxilia as partes a chegarem a um acordo.

A conjugação de todos esses métodos é possível e recomendável. Trata-se de solução consagrada em disputas *multi-tier*, autorizadas por renomadas Câmaras de Arbitragem e Mediação do mundo, como a *International Chamber of Commerce*, a *London Court of International Arbitration*. e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).¹²⁵

Em regra, as cláusulas *multi-tier* impõem que algumas condições sejam preenchidas antes que uma arbitragem possa ser instaurada.

Pode haver determinação de que os representantes das partes se submetam a uma negociação, por exemplo. Caso a negociação não tenha sucesso, as partes seriam

¹²⁴ Há duas modalidades básicas de mediação: a avaliadora e a facilitadora. Mediação facilitadora (também chamada de mediação não-diretiva) é aquela na qual o mediador exerce tão-somente a função de facilitar a negociação entre as partes, focalizando seus interesses e auxiliando a formação de um consenso mais célere e menos oneroso. O mediador, na mediação facilitadora, não expõe suas opiniões sobre os pedidos das partes e nem mesmo sobre o acordo. A atuação do mediador tende a aproximar as partes, conciliando interesses convergentes. Assim, passa a existir uma parceria entre elas, compondo uma mesma relação negocial. A mediação avaliadora, a seu turno, também chamada de avaliação diretiva, é caracterizada pela maior liberdade do mediador. Nesta modalidade de mediação, o mediador pode opinar sobre questões de fato e de direito e, além disso, sugerir às partes a solução que considerar mais justa, bem como os termos de um possível acordo. Também pode avaliar as possibilidades de resultado judicial da disputa, informando-as às partes. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>> Acesso em 17 set. 2017.

¹²⁵ Confirmam-se os modelos de cláusulas escalonadas da CAM-CCBC: (i) Cláusula Padrão Escalona Med-Arb.: Qualquer controvérsia originária do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas. A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de três árbitros, indicados na forma do citado Regulamento. (ii) Cláusula Detalhada Escalonada Med-Arb.: 1- Qualquer controvérsia originária do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas. 1.1- A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento. 2.1- A arbitragem será administrada pelo CAM-CCBC e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato. 2.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC. 2.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado]. 2.4- O procedimento arbitral será conduzido em [idioma]. 2.5- [lei aplicável].

submetidas a uma mediação. E, finalmente, se ainda houver alguma controvérsia pendente de resolução, como a quantificação de um dano, por exemplo, as partes ficam livres para dar início ao procedimento arbitral.

A ideia dessas cláusulas é promover uma combinação entre os métodos consensuais de resolução de disputas e a arbitragem. Tal procedimento evita que as partes se submetam imediatamente à arbitragem, forçando-as à utilização dos métodos consensuais de disputas, em prol da consensualidade, da economicidade e da celeridade.

Diante desses diversos métodos e de suas peculiaridades, entende-se que não é possível estabelecer de antemão um método melhor ou pior para a resolução de disputas de determinada natureza. Tal avaliação deve ser feita pelos sujeitos da relação jurídica controversa, considerados os interesses e o objeto em disputa.

Em outras palavras, cada método é único e insubstituível, assim como é o Poder Judiciário. Admite-se, contudo, que, sempre que possível, os métodos litigiosos de resolução de disputas devem dar preferência aos consensuais, sendo recomendável sua utilização apenas quando houver um litígio que não puder ser resolvido por meio de acordo.

1.3.2. O cabimento da persecução privada na via arbitral

Quando o litígio envolve o direito da concorrência, surge o debate se as regras inerentes a essa matéria devem ser aplicadas no âmbito de um método heterônomo privado de resolução de disputa como a arbitragem.

Antes de mais nada, é preciso ter claro que as normas que são aplicáveis pelo Poder Judiciário devem ser igualmente utilizadas para um julgamento na esfera arbitral, pois o árbitro é juiz de fato e de direito¹²⁶ e a sentença proferida na arbitragem produz os mesmos efeitos que uma sentença judicial.¹²⁷ As principais diferenças entre as jurisdições é que os árbitros não têm poder de coerção e a sentença arbitral sempre terá efeitos limitados o objeto da disputa entre as partes.

A premissa de que as normas de ordem pública foram criadas para o bem-

¹²⁶ De acordo com o artigo 18 da Lei de Arbitragem, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

¹²⁷ Essa é a regra prevista no artigo 31 da Lei de Arbitragem, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

comum e que, portanto, devem ser objeto apenas de persecução pública é um equívoco.¹²⁸ São inúmeras as matérias em que a iniciativa do particular é fundamental para garantia de direitos fundamentais previstos em normas de ordem pública, como é o caso do direito constitucional¹²⁹ e, por sua vez, da concorrência.

Antigamente, era pacífico o entendimento de que o direito da concorrência seria matéria não arbitrável. As objeções relativas à arbitragem tratam do menor rigor procedimental na fase probatória; da fundamentação limitada das sentenças arbitrais em alguns países e na ausência de previsão de recurso (segundo grau de jurisdição).

Porém, esse entendimento mudou a partir da metade da década de 80, especialmente com o *leading case* chamado *Mitsubishi*¹³⁰, em que a Suprema Corte norte-americana decidiu que demandas relacionadas ao *Sherman Act* poderiam ser submetidas à arbitragem.

A Corte destacou que não havia razoabilidade no entendimento de que os árbitros estariam menos aptos a julgar questões concorrenciais do que os juízes nacionais. Ademais, estabeleceu a chamada *second look doctrine*, a qual propiciou a revisão pelo Poder Judiciário, encarregado de identificar eventuais violações à ordem pública em decorrência da sentença arbitral.

Na União Europeia, no caso *Eco Swiss*¹³¹, a *European Court of Justice* também esclareceu que disputas relacionadas ao direito antitruste europeu são arbitráveis¹³²⁻¹³³. Nesse caso, a Corte consolidou o entendimento de que uma corte nacional estaria obrigada a anular uma sentença que ofende o direito concorrencial europeu, caso sua lei doméstica determine a anulação das sentenças que ofendem a ordem pública.

Entretanto, observa-se que existem movimentos contrários a essa

¹²⁸ ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. 1996.

¹²⁹ Um bom exemplo é o direito constitucional à saúde, cujas demandas privadas já ensejaram no estabelecimento de diversas políticas públicas na área de saúde.

¹³⁰ A decisão deixou claro que: “*there is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism [to enforce competition law]*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Supreme Court. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 1985. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>>. Acesso em 10 out. 2017.

¹³¹ UNIÃO EUROPEIA. *European Court Of Justice. Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int'l*, 1999. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=101389&doclang=en>>. Acesso em 10 out. 2017.

¹³² Outros países como Suíça, Alemanha, Itália, Suécia, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia e Canadá também entendem que cabe arbitrar questões de direito concorrencial.

¹³³ Existem ainda outros casos representativos como o *Baxter v. Abbot* (7th Cir - USA), *Thales v. Euromissile* (Paris Court of Appeal), *Tensacciai v. Terra Armata* (Swiss Federal Tribunal/Milan Court of Appeal), *Marketing Displays v. VR* (Hague Court of Appeal), *Schott* (Thuringer OLG), *American Express v. Italian Colors Restaurant* (Supreme Court – USA).

tendência internacional. Um exemplo é o *Arbitration Fairness Act* de 2013¹³⁴, em tramitação no Congresso dos Estados Unidos. Tal norma pretende alterar a lei de arbitragem norte-americana, chamada de *Federal Arbitration Act*, para invalidar as convenções de arbitragem que submetam a resolução de disputas concorrenciais à via arbitral.

Sobre essa questão, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Mariana Binder afirmam que:

o projeto de lei parece ir de encontro com as tendências mais atuais da jurisprudência internacional que, com o aumento da confiança no instituto da arbitragem, expandiu o conceito de arbitrabilidade de demandas envolvendo o direito da concorrência, superando a barreira inicialmente imposta.¹³⁵

Para os autores, a questão da aplicação das normas de ordem pública estaria superada, o que se pretenderia agora seria encontrar o equilíbrio interpartes. Afirmam que a proposta legislativa norte-americana teria surgido em meio a um debate sobre a arbitrabilidade das questões concorrenciais e a possível existência de abusos na formação do consenso.¹³⁶

Essa autora já teve a oportunidade de se manifestar sobre a arbitragem internacional e modelos de análise que permitam aprofundar a pesquisa sobre a relação da arbitragem internacional e o poder econômico. Um dos critérios de análise do modelo chamado *power-base model* é justamente o desequilíbrio entre as partes no jogo arbitral internacional.¹³⁷

A matéria é de suma importância e vem se desenvolvendo no âmbito da arbitragem a partir de estudos sobre o consentimento.

No Brasil, é perfeitamente possível a aplicação das regras previstas na Lei nº 12.529/2011¹³⁸ em uma arbitragem, afinal, tais regras são imperativas no ordenamento positivo brasileiro. Excetua-se, evidentemente, a aplicação das normas relativas ao poder

¹³⁴ *US CONGRESS. Arbitration Fairness Act of 2013*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/878>>. Acesso em 03 out. 2017.

¹³⁵ RAGAZZO, Carlos E. J.; BINDER, Mariana. Defesa da Concorrência e Arbitragem Internacional. *Revista do IBRAC*. v. 22, nº 2, 2016. p. 308.

¹³⁶ *Ibid*, p. 334.

¹³⁷ ROST, Maria A. Arbitragem, Governança e Poder Econômico. In: FRAZÃO, Ana. (Org.) **Constituição, Empresa e Mercado**. Faculdade de Direito – UnB, 2017.

¹³⁸ Também é possível a aplicação das regras previstas em leis antitruste estrangeiras. Como se sabe, o §1º do art. 2º da Lei nº 9.307/1996 dispõe que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem. Tal dispositivo divide a doutrina entre a possibilidade de aplicação de regras de direito estrangeiro nas disputas domésticas. Alguns autores defendem tal possibilidade quando se verifica algum elemento de conexão internacional. BRASIL, **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 28 set. 2017.

de polícia do Estado.

Isso significa que os árbitros devem aplicar a Lei, mas não possuem competência para a imputação das sanções previstas nas normas antitruste por eventual infração à ordem econômica, nem mesmo para proferir decisões sobre atos de concentração. Nesses casos, a competência é exclusiva da autoridade da concorrência, o CADE ou do Poder Judiciário, em última instância.

O mesmo entendimento é encontrado na esfera internacional, consideradas as peculiaridades das normas locais. No caso *Aplix v. Velcro*, julgado pela Corte de Apelação de Paris ainda em 1993, pacificou-se o entendimento de que os árbitros possuem competência para determinar as consequências civis das condutas anticompetitivas, mas não podem invadir a esfera de atuação das autoridades da concorrência.¹³⁹

Em uma arbitragem, a aplicação das normas de direito da concorrência pode ser realizada pelos árbitros de ofício ou a requerimento das partes. Entende-se que a atuação de ofício é um dever diante da lei aplicável, especialmente em atenção à obrigação do árbitro em proferir uma sentença arbitral exequível.

Entretanto, a aplicação de tais normas de ofício deve se restringir ao necessário para resolução da disputa. Isso significa que a atuação será balizada pelos limites do objeto submetido à disputa na convenção de arbitragem. Em outras palavras, os limites da atuação do árbitro serão encontrados na própria convenção de arbitragem.

Sobre a matéria em análise, no estudo *Arbitration and Competition*, a OCDE esclarece que a arbitragem deve ser considerada como mais um meio para correta aplicação das regras de antitruste. Confira-se:

*Arbitration is a normal tool for the settlement of commercial disputes and its use in resolving competition disputes is likely to increase. However, recourse to arbitration does not threaten or jeopardize the application of competition laws and there is no need to change the basic approach of arbitration and the review of arbitral awards to accommodate the increase of competition law disputes. Arbitration and its use should therefore be seen as one further tool for the correct application of competition law.*¹⁴⁰

No documento, aponta-se ainda que os árbitros têm o dever de aplicar o direito da concorrência às arbitragens, ao passo que possuem o encargo de motivar adequadamente suas decisões, inclusive para que os Tribunais possam controlar se as questões relativas ao direito da concorrência foram examinadas corretamente.

¹³⁹ FRANÇA, Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993.

¹⁴⁰ OCDE. *Hearings. Arbitration and Competition*. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em 22 set. 2017.

No Brasil, o controle judicial das sentenças arbitrais será realizado apenas em sede de impugnação ao cumprimento de sentença arbitral ou pela via da ação anulatória, ambas previstas na Lei nº 9.307/1996.¹⁴¹

Adota-se a teoria minimalista que estabelece que o Poder Judiciário não é competente para reexaminar o mérito da controvérsia, mas tão somente para declarar a nulidade da sentença arbitral, se observada alguma das causas de nulidade previstas no rol do artigo 32¹⁴² da referida Lei. Destaca-se que grande parte da doutrina entende que esse rol é taxativo.¹⁴³

Declarada a nulidade da sentença arbitral, o Judiciário determinará que o árbitro ou Tribunal profira nova sentença arbitral, se houver pedido nesse sentido.¹⁴⁴

Assim, verifica-se que o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário não se imiscuem em matéria de persecução pública, mas se restringem à análise de questões privadas passíveis de serem submetidas à arbitragem, adstritas, portanto, ao *enforcement* privado.

1.3.3. A arbitrabilidade do dano decorrente de ofensa à ordem econômica

No âmbito da pretensão de reparação civil por dano¹⁴⁵, o objeto se refere, em um primeiro momento, ao evento, e, num segundo momento, aos prejuízos sofridos por ação ou omissão, negligência ou imperícia de outrem que tenha incorrido em prática ilícita ou em abuso de direito¹⁴⁶, observado o nexos de causalidade.

Antônio Junqueira de Azevedo classificou tais momentos de influência

¹⁴¹ BRASIL, **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 28 set. 2017.

¹⁴² “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

¹⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 399.

¹⁴⁴ Cf. o artigo 33 da Lei nº 9.307/1996.

¹⁴⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, os pressupostos da responsabilidade civil são extraídos do artigo 186 e 927 do Código Civil. Tais dispositivos determinam, respectivamente, que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14 set. 2017.

¹⁴⁶ O ilícito decorre tanto da transgressão da norma jurídica como do abuso de direito. Esse é o disposto no artigo 187 do Código Civil: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Op. Cit.

como dano-evento, caracterizado pela violação a determinado bem jurídico e dano-prejuízo, representado pelo prejuízo resultante daquela violação.¹⁴⁷

Tal classificação é relevante porque auxilia na individualização do bem jurídico tutelado que, se violado, poderá resultar em danos-prejuízo independentes, possivelmente com naturezas jurídicas diversas (moral ou patrimonial) e de diferentes titularidades (pessoa natural, pessoa jurídica e sociedade).

A Lei nº 9.307/1996 estabelece que as pessoas capazes poderão se utilizar da arbitragem para resolver disputas relativas a direitos patrimoniais disponíveis. A norma define aquilo que pode ser objeto de uma arbitragem (arbitrabilidade objetiva) e quem pode se submeter a uma arbitragem (arbitrabilidade subjetiva).¹⁴⁸

A arbitrabilidade é definida pela lei nacional de cada país. No Brasil, é o Código Civil que define quem são as pessoas capazes de contratar. Também as matérias arbitráveis são estabelecidas no direito nacional, de acordo com os pressupostos da disponibilidade e da patrimonialidade.

A arbitrabilidade subjetiva é matéria regulada pelo direito civil.

Essa observação foi consagrada no famoso precedente do “Caso Lage”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que teve como objeto o espólio de Henrique e Renaud Lage.¹⁴⁹

No caso mencionado, o Procurador Geral da Fazenda questionava a constitucionalidade de juízo arbitral instaurado para discutir, dentre outras questões, o valor da indenização a ser paga pela União Federal pela incorporação ao patrimônio nacional dos bens e direitos das Organizações Lage, empresas privadas que se dedicavam à navegação, a estaleiros e aos portos.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal entendeu que o Estado poderia se submeter à arbitragem como pessoa jurídica apta a contratar, vedada tal submissão quando atua com poder de império, na condição de Poder Público.

Diversos autores escreveram sobre o referido julgado. Ao comentar tal julgamento, José Carlos Magalhães afirmou que “a capacidade de se comprometer é matéria de direito civil, não se podendo negar ao Estado brasileiro sua legitimidade em ajustar convenção de arbitragem, como reconhecido pela já citada decisão do Supremo

¹⁴⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 291.

¹⁴⁸ Cf. o artigo 1º da Lei nº 9.307/1996.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 52.181 – GB**, RTJ 68/382.

Tribunal Federal”.¹⁵⁰

Esse *leading case* encerrou o debate sobre a constitucionalidade da arbitragem e a possibilidade da participação do Estado Administrador como parte, diante de sua inegável capacidade de contratar.¹⁵¹⁻¹⁵²

Sobre a matéria, cabe o esclarecimento de que a arbitrabilidade subjetiva do Estado não se refere à sua capacidade de transacionar, mas sim de contratar. O instituto da transação não se confunde com aquele da contratação. No primeiro, há uma troca de bens jurídicos enquanto que, no segundo, há um acordo de vontades.

Note-se que quando o Estado submete um litígio à arbitragem não está abrindo mão de nenhum direito, mas apenas deslocando a disputa da esfera de jurisdição estatal para uma jurisdição privada. Logo, não há que se falar em transação.

Por sua vez, os pressupostos da arbitrabilidade objetiva (o que pode ser arbitrado) são regulados pela norma geral do Código Civil e pela lei especial que regula a arbitragem, a Lei nº 9.307/1996.

O Código Civil determina que é vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.¹⁵³ De outro lado, a lei de arbitragem confirma que as disputas relativas a direitos patrimoniais e disponíveis são arbitráveis.¹⁵⁴

São patrimoniais os direitos que tenham repercussão econômica.

¹⁵⁰ MAGALHÃES, José Carlos. **Do Estado na Arbitragem Privada**. Revista de informação legislativa, V. 22, nº 86, abr./jun. 1985, pp. 125 – 138, p. 138. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181639>>. Acesso em 18 dez. 2017.

¹⁵¹ Conforme o artigo 851 do Código Civil, “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

¹⁵² De acordo com o artigo 853 do Código Civil, “é admitida nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

¹⁵³ Vide o artigo 852 do Código Civil, “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

¹⁵⁴ De acordo com Cesar Augusto Guimarães Pereira “Os arts. 851 e 852 do Código Civil, que é lei posterior à Lei de Arbitragem, adota um modo diverso de definir a arbitrabilidade objetiva. Primeiro, como fórmula geral, prevê no art. 851 a arbitrabilidade subjetiva (“pessoas que podem contratar”) e alude simplesmente a “litígios”. No art. 852, estabelece campos nos quais não poderá haver arbitragem: (a) questões de estado (estado civil, capacidade), (b) de direito pessoal de família e (c) outras questões “que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Portanto, o Código Civil não mais tratou da disponibilidade em geral como critério de arbitrabilidade. Apenas reafirmou a patrimonialidade, vedando a arbitragem em certos casos específicos e nos que se enquadrem em uma fórmula geral de não-patrimonialidade. A partir disso, ao menos uma parte da doutrina vem defendendo a noção de que basta o objeto de um litígio ser patrimonial para que a solução arbitral seja possível. Demonstra também que a disponibilidade não é um fator inerente à arbitragem e que outros sistemas jurídicos já a aboliram em seus ordenamentos. Essa posição é importante mas não é majoritária. A maior parte da doutrina e jurisprudência alude ainda aos dois aspectos – patrimonialidade e disponibilidade – como necessários para que um litígio seja arbitrável”. **Arbitragem e Administração**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

Quanto à disponibilidade, são considerados materialmente disponíveis aqueles direitos que podem ser objeto de renúncia ou alienação. Já a disponibilidade instrumental se refere as disputas que podem ser resolvidas pelas partes, sem a chancela do Poder Judiciário.

Nas arbitragens envolvendo à Administração Pública, o pressuposto da disponibilidade não se refere à possibilidade de renúncia do direito em si, mas à viabilidade de resolução de determinada controvérsia no âmbito administrativo, sem a interferência da via judicial.¹⁵⁵

Em outras palavras, trata-se de direitos sobre os quais a Administração Pública tem a liberalidade de decidir na esfera administrativa, tal como ocorre com matérias afetas ao equilíbrio econômico financeiro de um contrato administrativo de delegação de serviço público – ao contrário do que ocorre na falência, por exemplo, que o litígio deve ser obrigatoriamente decidido no Poder Judiciário.¹⁵⁶

Quanto ao direito de ação, há que se verificar ainda à titularidade da pretensão, considerada a classificação dos direitos em individuais, individuais homogêneos, difusos e coletivos em sentido estrito.

Os direitos individuais e individuais homogêneos são, em regra, disponíveis. Porém, os difusos e os coletivos são materialmente indisponíveis. Além disso, submetem-se à exigência da Lei nº 7.347/1985 que impõe a participação do Ministério Público nas demandas de reparação de danos por infração da ordem econômica.¹⁵⁷

É preciso observar, no entanto, que bens jurídicos entendidos como

¹⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (coords.) **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, pp. 335 - 358, 2005. p. 340 - 344. A doutrina vem criando modelos de exame de disponibilidade de direitos sobre os quais a Administração pode reconhecer que não tem razão, sem recorrer à jurisdição estatal (indisponibilidade instrumental). Ou seja, direitos que poderiam ser reconhecidos (ou não) na esfera administrativa.

¹⁵⁶ Na falência, apesar de tratar de questões patrimoniais, fatores de natureza coletiva levam a lei a impor a condução do litígio pelo Poder Judiciário. Portanto, as partes não têm disponibilidade sobre o meio de solução da controvérsia.

¹⁵⁷ Cf. o art. 5º, §1º. BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico (...) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 15 out. 2017. A participação do Ministério Público ou de *amicus curiae* em arbitragens é algo controvertido na atualidade. A Resolução Administrativa nº 09/2014 do Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC autoriza a participação de *amicus curiae*, nos seguintes termos: “É permitida a participação de *amicus curiae* no procedimento arbitral, desde que previamente autorizado pelo Tribunal Arbitral, que deverá considerar, em seu juízo de conveniência e oportunidade, a relevância da matéria e a representatividade do postulante” (Enunciado nº 05). Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>>. Acesso em: 02 out. 2017.

materialmente indisponíveis, quando violados, podem dar ensejo a pretensões individuais disponíveis de natureza reparatória, as quais podem ser resolvidas sem a intervenção do Poder Judiciário. Esse é o caso das pretensões de reparação de danos por ofensa à ordem econômica.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

¹⁵⁸ “No que diz respeito à violação à ordem econômica, poder-se-ia pensar, à primeira vista, que tal matéria seria indisponível, o que também não é verdade, especialmente quando se está tratando de demandas reparatórias ajuizadas pelas partes prejudicadas para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, o que pode ocorrer independentemente do inquérito ou processo administrativo (tal como previsto no art. 47 da Lei nº 12.529/2011)”. 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**, v. 11, nº 43, pp. 7–32, 2014.

¹⁵⁹ De acordo com Cesar Augusto Guimarães Pereira, “não parece também haver dúvida quanto à arbitrabilidade objetiva de aspectos patrimoniais de direitos da personalidade ou outros que tenham um núcleo não patrimonial. É o que ocorre com a ação civil derivada de ilícitos penais ou a reparação por uso indevido da imagem, que podem ser resolvidas por arbitragem se houver convenção das partes nesse sentido”. **Arbitragem e Administração**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>> Acesso em: 02 dez. 2017.

¹⁶⁰ Outro exemplo seria uma disputa entre duas empresas responsáveis solidárias por ilícito concorrencial ou ambiental. Tal disputa poderia ser submetida à arbitragem para que fosse fixada a parcela de responsabilidade de cada uma.

CAPÍTULO 2. A arbitragem como instrumento disponível à Administração Pública para reparação de dano derivado de cartéis em licitação pública

Nesse contexto, a arbitragem é mecanismo de resolução de disputa que comporta pretensões de reparação de danos derivados de cartéis em licitação pública. Verificar-se-á ainda que tal instrumento poderá ser utilizado pela Administração Pública, quando, comprovada a ocorrência do ilícito e do nexo de causalidade, sejam identificados danos-prejuízo de titularidade de pessoa jurídica responsável pelo exercício de função administrativa.

2.1. O exercício da função administrativa do Estado

A função administrativa é exercida de acordo com as normas de determinado país. Não há um modelo único, pois sua consolidação é dependente de um processo histórico atinente à formatação e/ou à separação do poder político.

No Brasil, tal função é exercida pelos três poderes da República. Entretanto, é o Poder Executivo¹⁶¹ que a desenvolve de forma direta e preponderante por meio de um conjunto de entes organizados de maneira hierárquica, a partir de uma formação centralizadora.¹⁶²

De acordo com Agustín Gordillo, a função administrava é delimitada por exclusão:

[...] debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, como así también las funciones de poder jurídico o económicos ejercidas por particulares merced a una potestad conferida por el Estado.¹⁶³

Em regra, no Estado Constitucional de Direito, a função administrativa encerra um conjunto de poderes jurídicos atribuídos pelo Estado para promover a

¹⁶¹ É certo que o Poder Executivo também é encarregado da função de governo, cujas competências se relacionam ao poder soberano, tais como a própria existência e arquitetura do Estado, assim como a formulação de escolhas políticas primárias. A função de governo, portanto, é distinta da função administrativa.

¹⁶² A centralização da Administração Pública é uma herança do Antigo Regime que foi consolidada no período napoleônico na França. Esse modelo foi exportado para diversos países do mundo, inclusive para o Brasil.

¹⁶³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. V-19.

satisfação de interesses diversos, em busca da realização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Não é possível estabelecer uma lista taxativa dessas manifestações. De todo modo, os administrativistas apontam os tipos mais marcantes, os quais podem ser exercidos de forma singular ou associada.¹⁶⁴

A atividade diária da Administração Pública envolve precipuamente a função ordenadora, que tem como objeto a edição de regras, de decisões e de atos administrativos. Nesse tipo, inserem-se as atividades características de gestão e também as relativas ao exercício do poder de polícia do Estado.

Já a função regulatória envolve a disciplina do desempenho de setores empresariais. Em regra, consagra-se no estabelecimento de medidas de permissão e de proibição, mecanismos de incentivo e de desincentivo. Tal função pode inclusive incorporar a administrativa de fomento, que se caracteriza pela aplicação de recursos públicos para o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

Também há que se notar a função de controle. Trata-se de função formal e institucionalizada de auditoria e de orientação destinadas ao controle dos atos da própria Administração Pública. A complexidade da atividade administrativa e a demanda por maior eficiência e transparência têm ensejado um controle cada vez mais sofisticado.

Esses tipos de função administrativa são exercidos exclusivamente pela Administração Pública, ainda que por meio de entes da Administração Indireta, eis que as atividades desenvolvidas no seu âmbito envolvem competências públicas que não podem ser delegadas à iniciativa privada.

Existe ainda a função administrativa prestacional, que se destina à satisfação das necessidades da Administração e da coletividade por meio da prestação de serviços públicos e mediante a intervenção direta do Estado na economia.

Na função prestacional, as atividades administrativas relativas aos serviços públicos podem ser delegadas aos particulares por meio das licitações e dos contratos administrativos, como autoriza o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988.

2.1.1. A capacidade de contratar do Estado

Historicamente, já existiu o entendimento de que a Administração Pública

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed., São Paulo: RT, pp. 114 – 115, 2015.

não celebrava contratos, mas apenas praticava atos unilaterais. Em um segundo momento, evoluiu-se para entender que o Estado praticaria um ato administrativo misto. Ter-se-ia um ato unilateral com relação às cláusulas regulamentares¹⁶⁵ e um contrato com relação às cláusulas econômicas.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

Em um terceiro momento, reconheceu-se que a capacidade contratual da Administração Pública não difere da capacidade de contratar de outras pessoas jurídicas, o que decorre diretamente do aspecto dinâmico da personalidade¹⁶⁸, caracterizado pela vontade e pela manifestação dessa vontade.

Esse foi o entendimento do STF no supracitado “Caso Lage”, que consolidou a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública.¹⁶⁹

Ademais, a Constituição Federal de 1988 reconhece a capacidade contratual da Administração Pública¹⁷⁰ ao atribuir ao conjunto de sujeitos políticos da Administração Direta, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o exercício das funções administrativas do Estado.

Note-se que tais funções também podem ser atribuídas à chamada Administração Indireta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, nos termos do Decreto-Lei nº 200/1967.

Nesse contexto, importa observar que nem sempre os integrantes da Administração Indireta estarão submetidos ao mesmo regime jurídico que os entes da Administração Direta. Em geral, o regime jurídico de direito público se aplica às autarquias, às fundações de direito público e aos consórcios públicos. Contudo, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações podem estar submetidas ao regime jurídico de direito privado.

Ainda que se entenda pela complementariedade desses regimes em muitos casos, tal observação é relevante no contexto das contratações administrativas. Isso porque a preponderância de um ou de outro regime é o ponto de partida para se entender pela aplicação (ou não) das limitações impostas pelo direito público.

¹⁶⁵ Aquelas em que o Estado atua com poder de império.

¹⁶⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 335-349, 2012. p. 341. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, V. 1, pp. 681-687, 1969.

¹⁶⁷ O conceito de cláusula econômica será melhor explicitado adiante. Por ora, cabe mencionar, desde logo, que são cláusulas que permitem o acordo entre as partes, ainda que no âmbito de um contrato administrativo.

¹⁶⁸ HAURIOU, Maurice. pp. 31 – 77. 1968.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 52.181 – GB**, RTJ 68/382

¹⁷⁰ Com relação às licitações públicas e a prestação de serviços públicos, vide os artigos 37 e 175 da CF/88.

Em especial, com relação às empresas estatais, cabe enfatizar que as relações jurídicas estabelecidas com terceiros estão submetidas ao direito privado, ainda que obrigatória a realização de licitação para a celebração de determinados contratos. Esse já era o entendimento de parte da doutrina, que restou consolidado no artigo 68 da novel Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

Isso significa que as limitações impostas à Administração Pública não serão imputáveis às empresas estatais no exercício das atividades econômicas em sentido estrito, o que se aplica também no âmbito das arbitragens.¹⁷¹

2.1.2. Os contratos celebrados pela Administração

Estabelecidas a capacidade contratual do Estado e as pessoas jurídicas competentes ao exercício das funções administrativas, cabe descrever as espécies de contratos celebrados pela Administração Pública.

Existe controvérsia na doutrina sobre a classificação desses contratos.

De todo modo, é possível identificar três correntes. A primeira, nega a existência de contratos da Administração Pública. A segunda, admite que todos os contratos devem ser classificados como administrativos. E a terceira, aceita a existência do gênero *contratos da Administração Pública*, com as seguintes espécies: contrato administrativo, aos quais se aplicam as cláusulas exorbitantes; e os contratos de regime predominantemente privado.

No presente estudo, adotar-se-á a classificação estabelecida por Marçal Justen Filho que define os contratos administrativos como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.¹⁷²

O autor acompanha a segunda corrente para apontar três espécies de contrato administrativo em sentido amplo, quais sejam, (i) os acordos de vontade da Administração, (ii) os contratos de direito privado e (iii) os contratos administrativos em

¹⁷¹ Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “A teor do art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, a empresa pública ou a sociedade de economia mista que explora atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. (ADPF 437 MC, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 17/03/2017)

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal, 2015. p. 452.

sentido estrito.

Os acordos de vontade da Administração não têm como propósito a satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, mas operam de forma a instrumentalizar as atividades da administração na busca da efetividade dos direitos da comunidade. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Esses acordos de vontade da Administração Pública vão adquirindo relevância cada vez maior, em virtude da tendência à consensualização da atividade administrativa. Ou seja, a função administrativa evolui em direção a ampliação de soluções negociadas entre a Administração Pública e os particulares. Ao invés de impor uma solução de modo unilateral, o Estado instaura relações consensuais, de modo a reduzir a litigiosidade e ampliar a legitimidade de suas decisões. Essas diversas figuras recebem denominações variadas nos atos normativos.¹⁷³

A convenção de arbitragem poderia ser enquadrada nessa categoria, uma vez que é um acordo de vontade da Administração para a resolução de uma disputa por meio de tribunal privado composto por um ou mais árbitros, abdicando da jurisdição estatal.

Já os contratos de direito privado são aqueles que se caracterizam pelos negócios jurídicos típicos da vida cotidiana privada, regidos predominantemente pelo direito privado, tais como os contratos de compra e venda, de locação, de doação, de comodato, de seguro, entre outros.

A terceira modalidade de contratação administrativa se refere aos contratos administrativos em sentido estrito, os quais compreendem as figuras dos contratos de colaboração e de delegação que, em regra, são celebrados após a realização de uma licitação pública (art. 37, XXI da CF/88).

Os contratos de colaboração¹⁷⁴ são aqueles em que um particular assume a obrigação de satisfazer alguma necessidade da Administração Pública. Nesse contexto, estão inseridos os contratos que têm por objeto as alienações, as compras, os serviços e as obras públicas.

Já os contratos de delegação¹⁷⁵ se caracterizam pela delegação de serviços públicos, por meio de contratos de concessão comum; concessão patrocinada e concessão

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2015. p. 454. Alguns exemplos de acordos de vontade da Administração Pública são: convênios públicos; contratos de consórcio público; contratos de programa; contratos de rateio; contratos de gestão; termos de parceria; termos de colaboração e de fomento; contratos de fomento; termos de ajustamento de conduta; termos de cessação de conduta; acordos de leniência, entre outros.

¹⁷⁴ Os contratos de colaboração são regidos pela norma geral de licitação de contratos públicos, a Lei nº 8.666/1993, bem como pelos regimes das Leis nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011.

¹⁷⁵ Os principais contratos de delegação são regidos pelas Leis nº 8.987/1995, nº 11.079/2004 e nº 13.303/2016, que tratam de concessões, parcerias-público privadas e do estatuto jurídico das empresas estatais, respectivamente.

administrativa – as duas últimas são conhecidas como as parcerias público-privadas.¹⁷⁶

Destaca-se que a característica fundamental dos contratos administrativos em sentido estrito é o seu caráter econômico (patrimonialidade). Tais contratos são comutativos, envolvendo prestações recíprocas entre as partes, as quais podem ser quantificadas economicamente.

Ademais, esses contratos possuem cláusulas regulamentares e econômicas. As primeiras se referem ao objeto do contrato e à forma de sua execução. Decorrem do poder de império do Estado e são estabelecidas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Já as cláusulas econômicas dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da avença e, portanto, devem ser objeto de acordo entre as partes.¹⁷⁷

2.1.3. A função social da contratação administrativa

Após 1995, a proposta do gerencialismo na Administração Pública foi instituída gradualmente nas instituições trazendo novos paradigmas também para as contratações públicas. Essa nova Administração moderna, eficiente e flexível percebeu os contratos públicos como instrumentos para alcançar os seus objetivos, dentre os quais, a realização de investimentos de grande envergadura.

A principal marca do direito administrativo contemporâneo é a flexibilidade das relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares para o atingimento de metas relacionadas à realização de obras e serviços públicos.¹⁷⁸

É nesse contexto que se consolidou um movimento desenvolvimentista no regime jurídico das contratações pública no Brasil, com grande participação do setor privado como investidor e a interlocução dos regimes jurídicos de direito público e privado. O reflexo disso é a edição da Lei¹⁷⁹ das parcerias público-privadas e a novel Lei

¹⁷⁶ Outros instrumentos de delegação de serviços são a permissão; a autorização; a concessão urbanística; a franquia empresarial e a terceirização.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 02 de. 2017.

¹⁷⁸ WALD, Arnold. **Infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem**. RAM 5:17/18, abr./jun., 2005. WALD, Arnold. MORAES, Luiz Rangel. WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: RT, 1996. p 39.

¹⁷⁹ BRASIL, Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004

das Estatais¹⁸⁰.

Nas palavras de Selma Lemes:

Verifica-se que os contratos administrativos podem ser classificados como ferramentas institucionais para se atingir um fim: contar com a cooperação e colaboração do setor privado em investimentos que demandam valores vultuosos e operações complexas, geralmente vinculadas a obras de infraestrutura nos mais variados setores, desde energia, transportes, saneamento etc, que o Estado isoladamente não tem recursos suficientes para suportar. O Estado deve atender também, e preponderantemente, às demandas sociais nas áreas de saúde, educação, saneamento básico e outras, que carecem de intervenção imediata e urgente dos setores públicos. Com efeito, as diversas formas de parcerias e negócios com o setor privado, entre elas as concessões de obras e serviços públicos e as novas concessões administrativas, na acepção da Lei n. 11.079, de 2004, representam a prova incontestada desta afirmação.¹⁸¹

Nesse cenário, os contratos públicos passaram a acomodar também princípios jurídicos de direito privado¹⁸². Apesar da incidência das cláusulas exorbitantes da Administração, as contratações públicas passaram a observar os princípios da boa-fé, da lealdade, da confiança legítima, entre outros, de características privatistas.

A privatização da Administração Pública é um movimento que vem crescendo na ordem constitucional brasileira, com maior visibilidade desde a reforma gerencial e o estabelecimento do Estado Regulador. O que se verifica é a busca da superação da burocracia estagnante por meio de negócios jurídicos com elementos inspirados nos regimes dos contratos civis e comerciais.¹⁸³⁻¹⁸⁴

Com propriedade, Sabino Cassese também alerta que temos visto “os poderes públicos atuarem não segundo um plano [letra planificada da lei], senão com técnicas e métodos análogos àqueles de mercado e no qual várias partes intercambiam bens”. Afinal, argumenta o citado autor que os interesses públicos não estão regulados expressamente na lei, mas são negociados contratualmente.¹⁸⁵

Nesse sentido, os princípios da eficiência e da economicidade nas

¹⁸⁰ BRASIL, Lei nº 13.303 de 30 de junho 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, nº 125, Seção 1, 01 de julho de 2016.

¹⁸¹ LEMES, Selma. 2007a. pp. 54-55.

¹⁸² Art. 54 da Lei nº 8.666/1993.

¹⁸³ FREITAS DO AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, 8ª reimpressão da 2ª ed., 2004, v. I, p. 170. LEMES, Selma. 2007a. pp. 56-57.

¹⁸⁴ Para Amanda Athayde “Essa fuga seria uma busca pela dinamização as atividades exercidas pela Administração Pública e pela maior eficiência administrativa, por meio da absorção de institutos e práticas tradicionalmente oriundos do setor privado”. ATHAYDE, Amanda. *Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis*. In: **Direito Privado Administrativo**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.). São Paulo: Atlas. pp. 63 – 83. 2013. p. 67.

¹⁸⁵ CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Tradução Pascual Caiella e Juan Gonzáles Moras, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 124.

contratações públicas passaram, portanto, a ser pressupostos indispensáveis. Tem se verificado uma maior preocupação da Administração Pública com os processos¹⁸⁶, visando a otimização dos recursos e resultados com maior agilidade e qualidade.¹⁸⁷

Ambos os princípios supracitados são considerados na relação do direito com a economia, a qual orienta que ao estabelecer padrões de conduta, o direito deve considerar os impactos econômicos decorrentes das normas jurídicas, os efeitos sobre a distribuição e a alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes.¹⁸⁸

É imprescindível, portanto, que essa relação do direito com a economia seja observada no âmbito das contratações administrativas, especialmente por exercem função social¹⁸⁹ na medida em que regulam a aplicação dos recursos públicos; promovem o desenvolvimento social sustentável¹⁹⁰; e impactam diretamente nas políticas públicas de preservação da ordem econômica.

2.2. A titularidade do dano derivado de cartéis em licitação pública

Em regra, os contratos administrativos em sentido estrito são precedidos de licitação pública, ressalvadas as exceções previstas nas normas de regência (art. 37, inc. XXI da CF/88). Assim, os contratos destinados à contratação de obras, bens e serviços, as concessões e as parcerias público-privadas devem ser precedidos de licitação pública.

A licitação pública é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por atos administrativos que determinam critérios objetivos para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sempre visando o desenvolvimento

¹⁸⁶ BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. *World Development*. v. 34, n° 5, Elsevier, pp. 884-898, 2006.

¹⁸⁷ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 3. 2002, p. 55.

¹⁸⁸ ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Raquel. Análise econômica do direito e das organizações. In: **Direito e Economia**, ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Raquel (orgs.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 2.

¹⁸⁹ Sobre a função indireta da contratação pública, vide: GONÇALVEZ. **A regulação do mercado da contratação pública**. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013, p. 201-202.

¹⁹⁰ Confira-se a redação do art. 3° da Lei 8.666/1996: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifou-se). (Redação dada pela Lei n° 12.349, de 2010).

nacional sustentável¹⁹¹, a ampla competição e a isonomia entre os licitantes.¹⁹²

Atualmente, tal procedimento é regido pelas seguintes leis: Lei nº 8.666/1993, norma geral em licitações públicas; Lei nº 10.520/2002, que trata da modalidade licitatória do pregão; Lei nº 12.462/2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas e; Lei nº 13.303/2016, que estabeleceu o estatuto jurídico das empresas estatais.

A Lei nº 8.666/1993 dispõe que “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação” é crime punível com pena de detenção de dois a quatro anos e multa.¹⁹³

O crime de fraude à licitação e demais crimes contra a ordem econômica, perpetrados em licitação, resultam na violação dos princípios fundamentais que regem o procedimento licitatório, quais sejam, a isonomia, a competitividade e o julgamento objetivo.

Na esfera administrativa, tal ofensa é verificada na prática de condutas anticompetitivas no âmbito das licitações públicas¹⁹⁴, dentre as quais estão os chamados cartéis em licitação, conhecidos na literatura estrangeira como *bid rigging*.

O termo “cartel” não é encontrado na Lei nº 12.529/2011. Entretanto, esta última tipifica esse ilícito antitruste como o acordo entre concorrentes para fixar preços; fixar a oferta de bens ou serviços; dividir o mercado, considerando territórios, clientes, fornecedores, materiais ou períodos; e o conluio em licitações.

¹⁹¹ Sobre o desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas, recomenda-se: FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁹² Op. Cit. p. 481.

¹⁹³ Art. 90 da Lei nº 8.666/1993.

¹⁹⁴ Cf. a Lei nº 12.846/2013 que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam ato lesivo contra à administração pública, os quais, no tocante a licitações e contratos, são: frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

De acordo com Amanda Athayde Linhares Martins:

Especificamente no que se refere ao cartel em licitação, sua tipificação como ilícito consta no art. 36, §1º, I, d, da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que caracteriza como infração à ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenções em licitação pública. O resultado desse ilícito concorrencial, em termos financeiros, é a transferência indevida de renda do Estado para as empresas, mas em termos sociais é muito mais grave, pois prejudica a alocação dos recursos estatais no desenvolvimento do país.¹⁹⁵

2.2.1. A Administração Pública como prejudicada

A experiência internacional consolidada pela OCDE aponta que os participantes em cartéis em licitações se utilizam das seguintes estratégias para fraudar os certames, os quais são recorrentemente analisados pelas Autoridades da Concorrência para identificar eventuais infrações:

Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em

¹⁹⁵ ATHAYDE, Amanda. 2013. p. 77.

troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.¹⁹⁶

Subcontratação. Os concorrentes acordam em recompensar a colaboração das empresas que, ao não participarem da licitação ou apresentarem propostas de cobertura, garantiram que a empresa previamente escolhida se sagrasse vencedora do certame. Dessa forma, a subcontratação das empresas colaboradoras permite que os lucros excepcionalmente elevados – fruto da ausência de competitividade derivada do acordo colusivo firmado entre as concorrentes – sejam divididos entre as empresas participantes do cartel.¹⁹⁷

Todas as estratégias acima estão relacionadas a condutas anticompetitivas praticadas antes ou durante o procedimento licitatório. Em outras palavras, o dano-evento, é resultado de conluio que ocorre antes ou durante a licitação. Já o dano-prejuízo pode ser verificado antes ou depois da celebração do contrato administrativo.

Quando a conduta é verificada antes da adjudicação do objeto da licitação, a titularidade do dano-prejuízo é da Administração Pública e/ou dos licitantes concorrentes, considerado o mercado específico daquela licitação pública.

Por um lado, a Administração dispendeu recursos para promover o certame e lhe foi suprimida a possibilidade de contratação do bem jurídico almejado. De outro, os licitantes concorrentes não envolvidos no conluio também podem ter disposto de recursos para participar da licitação, considerada ainda a hipótese do direito à indenização por perda de uma chance.

Quando o dano-prejuízo é observado apenas na fase de execução do contrato administrativo, a verificação da titularidade requer uma análise mais apurada.

Em termos qualitativos, o dano-prejuízo decorrente de cartel em licitação pública implica na frustração do princípio da contratação mais vantajosa, o que significa a restrição de acesso aos melhores bens e serviços do mercado à Administração Pública e à população.

Em termos quantitativos, tal dano se refere ao sobrepreço, que impacta diretamente nas cláusulas econômicas dos contratos administrativos. Desse modo, é relevante compreender como se configuram tais cláusulas para que se possa identificar quando o dano-prejuízo é (ou não) da Administração.

Em regra, as cláusulas econômicas tratam do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, inc. XXI da CF/88), da remuneração do contratado, da reversão de

¹⁹⁶ OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, 2009. Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2017.

¹⁹⁷ OCDE. **Policy Roundtables. Collusion and Corruption in Public Procurement**, 2010, p. 457. Disponível em <<https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>> Acesso em 18 nov. 2017.

bens e da indenização em decorrência da extinção dos contratos, assim como as garantias de cumprimento da obrigação do parceiro público nas parcerias público-privadas.¹⁹⁸

Tais cláusulas econômicas variam de acordo com a espécie de contrato e com o próprio instrumento contratual. Contudo, em todos os casos o sobrepreço impacta diretamente a Administração Pública, ressalvada a cláusula de remuneração nos contratos administrativos em sentido estrito de delegação.

A remuneração dos concessionários na concessão comum e na concessão administrativa advém da Administração Pública. Já nas concessões patrocinadas, a remuneração poderá advir de contraprestação pecuniária do Poder Público; de outras atividades que geram receitas marginais e/ou por meio de receitas tarifárias dos usuários de serviço público.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

Portanto, o impacto do sobrepreço nas concessões patrocinadas, pode causar danos-prejuízo a outros sujeitos além da Administração Pública.

2.2.2 O interesse público secundário na reparação do dano

Como consignado anteriormente, nas arbitragens com a Administração Pública, adota-se o posicionamento de que a disponibilidade deve ser considerada sob o seu aspecto instrumental, no sentido de que o objeto de uma disputa será disponível sempre que a Administração puder decidir a questão sem a interferência do Poder Judiciário.

A disponibilidade não se remete, portanto, a possibilidade de renúncia, alienação ou mesmo transação de qualquer direito, mas a viabilidade de análise e de decisão sobre determinada disputa fora da jurisdição estatal, diante de ausência de determinação legal nesse sentido.²⁰¹⁻²⁰²

¹⁹⁸ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. p. 138.

¹⁹⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 290.

²⁰⁰ “Entendo poder haver concessão patrocinada em que o particular arrecade receitas tarifárias e contraprestação pecuniária e ainda, a título de contraprestação, receba bens, direitos ou créditos não tributários. Isso porque no art. 2º, §1º [Lei nº 11.079/2004], malgrado determinar a composição das receitas com tarifas e pecúnia contraprestacional, não se verifica a exigência de que as receitas se limitem a essas duas fontes. Pelas mesmas razões, temos como possível que integrem o conjunto de receitas da concessão patrocinada as chamadas “receitas ancilares”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 206.

²⁰¹ TALAMINI, Eduardo. 2005. p. 340 - 344.

²⁰² A doutrina tem evoluído o entendimento de que a arbitrabilidade objetiva depende de uma revisão do conceito de indisponibilidade. Nas palavras de Cesar Augusto Guimarães Pereira “disponível não é apenas o que pode ser objeto de contratação ou transação, com a transferência do direito a outrem, mas é aquilo

Apesar disso, a titularidade do dano-prejuízo pela Administração Pública ainda levanta o questionamento quanto à disponibilidade material desse direito, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Os autores, que entendem pela existência e/ou permanência do referido princípio de origem francesa²⁰³ na ordem constitucional pós 1988, compreendem que os interesses públicos prevaleceriam sobre os particulares em caso de conflito. Essa doutrina reconhece, no entanto, que o interesse público do Estado não se confunde com aquele da Administração. Aquele seria voltado a proclamar a superioridade dos interesses coletivos, enquanto esse consistiria nos interesses próprios dos órgãos da administração.²⁰⁴

Mesmo diante disso, a indisponibilidade do interesse público continua a ser o principal fundamento utilizado para rejeitar o cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público. Afirma-se que a Administração teria como propósito a consecução do interesse público. Logo, os litígios envolvendo a Administração não poderiam ser submetidos à arbitragem na medida em que esse interesse seria indisponível.

O doutrinador italiano Renato Alessi propôs uma classificação entre o interesse público primário e secundário que veio a ser difundida no Brasil.²⁰⁵ De acordo com essa teoria, os interesses primários corresponderiam aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Já os interesses secundários são identificados como aqueles visados pela Administração Pública para a adequada consecução das funções administrativas. Esses seriam instrumentais aos primeiros.²⁰⁶

Nas palavras de Selma Lemes:

Na proteção e execução (prossecação) do interesse público, o Estado atua de

em relação a que a Administração pode reconhecer que não tem razão”. **Arbitragem e Administração**. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

²⁰³ Foi Rousseau que cunhou termo *intérêt général*. Contudo, a ideia já estava pavimentada na noção de *volonté général*, defendida por teólogos moralistas platônicos na França do século XVII e início do século XVIII, ao largo de 70 anos (1644 – 1715), dentre eles Antoine Arnauld, Nicolas Malenbranche, Pascal, Fénelon, Bossuet, Bayle, Fontenelle e Leibniz. GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma breve genealogia do interesse público. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Org.). **Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017) defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 644.

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

²⁰⁵ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1978, v. I, pp. 232-233.

²⁰⁶ Cf. precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a diferença entre o interesse primário e o secundário: “[...] Há que se diferenciar o interesse público e o interesse da Administração (ou interesse público secundário). No caso em tela, trata-se de ação de cobrança da empresa recorrida em face de mercadorias entregues ao Município e não adimplidas, em nítida persecução ao seu próprio interesse, consistente em minimizar o dispêndio de numerário. Tal escopo não se coaduna com o interesse público primário da sociedade. [...]” (REsp 1148463/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 06/12/2013).

duas formas, ou age, como Poder Público, como órgão governativo do Estado, no desempenho de suas funções política e legislativa. Nessa órbita, o interesse público é classificado como originário ou primário. Por outro lado, quando a Administração, no desempenho da função administrativa adota e operacionaliza as diretrizes dos órgãos governativos, age na prossecução do interesse público derivado ou secundário. É neste segundo estágio de atuação da Administração, na prossecução do interesse público derivado, que reside na zona de influência da arbitragem.²⁰⁷

Diogo Figueiredo Moreira Neto apresenta classificação semelhante. O autor diferencia as atividades-fim das atividades-meio do Estado. Aquelas corresponderiam ao interesse público primário. Já as atividades-meio estariam relacionadas à operacionalização das ferramentas do Estado para a tutela dos direitos constitucionais.²⁰⁸

Por sua vez, o STF distinguiu os atos de império²⁰⁹ e os atos de gestão²¹⁰ ao julgar o “Caso Lage”²¹¹. Na oportunidade, o Tribunal reconheceu que, além dos atos de império em que o Estado atua por meio de competência típicas do Poder Público, as pessoas jurídicas de direito público exercem atos de gestão destinados ao cumprimento de funções administrativas, que podem inclusive estar em desacordo com o chamado interesse público primário.²¹²

A classificação do STF parece mais precisa do que as anteriores. Isso porque destaca com maior precisão as áreas em que o Estado atua como poder público, daquelas que podem ser livremente definidas ou mesmo pactuadas no âmbito da função administrativa, tais como as cláusulas econômicas dos contratos administrativos, que claramente podem ser objeto da jurisdição arbitral.

Maria Sylvia Di Pietro traça um paralelo entre as cláusulas econômicas, também chamadas de financeiras e os atos de gestão:

Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas

²⁰⁷ LEMES, Selma. 2007a. p. 247.

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo F. **Curso de direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar. 12ª ed. 2001, p. 112.

²⁰⁹ “Atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, a não ser por delegação do poder público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 22ª ed. São Paulo Atlas, 2009, p. 219-220.

²¹⁰ “Atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração a do particular, aplica-se a ambos o direito comum”. Op. Cit., p. 220.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 52.181 – GB**, RTJ 68/382.

²¹² Cf. ainda: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Concessão de serviço público, encampação, juízo arbitral. **RDA**, 45: 155, jul./set., 1956.

financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica. Visto o mesmo argumento sob outro ângulo, pode-se partir da distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros são praticados pelo poder público como autoridade, como ente que atua em nome do Estado. As decisões sobre desapropriação, tombamento, servidão administrativa, por exemplo, não podem ser objeto de apreciação por árbitro, mas os efeitos patrimoniais dessas decisões podem, porque são passíveis de valoração econômica. Já os atos de gestão são praticados pelo poder público sem as prerrogativas próprias de autoridade, tal como ocorre com os contratos de direito privado celebrados pela administração pública, como compra e venda, locação, permuta etc. Os conflitos surgidos podem ser decididos pela via da arbitragem.²¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece com precisão sobre a legitimidade do interesse da Administração, desvinculado do interesse coletivo ou público.²¹⁴ Afirma o autor que o Estado:

[...] poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’,

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 19 dez. 2017.

²¹⁴ Nesse sentido, confira-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça: “[...] 3. Os contratos de concessão têm garantida a manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro, de modo a viabilizar que as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste encontrem correspondência na compensação econômica adequada; [...] 9. Assentado que os reajustes de tarifas efetuados pelo Poder Público foram insuficientes para garantir a equação financeira levando a capacidade econômica da Concessionária à exaustão, com patente desrespeito dos princípios da confiança e da segurança jurídica, pilares que sustentam o direito do administrado, na inegável disparidade de forças verificada nas relações travadas com a Administração, de rigor o reconhecimento do direito da autora à indenização postulada. 10. Rompida a confiança e concretizada a surpresa lesiva, surge o dever de indenizar, que merece ser rápida e integralmente assumido pelo Estado como verdadeira expressão de atendimento do interesse público, com a preservação da segurança jurídica e sinalização de que os contratos são honrados pela Administração, servindo mesmo como incentivo à continuidade da prestação de serviços públicos de excelência, em regime de concessão. 11. **O interesse que se tem por indisponível é o público e não o da Administração**; a UNIÃO, quando se furta de suas obrigações contratuais no afã único de minimizar despesas patrimoniais, não atende ao interesse público, ao revés, enriquece às expensas do dano alheio, aviltando princípios e pilares institucionais do Estado Democrático de Direito, agindo exclusivamente no resguardo de interesse público secundário que, mesmo legítimo, não se superpõe aquel’outro primário. 12. Recurso Especial provido para reconhecer o dever da UNIÃO de indenizar a autora, ora recorrente, pelos danos efetivamente causados em decorrência da ruptura do equilíbrio econômico do contrato de concessão, em montante a ser apurado em futura liquidação. Prejudicadas as demais questões. (REsp 1248237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 01/10/2014 – grifou-se)

enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se ao máximo deles. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.²¹⁵

É preciso compreender que o chamado interesse público não se confunde com o interesse da Administração.²¹⁶ O interesse só é efetivamente público quando está relacionado ao cumprimento dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, em prol da coletividade. O propósito maior do interesse público não é a vantajosidade da Administração, mas resguardar a dignidade da pessoa humana.²¹⁷

Quando a Administração Pública lança um procedimento licitatório, o faz no exercício da função administrativa ordenadora com o propósito de contratar um bem ou serviço. Portanto, se a contratação é frustrada ou é violado o princípio da vantajosidade em razão de prática de eventual conduta anticompetitiva, o dano-prejuízo decorre de um ato de gestão e não de um ato de império do Estado.

Assim, a pretensão de reparação do dano-prejuízo causado é da pessoa jurídica em que se insere o órgão licitante da Administração. Nesse sentido, é inegável que o interesse público na reparação do dano é secundário. Ou seja, patrimonial e materialmente disponível.

Reconhece-se, contudo, que é extremamente difícil de se enquadrar todos os atos da Administração em atos de império ou de gestão. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência também têm se voltado à análise do regime jurídico em que se enquadram os atos praticados: se público ou privado.²¹⁸ Nos casos das empresas estatais que exercem atividade econômica, por exemplo, a jurisprudência tem entendido pela arbitrabilidade dos conflitos com fundamento no fato de que se submetem ao regime jurídico próprio das

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. 2003. p. 73.

²¹⁶ “É assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, não o interesse da Administração” (REsp 1.149.416-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4/3/2010).

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. 2015, p. 137.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania. 2009. pp. 220-221.

empresas privadas.²¹⁹⁻²²⁰

2.3. A arbitragem como mecanismo de persecução privada nas licitações públicas

Como visto, a arbitrabilidade subjetiva do Estado reside em sua capacidade de contratar, tal como já afirmado pelos teóricos do institucionalismo e reconhecido tanto pela Constituição Federal de 1988, como pelo STF no julgamento do “Caso Lage”.

Por sua vez, a arbitrabilidade objetiva depende da patrimonialidade e da disponibilidade do objeto em disputa. A patrimonialidade deve ser avaliada sob o critério econômico. A disponibilidade merece ser examinada sob o seu aspecto instrumental. Ou seja, é verificada sempre que a Administração estiver autorizada a decidir uma disputa sem o recurso à jurisdição estatal. Destaca-se que nessa linha de pensamento a arbitragem seria cabível inclusive nos casos em que estão em disputa interesses públicos primários.

Esse é o cenário da arbitrabilidade da Administração Pública.

2.3.1. A existência de previsão legal para a utilização da arbitragem pela Administração Pública

A Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015, dispõe expressamente sobre a participação da Administração Pública na arbitragem ao estabelecer que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º).

Antes da mencionada alteração legislativa havia intenso debate na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de a Administração participar de arbitragens.

²¹⁹ Cf. precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: “Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei 9.307/1996 – estatui que ‘as pessoas capazes de contratar’ poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem” (REsp 612.439-RS e REsp 606.345-RS).

²²⁰ Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “A teor do art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, a empresa pública ou a sociedade de economia mista que explora atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. (ADPF 437 MC, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 17/03/2017)

Isso porque não havia um dispositivo legal que a autorizasse expressamente.

Em sua obra, editada antes da alteração legislativa, Selma Lemes ensina que a arbitragem ocorre na Administração Pública desde os tempos do Império. Discorre sobre os motivos equivocados que justificariam a vedação da utilização da arbitragem nos contratos administrativos e explica que sequer seria necessária lei específica para autorizar a Administração, pois não seria atribuída qualquer função administrativa ao árbitro. À Administração seria dado apenas a opção pela resolução de um litígio patrimonial e disponível fora da jurisdição estatal.²²¹

De todo modo, a alteração na Lei de Arbitragem extirpou quaisquer dúvidas quanto à possibilidade da participação do Estado em arbitragens, deixando ao intérprete apenas o debate quanto às condições dessa participação.

A primeira delas se refere à imposição da arbitragem de direito.

O artigo 2º da Lei nº 9.307/1996 autoriza que a arbitragem seja de direito ou de equidade, a critério das partes. Tal previsão segue o padrão internacional das leis de arbitragem, que também adotam a possibilidade do uso da equidade como fundamento para resolução de litígios. Nesse caso, os árbitros estão autorizados a julgar a lide com base em princípios gerais do direito, usos, costumes e regras internacionais de comércio.

Contudo, a arbitragem que tenha como parte a Administração Pública não poderá se utilizar da equidade. Como visto, há previsão expressa nesse sentido. Mesmo antes da edição da referida regra legal, a vedação já era defendida diante da vinculação da Administração ao princípio da legalidade (art. 37 da CF/88).

Em regra, a escolha do direito aplicável à arbitragem não pode, portanto, ser exercido pela Administração Pública da mesma forma que entre os particulares, pois as funções administrativas obedecem ao regime jurídico de direito público, ressalvadas as hipóteses em que a Administração Pública exerce atividades econômicas em sentido estrito.

A segunda condição se refere ao princípio da publicidade.

A confidencialidade é uma das vantagens da arbitragem, especialmente nos casos em que o seu objeto envolve matérias sensíveis como disputas entre sócios, segredos industriais e comerciais, patentes, entre outros. O sigilo pode ser estabelecido por acordo entre as partes que visam a discrição, não apenas dos árbitros²²², mas de todos

²²¹ LEMES, Selma. 2007a, pp. 63 - 82.

²²² Cf. art. 13, § 6º da Lei nº 9.307/1996: “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

os envolvidos.

Diante do princípio da publicidade, a Administração Pública não poderá pactuar pelo sigilo, exceto quando houver previsão legal e a questão seja “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII da CF/88).

Contudo, isso não significa que a publicidade demanda o amplo acesso ao procedimento arbitral, assim como ocorre no processo judicial.²²³

O procedimento arbitral é pautado pelo princípio da privacidade. Tal princípio é inerente a um procedimento privado em que as partes têm o direito de obstar a interveniência de terceiros estranhos ao processo, inclusive durante a prática de atos em audiência ou mesmo o acesso aos autos.²²⁴

Depois, o princípio da publicidade se aplica tão somente à Administração Pública. Não se aplica à parte adversa, aos árbitros, aos peritos, aos advogados, às Câmaras, entre outras pessoas que participam do processo arbitral.

Isso significa que a publicidade deve ser concedida pela Administração Pública e não pelo Tribunal Arbitral. O acesso se dará pelo órgão público correspondente com fundamento em normas que franqueiem o acesso à informação por órgãos públicos, tais como as Leis de Acesso à Informação, do âmbito federal (Lei nº 12.527/2011) ou estadual, ou ainda o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994).

Esse entendimento está alinhado com as regras estabelecidas na Resolução Administrativa nº 15/2016 do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), que trata do princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta:

[...] CONSIDERANDO que o art. 2º, §3º, da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/15, no art. 2º, § 3º, estabelece que a arbitragem em que seja parte a administração pública direta será observado o princípio da publicidade;

CONSIDERANDO o previsto no art. 14 do Regulamento, que determina que o procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção da parte envolvida na arbitragem;

CONSIDERANDO que o CAM-CCBC tem por objetivo administrar os procedimentos arbitrais que lhes são submetidos na forma disposta no Regulamento (art. 1.1 e 2.2);

CONSIDERANDO que a arbitragem é uma forma extrajudicial de solução de conflitos (art. 1º da Lei nº 9.307/96);

CONSIDERANDO que compete aos árbitros, por ser juiz de fato e de direito,

²²³ CARMONA, Carlos Alberto. 2009. p. 52.

²²⁴ MAROLLA CLETO, Eugenia Cristina. 2016. p. 153. FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções**. Revista de Direito Privado. São Paulo, v. 49, p. 227-262, 2012.

apreciar a controvérsia submetida pelas partes (art. 18 da Lei nº 9.307/96); e

CONSIDERANDO que o Termo de Arbitragem é o instrumento organizador do procedimento arbitral (art. 4.17 do Regulamento), podendo as Partes disciplinar, além do previsto no art. 4.18 do Regulamento, tudo o mais que seja de interesse das partes, inclusive as questões referentes às informações e documentos que poderão ser divulgados, observando o disposto na legislação de regência no que concerne à administração pública direta,

O Presidente do CAM-CCBC, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 2.6, alíneas 'c' e 'd', do Regulamento do CAM-CCBC, aprovado em 1 de setembro de 2011, ouvido o Conselho Consultivo, resolve expedir a seguinte resolução, que dispõe sobre a interpretação do Regulamento desta instituição à aplicação do princípio da publicidade em procedimentos arbitrais que envolvem a administração pública.

Artigo 1º - Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

Parágrafo Único - Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Artigo 2º - O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Artigo 3º - O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º - O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

Parágrafo 2º - As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.

Artigo 4º - Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável.²²⁵

Cabe destacar ainda que a publicidade não exime a Administração Pública do dever de sigilo quanto aos documentos gravados de confidencialidade por hipótese legal. Portanto, não será dada publicidade a documentos e informações contidas nos autos de um processo arbitral quando veiculem informações cujo acesso seja vedado por disposição legal.

Atualmente, no Brasil, as seguintes normas federais veiculam regras sobre arbitragem: (i) a Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de

²²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. 2003, p. 73.

telecomunicações e cria a ANATEL²²⁶; (ii) a Lei nº 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP)²²⁷; (iii) a Lei nº 10.233/2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes²²⁸; (iv) a Lei nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia; (v) a Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública²²⁹; (vi) a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005²³⁰; (vii) o Decreto nº 8.465/2015, que trata sobre a arbitragem no setor portuário; (viii) a Lei nº 13.303/2016, a chamada Lei das Estatais²³¹; (ix) a Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes para relicitação dos contratos de parceria firmados nos termos da Lei nº 13.334/2016 (PPI).

A autorização para adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas em todos esses diplomas legais indica o sentido da evolução do direito administrativo brasileiro em favorecer o instituto da arbitragem, especialmente em matérias que envolvem grandes projetos de infraestrutura e concessões de serviços

²²⁶ “Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”

²²⁷ “Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”

²²⁸ “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: [...] XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem”

²²⁹ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

²³⁰ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

²³¹ “Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão: I - divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores; II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei. Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.”

públicos.

2.3.2. A necessidade de convenção de arbitragem

Toda a arbitragem pressupõe a existência de consentimento. Tal regra não é diferente para arbitragens envolvendo a Administração Pública em que é necessário o acordo de vontade entre as partes para celebração de uma convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem é gênero, cujas espécies são a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória nada mais é do que uma cláusula inserida em um contrato em que as partes concordam na submissão de um ou mais litígios futuros decorrentes daquele contrato à jurisdição arbitral. Apesar de inserida em um contrato, a cláusula compromissória é um negócio jurídico independente daquele.²³²⁻²³³

Já o compromisso arbitral é um contrato específico em que as partes submetem determinado conflito a um órgão arbitral.²³⁴

A diferença básica entre essas espécies de convenção é que a cláusula compromissória se refere a litígios futuros. Já o compromisso arbitral, em geral, é firmado quando surge um conflito concreto. Ou seja, quando as partes já estão em disputa.

Apesar de haver um certo consenso entres os processualistas e civilistas em definir a convenção de arbitragem como um negócio jurídico com natureza de um contrato de direito privado, a questão fica mais complexa quando uma das partes é a Administração Pública.²³⁵

Isso porque a Lei de Licitações e Contratos Públicos estabelece que “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e

²³² Cf. o art. 4º da Lei n.º 9.307/1996: “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

²³³ Cf. o art. 8º da Lei n.º 9.307/1996, que consagra o princípio da separabilidade da cláusula compromissória: “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

²³⁴ Vide o art. 9º da Lei n.º 9.307/1996: “o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

²³⁵ Cf. entendimento diverso de Marçal Justen Filho de que a convenção de arbitragem não ensejaria um contrato. **Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros.** Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20%20MJF%20%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%20C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2017.

a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” (parágrafo único do art. 2º). E, em seguida, dispõe que as cláusulas exorbitantes se aplicam, “no que couber”, aos contratos cujo conteúdo seja regido predominantemente por normas de direito privado (art. 62, § 3º).

Entretanto, não parece haver espaço para que o Poder Público exerça prerrogativas exorbitantes para alterar unilateralmente uma convenção de arbitragem. A válvula de escape deve ser a própria regra supracitada que limita a aplicação dos poderes exorbitantes “no que couber”. Nesse sentido, cabe a modulação das regras atinentes à contratação pública visando assegurar a finalidade do ato.²³⁶

A própria natureza da convenção de arbitragem impede a aplicação de poderes exorbitantes.

A convenção de arbitragem decorre de um dos pilares da jurisdição arbitral, que é a autonomia da vontade das partes. A liberdade contratual é princípio fundamental da arbitragem, tanto é assim que uma arbitragem instaurada com vício de consentimento pode vir a ser anulada.

É certo que quando uma das partes é a Administração Pública, a discricionariedade na escolha pelo juízo arbitral é limitada, não apenas pelas condições previstas na Lei nº 9.307/1996, mas também pelas normas que conformam o regime jurídico de direito público.

Isso significa que ao exercer o seu juízo de discricionariedade pela via arbitral, caberá ao administrador público observar os pressupostos de validade do ato administrativo, quais sejam, o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.²³⁷

O pressuposto relativo ao sujeito determina que a convenção deve ser celebrada por administrador público competente, sob pena de vício na formação da cláusula ou compromisso.

O art. 2º da Lei nº 9.307/1993 dispõe que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

O dispositivo parte de premissa equivocada. A celebração de convenção de arbitragem não equivale a transação. O instituto da transação tem como finalidade a resolução de um litígio. Já o acordo ou convenção não resolve nada, apenas submete a

²³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**. Revista do advogado, São Paulo, v. XXIX, nº 107, pp. 74-81, dez. 2009. p. 78.

²³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 211 – 212.

questão à jurisdição privada.²³⁸

Por essa razão, repise-se que é equivocado dizer que Administração estaria transigindo o interesse público ao submeter uma disputa à arbitragem. A convenção não é transação, mas mero deslocamento de jurisdição.

Note-se que o dispositivo não trata da competência no âmbito da Administração Pública Indireta. Portanto, é necessária a referência às normas próprias de cada pessoa jurídica.

O objeto é aquilo que pode ser definido no ato.

O conteúdo da convenção de arbitragem deverá observar os requisitos previstos na Lei nº 9.307/1996. Entretanto, há liberdade para que as partes possam delimitar as matérias que ficarão sujeitas à jurisdição arbitral, tais como aquelas relativas às cláusulas econômicas de um contrato administrativo.

É extremamente relevante que essa delimitação seja feita com precisão para evitar discussões futuras sobre os limites da convenção, o que ficaria submetido à interpretação dos próprios árbitros que julgarão a controvérsia.²³⁹

Um exemplo dessa delimitação está nos contratos de parceria público-privada dos aeroportos de Brasília, de Campinas e de Guarulhos. A cláusula compromissória limitou a arbitragem aos litígios relativos a indenizações eventualmente devidas “quando da extinção contrato, inclusive quanto aos bens revertidos”.²⁴⁰

A forma é o modo de exteriorização do ato.

A Lei de Arbitragem prevê que a cláusula compromissória deverá ser estipulada por escrito. O mesmo se requer do compromisso arbitral extrajudicial celebrado por instrumento particular, o qual deverá ser firmado por duas testemunhas, ou por instrumento público.²⁴¹

²³⁸ “Quem transige não se compromete; não se submete a decisão de alguém. Quem se compromete não transige, porque exige o julgamento sem nada conceder. Por isso mesmo poderes para transigir não envolvem poderes para assinar compromisso; nem poderes para assinar compromisso implicam em poderes para transigir”. PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., v. XV, p. 159.

²³⁹ Trata-se da consagração do princípio da competência-competência estabelecido no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem: “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

²⁴⁰ Cf. excerto da minuta do contrato: “Seção III – Da Arbitragem. [...] Item 16.5: quaisquer litígios ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos serão definitivamente resolvidos por arbitragem, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI (doravante simplesmente ‘Regulamento da Arbitragem’), observadas as disposições do presente item e da Lei nº 9.307/1996” .

²⁴¹ Art. 4º, §1º e Art. 9º, §2º da Lei nº 9.307/1996.

Já o compromisso arbitral judicial será feito por termo nos autos da demanda de execução de convenção arbitral.²⁴²

A Lei das Concessões e a Lei das Parcerias Público-Privadas estabelecem outros requisitos de forma para a arbitragem ao determinar que deverão ser realizadas no Brasil e em língua portuguesa.²⁴³

Os atos administrativos também devem ser motivados.²⁴⁴

Os motivos do ato refletem as razões de fato e de direito que levaram o administrador público à escolha pelo juízo arbitral. Sobre a matéria, Eugenia Cristina Cleto Marolla afirma que:

A razoabilidade, a proporcionalidade da decisão administrativa, a existência de desvio de poder, a inexistência dos motivos, a infringência aos princípios que regem a administração pública como moralidade, segurança jurídica e boa-fé, constituem aspectos de legalidade, cuja infringência pode resultar na nulidade da convenção arbitral celebrada pela Administração Pública e que dependem, em grande parte, da motivação para serem verificados. A motivação também está vinculada com a transparência e a publicidade da ação administrativa, mostrando-se essencial à concreção desses princípios, especialmente porque a escolha da arbitragem se dá no exercício de competências discricionárias.²⁴⁵

Os motivos da escolha pela arbitragem devem observar as finalidades do ato, as quais devem ser explicitadas pelo administrador em processo administrativo próprio para controle de legalidade.

Importa destacar que eventual vício de motivação ou de finalidade não poderá ser imputado em face do particular para alegar a eventual nulidade de convenção de arbitragem. Isso porque a convenção de arbitragem dá origem a ato bilateral ou plurilateral, o qual poderá ser desconstituído apenas pelo Poder Judiciário.

Inclusive, o princípio da autotutela da Administração não é aplicável.²⁴⁶

Esse foi o entendimento firmado no caso Compagás, em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a referida empresa estatal não poderia anular unilateralmente o compromisso arbitral com fundamento na autotutela.²⁴⁷

Além disso, quando propuser a convenção ou mesmo instaurar a arbitragem, a Administração Pública não poderá sustentar eventual nulidade da

²⁴² Art. 6º e art. 9º da Lei nº 9.307/1996.

²⁴³ Cf. o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e o art. 11 da Lei nº 11.079/2004.

²⁴⁴ A teoria dos motivos determinantes foi preconizada por Gaston Jèze a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês ao discorrer sobre o controle do motivo do ato administrativo. JÈZE, Gaston. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Tradução para o espanhol (da 3ª edição francesa) por Julio N. San Millán Almagro. V. III. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

²⁴⁵ MAROLLA CLETO, Eugenia Cristina, 2016. p. 183-184.

²⁴⁶ Enunciado de Súmula nº 473

²⁴⁷ REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 28.02.2012.

convenção de arbitragem em desfavor do particular com base em vício de competência. Isso porque a teoria da aparência assegura ao particular o reconhecimento da legitimidade de atos fundados na aparência.

A referida teoria vem sendo aplicada no direito administrativo com fundamento na boa-fé dos atos da Administração.

2.3.3. O conteúdo da convenção de arbitragem

A Lei de Arbitragem estabelece os requisitos da convenção de arbitragem. Esses requisitos são distintos entre a cláusula e o compromisso arbitral, especialmente diante do momento de sua formação.

Além disso, a referida norma prestigia a autonomia da vontade das partes ao autorizar que escolham a lei material aplicável, o órgão arbitral, os julgadores, o idioma, a sede, o prazo de prolação da sentença arbitral, entre outros.²⁴⁸⁻²⁴⁹

Em regra, as partes são livres para escolher a lei substantiva aplicável na arbitragem. A lei material pode ser uma lei nacional, uma lei ou convenção internacional ou mesmo nenhuma delas. É possível que o julgamento se resolva por equidade ou apenas com fundamento na *lex mercatoria*.

Entretanto, a arbitragem com a Administração Pública impõe algumas restrições. A primeira delas é que a arbitragem seja de direito, como mencionado anteriormente. Logo, resta o questionamento sobre a aplicabilidade estrita do direito nacional.

²⁴⁸ Vide o art. 2º da Lei de Arbitragem: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

²⁴⁹ Cf. modelo de cláusula compromissória sugerido pela CAM-CCBC para arbitragens com a Administração Pública: “Fica instituído o modelo recomendado de cláusula compromissória para as arbitragens que envolvem a Administração Pública: 1- Qualquer disputa oriunda deste contrato ou com ele relacionada será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/96. 1.1- A arbitragem será administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, incluindo-se as normas complementares aplicáveis aos conflitos que envolvem a Administração Pública, cujas disposições integram o presente contrato. 1.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC. 1.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado], Brasil. 1.4- O procedimento arbitral será conduzido em língua portuguesa. 1.5- O procedimento arbitral respeitará o princípio constitucional da publicidade, salvo em relação às informações relacionadas à disputa que, eventualmente, se classifiquem como de caráter sigiloso, nos termos da legislação aplicável” (Enunciado nº 6 da Resolução Administrativa nº 09/2014).

A Lei de Arbitragem não exige a aplicação do direito brasileiro, o que poderia sugerir que a Administração teria liberdade para escolher a lei aplicável ao litígio. Contudo, parece difícil defender o afastamento das normas do direito brasileiro sobre a Administração Pública, diante do princípio da legalidade e da legislação específica que rege os contratos administrativos.

Esse é o entendimento de Lauro da Gama e Souza Jr., ao apontar que “embora o princípio da legalidade administrativa não deva ser entendido como vinculação da conduta administrativa à lei positiva, não quer dizer, tampouco, que o Poder Público pode conduzir-se sem observar o direito”.²⁵⁰

Com relação ao órgão arbitral, a arbitragem poderá ser institucional ou *ad hoc*. Isso significa que as partes poderão optar pela contratação de uma Câmara Arbitral ou estabelecer uma arbitragem *ad hoc*, em que as regras da arbitragem deverão ser estabelecidas por meio da convenção de arbitragem.

Uma arbitragem *ad hoc* adequadamente planejada pode ensejar em uma economia considerável de recursos. Contudo, caso a Administração não esteja preparada para esse planejamento, diante da complexidade do procedimento, caberá a opção pela arbitragem institucional.

Surge então a questão da escolha da Câmara Arbitral²⁵¹.

Cada câmara possui um regulamento próprio e distinto, que pode ser adotado pelas partes como as regras procedimentais na arbitragem. Tais regras podem ser derogadas ao interesse das partes, que podem optar pela não aplicação dos dispositivos referentes à produção de provas ou cautelares, por exemplo.

A opção do procedimento, portanto, é pautado pela autonomia das partes.

²⁵⁰ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 8. ano 2. São Paulo: IOB, out.-dez. 2005, pp. 7-42

²⁵¹ Existem grandes câmaras arbitrais no mundo, dentre as quais: ICC - *International Chamber of Commerce*; SIAC - *Singapore International Arbitral Centre*; LCIA - *London Court of International Arbitration*; AAA/ICDR - *American Arbitration Association and International Center for Dispute Resolution*; SCC – *Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce* e ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Apenas para se ter uma ideia dos números, na década de 70 havia em torno de 10 a 15 câmaras no mundo. A partir da década de 90 já havia mais de 100 e esse número só cresce. Quanto ao número de processos, em 1992 tínhamos em torno de 606 casos, em 2011 esse número já era 2368. Em 2015, só na ICC foram protocolizados 801 pedidos de instauração de arbitragens com partes localizadas em 133 países e territórios. O número de casos administrados pelas câmaras reflete a dimensão do mundo da arbitragem atualmente. MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas. Mapping and Assessing the Rise of International Commercial Arbitration in the Globalization Era. In: MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas (Org.) *International Arbitration & Global Governance*. Oxford: University Press, 2014, p. 2. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-andADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

As únicas limitações remontam ao respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, entre outros.

Sempre que possível, a escolha da Câmara Arbitral deve ser feita antes do surgimento do litígio, para evitar o aumento da animosidade e o *forum shopping*. Também por essas razões não é adequado delegar ao Estado a escolha do órgão arbitral após o surgimento da controvérsia, como prevê a minuta do contrato da concessão patrocinada da Rodovia dos Tamoios em São Paulo.²⁵²

De acordo com Carlos Alberto Carmona:

Também não é adequado delegar a escolha a apenas uma das partes em litígio: o Estado pode até ficar altamente tentado a incluir uma cláusula em que a escolha do órgão arbitral fica a seu encargo tão logo se instaure o litígio, mas tal solução - que desafiaria o equilíbrio e a igualdade das partes - poderá induzir a escolha de um órgão arbitral que possa favorecer os interesses da parte que o indique. Pense-se na hipótese de o Estado poder escolher livremente uma entidade e o faça para selecionar uma câmara que tenha lista fechada de árbitros (cujos integrantes tenham feição pró-fazendária); pense-se, na possibilidade de ser indicado um órgão arbitral cujos custos sejam muito elevados, de modo a sacrificar economicamente a parte privada, presumivelmente mais fraca na relação jurídica; pense-se, ainda, na escolha de um órgão arbitral cujo procedimento seja mais vantajoso para a defesa dos interesses específicos do estado no caso concreto. Esta teratologia - que remete, de alguma forma, à quebra do princípio do juiz natural e da proibição constitucional dos tribunais de exceção - poderia afetar a higidez do procedimento arbitral, produzindo sentença nula que se refletiria em perda de dinheiro e tempo (dinheiro público, é bom lembrar).²⁵³

Para o autor, a escolha também não deve excluir entidades arbitrais com sede no exterior como a CCI (Paris) ou a LCIA (Londres), já que realizam procedimentos arbitrais em todo o mundo, inclusive no Brasil. Logo, a solução que impede a escolha de órgãos arbitrais sediados no exterior deve ser descartada na visão do autor.²⁵⁴

Em geral, a doutrina argumenta que a escolha do órgão arbitral é caso típico de inexigibilidade de licitação na medida em que não haveria espaço para competição.²⁵⁵ Além da indispensável confiança na instituição, não seria possível comparar os serviços prestados por duas entidades distintas, considerando os procedimentos próprios, a expertise e a supervisão dos seus membros, a agilidade do

²⁵² Cf. a Cláusula 54.2 do edital: “as partes acordam que qualquer controvérsia sobre direitos disponíveis que não puder ser resolvida amigavelmente, nos termos da Cláusula 54.1 poderá ser submetida à Câmara de Arbitragem, regularmente constituída e atuante no Brasil, a ser indicada pelo Poder Concedente em até 30 (trinta) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das Partes, via comunicação formal à outra Parte.”

²⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 51, Ano XIII, jul. - set, 2016, pp. 10-11.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Art. 25 da Lei 8.666/1993.

procedimento arbitral, as listas de árbitros (fechadas ou não), a experiência anterior, entre outras qualidades.

O mesmo se diz com relação aos árbitros. Afirma-se que não seria possível colocar em disputa as habilidades intelectuais do árbitro ou dos árbitros que compõem o painel arbitral. Portanto, a hipótese seria de inexigibilidade.²⁵⁶

Para Marçal Justen Filho, entretanto, o caso seria de descabimento ou de inaplicabilidade de licitação na medida em que não haveria contrato a conduzir à aplicação das regras da Lei nº 8.666/1993 quando da escolha da Câmara de Arbitragem ou mesmo dos árbitros. Nas palavras do autor: “a razão fundamental para não ser aplicada a licitação consiste em que a arbitragem não é um contrato e os árbitros não são contratados pela Administração Pública”.²⁵⁷

Em regra, a escolha dos árbitros, juiz de fato e de direito, é livre. Esses podem ou não ser advogados, embora seja recomendável que ao menos um dos árbitros, se possível o presidente, do painel tenha conhecimentos sobre processo.²⁵⁸

Existem árbitros para todos os gostos, com conhecimento, cultura e *background* diferenciados, o que tem grande influência na arbitragem. O procedimento de produção de provas para um árbitro de *common law*, por exemplo, é muito diferente do procedimento para um árbitro de *civil law* – o que é extremamente relevante na fase instrutória do processo.

É certo que a legislação pode impor requisitos que restrinjam a indicação de árbitros.

Esse é o caso das Leis das Concessões e das Parcerias Público-Privadas e ainda do Decreto Presidencial nº 8.465/2015, que exigem o emprego da língua portuguesa nas arbitragens que envolvem a Administração Pública. Tais disposições limitam a participação de árbitros estrangeiros que não dominam a língua portuguesa, porém não obstam, eis que a arbitragem poderá se desenvolver em mais de uma língua.

A liberdade na escolha dos árbitros também poderá ser restringida pelas partes. Essa restrição pode ser direta, quando são fixados atributos e qualidades profissionais na convenção, ou indireta, que ocorre, por exemplo, quando a Câmara Arbitral contratada possui uma lista fechada de árbitros e/ou estabelece requisitos quanto

²⁵⁶ O Decreto nº 8.465/2015 aponta no art. 7º, §3º que a hipótese seria de inexigibilidade de licitação.

²⁵⁷ Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJJF%20%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2017.

²⁵⁸ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

ao número e forma de escolha destes.

Ainda quanto ao idioma, a Lei nº 9.307/1996 não exige que a arbitragem que tenha como parte a Administração Pública utilize a língua portuguesa, ao contrário da exigência prevista na Lei das Concessões e Parcerias Público-Privadas e no Decreto supracitado.²⁵⁹

Contudo, diante das exigências legais previstas no Código Civil²⁶⁰ e no Decreto nº 13.609/1943²⁶¹ de que os documentos redigidos em língua estrangeira devem ser traduzidos para o português, recomenda-se que a arbitragem seja realizada em português ou seja bilíngue. Isso é relevante para dar cumprimento ao princípio da publicidade e do controle.

A Lei de Arbitragem brasileira não impede que a arbitragem se desenvolva fora do Brasil, nem mesmo quando a Administração Pública é parte. Contudo, restrições nesse sentido são encontradas na Lei nº 11.079/2004 e no Decreto nº 8.465/2015, o que não é saudável para investidores estrangeiros.

Contudo, é certo que a escolha da sede da arbitragem possui grande repercussão sobre o processo arbitral, inclusive porque a competência jurisdicional para a obtenção de medidas cautelares ou coercitivas junto ao Poder Judiciário é do país sede. Uma arbitragem com sede no exterior pode ser um complicador para participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais não possuem personalidade jurídica internacional.

Quanto ao prazo para prolação da sentença arbitral, este poderá ser estipulado pelas partes. Se não houver previsão, a Lei nº 9.307/1996 estabelece o prazo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.²⁶²

O princípio da autonomia da vontade também impera na escolha do prazo da sentença, que poderá ser alterado de comum acordo entre as partes durante o procedimento. Destaca-se, contudo, que o rigor no cumprimento é tamanho que a Lei prevê que é nula a sentença proferida fora do prazo estipulado pelas partes.

²⁵⁹ O Cento de Arbitragem e Mediação da CCBC adota o posicionamento de que “as arbitragens que envolvem a Administração Pública deverão ter sede no Brasil e adotar a Língua Portuguesa como idioma oficial.” (Enunciado nº 3 da Resolução Administrativa nº 09/2014).

²⁶⁰ Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.

²⁶¹ Estabelece novo Regulamento para o ofício de Tradutor Público e Intérprete Comercial no território da República.

²⁶² Art. 23 da Lei nº 9.307/1996.

2.3.4. A desnecessidade de previsão de arbitragem no edital

Além das supracitadas peculiaridades da convenção de arbitragem envolvendo a Administração Pública, ainda se questiona sobre a necessidade de o edital da licitação prever a cláusula compromissória.

Não se vislumbra a necessidade de previsão explícita no ato convocatório já que a convenção poderá ser disposta em eventual aditivo contratual²⁶³ ou mesmo por meio de compromisso arbitral firmado após a instalação do litígio entre as partes.²⁶⁴

Contudo, alguns autores entendem que a regra prevista no art. 11 da Lei das Parcerias Público-Privadas²⁶⁵ seria impositiva no sentido de exigir a inclusão da cláusula compromissória no edital. Fundamentam o seu entendimento no princípio da vinculação ao instrumento convocatório para dar previsibilidade aos licitantes que competirão pelo objeto da licitação.

Eduardo Talamini diverge desse entendimento para esclarecer que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório incide sobre a esfera material das contratações públicas, ao passo que as regras relativas à convenção de arbitragem se referem ao campo de incidência processual²⁶⁶:

Mas se a arbitragem não for prevista no edital (e, conseqüentemente, também não no contrato), ainda assim será possível que, ao surgir um conflito arbitrável, as partes, de comum acordo, estabeleçam um compromisso arbitral. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material. A arbitragem não constitui em si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos – razão pela qual é dispensável sua

²⁶³ Essa possibilidade foi reconhecida na Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes para relicitação dos contratos de parceria firmados nos termos da Lei nº 13.334/2016 (PPI). Cf. o art. 15, inc. III da referida norma: “A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: [...] o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei”.

²⁶⁴ Durante a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, que deu origem à reforma da Lei de Arbitragem, houve discussão sobre a necessidade da inclusão da convenção de arbitragem no edital das licitações públicas.

²⁶⁵ Da mesma forma, a Lei Mineira nº 19.477/2011 que trata da arbitragem no Estado de Minas Gerais estabelece que “no edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos”.

²⁶⁶ Para Marçal Justen Filho “rigorosamente, a convenção de arbitragem não dispõe sobre a relação de direito material, mas sobre direito de ação. Como dito acima, a convenção de arbitragem é um pacto autônomo e distinto da relação de direito material.” **Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros**. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJF%20%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>> Acesso em 05 dez. 2017.

previsão em edital.²⁶⁷

Ademais, a instauração de arbitragem por meio de compromisso arbitral não configuraria vantagem competitiva a quaisquer dos licitantes. Afinal, todos estarão em igualdade de condições na fase de competição.

Não se pode olvidar que há previsão legal expressa na Lei de Arbitragem quanto à possibilidade da celebração do compromisso posterior, o que prestigia a resolução de eventual conflito fora do Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça também entende que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”.²⁶⁸

Também o Conselho da Justiça Federal adotou Enunciado no mesmo sentido ao reconhecer que “ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”.²⁶⁹

A adoção da convenção arbitral desde o edital é recomendável, pois facilita a formação do juízo arbitral, sem eventual necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, e pode incentivar a apresentação de propostas mais vantajosas para a Administração diante da redução dos custos de transação.²⁷⁰

De todo modo, ainda que exista cláusula compromissória no edital de licitação, não seria adequado obstar a celebração futura de compromisso arbitral. Além das razões anteriores, existem situações em que a celebração de um compromisso será essencial para estimular a resolução de uma controvérsia.

A título de exemplo, nos casos de reparação de danos decorrentes de cartéis, em que há responsabilidade solidária dos agentes cartelizados por eventual dano-prejuízo, a Administração Pública poderia vir a celebrar um compromisso arbitral com quaisquer dos licitantes, mesmo com aqueles que não venceram nenhum lote do certame e que, portanto, não assinaram nenhum contrato.²⁷¹

²⁶⁷ TALAMINI, Eduardo, 2005.

²⁶⁸ REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.02.2012.

²⁶⁹ Enunciado nº 2 do Conselho da Justiça Federal, adotado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios.

²⁷⁰ DAVIDOFF, Fernanda. FRANZONI, Diego. Arbitragem nas parcerias público-privadas. **Revista de Direito Contemporâneo**, v. 18, maio/jun. 2015.

²⁷¹ Nesse sentido, entende-se que deve ser rejeitada a proposta de emenda da Câmara dos Deputados ao PLS 406/2013, para alterar o § 1.º do art. 1.º da Lei de Arbitragem nos seguintes termos: “a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da Administração, nos termos do regulamento”. Tal alteração seria um grande retrocesso à utilização do instituto da arbitragem no Brasil.

A contestação ao supracitado exemplo certamente partiria do pressuposto de que nenhum agente econômico pretenderia celebrar um compromisso arbitral com a Administração nesses casos. Afinal, não teria interesse em resolver uma pretensão reparatória da Administração Pública. Muito menos na via arbitral, pois tende a ser mais célere do que a via judicial.

A réplica ao argumento se encontra dentre as propostas consignadas no capítulo subsequente de que é preciso estimular o uso da arbitragem pelo agentes econômicos, especialmente para fins de reparação das vítimas dos cartéis em licitação, por meio de incentivos.

CAPÍTULO 3. A arbitragem como instrumento efetivo à reparação de danos concorrenciais provenientes de cartéis em licitação pública

Antes da celebração de uma avença, é recomendável que as partes promovam uma análise cautelosa das disputas que poderão advir daquele negócio jurídico. Isso é importante para definição dos métodos mais adequados de resolução dessas eventuais controvérsias.

Não existe uma fórmula estanque que determine qual é o melhor método para cada tipo de contrato, eis que cada litígio possui particularidades que devem ser estrategicamente examinadas antes da escolha do mecanismo mais adequado.²⁷²

É certo que é enorme a dificuldade em se prever quais disputas podem surgir após a celebração de um contrato. Também pode se afirmar que tal dificuldade se agrava quando as possíveis disputas advêm de contratos cujo objeto é complexo ou quando uma das partes é a Administração Pública.²⁷³

Nesse contexto, a melhor estratégia é flexibilizar a escolha por meio da adoção de uma cláusula *multi-tier* ou escalonada. Conforme mencionado anteriormente no presente estudo, tais cláusulas promovem uma combinação entre os métodos consensuais de resolução de disputas e a arbitragem.

Para ilustrar, destaca-se o modelo de cláusula escalonada para litígios envolvendo a Administração Pública que conjuga a mediação e a via arbitral da CAM-CCBC. Confira-se a redação do Enunciado nº 8 da Resolução Administrativa CAM-CCBC nº 09/2014:

Fica instituído o modelo recomendado de cláusula compromissória escalonada, com a precedência de mediação à arbitragem, em procedimentos que envolvem a Administração Pública:

1- Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser conduzida por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas.

1.1- O conflito não resolvido pela mediação, conforme a cláusula de mediação

²⁷² “O mais importante é que, diante de um amplo “cardápio” com diferentes possibilidades de escolhas de métodos de solução de conflitos, consensuais e adversariais, a escolha daquele mais adequado ao conflito tenha passado por uma análise acurada tanto dos interesses (e prioridades) das partes quanto das características (potencialidades e limites) da técnica de solução de conflitos”. GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. 2014. p. 31.

²⁷³ Para Oliver Williamson todos os contratos complexos são inevitavelmente incompletos e, portanto, ensejarão disputas futuras. WILLIAMSON, Oliver. Porque direito, economia e organizações? In: **Direito e Economia**, ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Raquel (Orgs.) Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 16 – 59, 2005.

acima, será definitivamente resolvido por arbitragem, nos termos da Lei Federal nº 9.307/96, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento.

2.1- A arbitragem será administrada pelo CAM-CCBC e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, incluindo-se as normas complementares aplicáveis aos conflitos que envolvem a Administração Pública, cujas disposições integram o presente contrato.

2.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC.

2.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado], Brasil.

2.4- O procedimento arbitral será conduzido em língua portuguesa.

2.5- O procedimento arbitral respeitará o princípio constitucional da publicidade, salvo em relação às informações relacionadas à disputa que, eventualmente, se classifiquem como de caráter sigiloso, nos termos da legislação aplicável.²⁷⁴

A adoção da cláusula escalonada é benéfica para as partes, pois a disputa poderá vir a ser resolvida antes mesmo da instauração de um procedimento litigioso, como a arbitragem, o qual tende a ser mais custoso do que o consensual.²⁷⁵ Depois, ainda que o procedimento consensual prévio não resolva a disputa, auxiliará na comunicação entre as partes facilitando a resolução da lide em posterior processo litigioso.²⁷⁶

3.1. A efetividade da arbitragem para reparação dos danos da Administração Pública

A arbitragem tem um papel a cumprir na reparação dos danos da Administração em decorrência de cartéis em licitação pública.

Entre os anos de 1994 e outubro de 2017, o CADE proferiu 75 decisões condenatórias pela prática de cartel. A partir da segunda metade de 2012, com a edição da Lei nº 12.529/2012, o número de condenações subiu de 1,6 a 9,6 ao ano. Destas, 24% se referem a cartéis em licitação pública.²⁷⁷

²⁷⁴ CAM-CCBC. **Resolução Administrativa nº 09/2014**. Enunciado 8. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>>. Acesso em 16.12.2017.

²⁷⁵ A tabela de despesas de um procedimento arbitral e de mediação são bastante diferentes. Apenas para se ter uma ideia, na CAM-CCBC, a taxa mínima de administração de procedimento arbitral, em 2017, por parte, é de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Já a taxa mínima de administração de procedimento de mediação, em 2017, por participante, é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Tais valores não consideram os honorários de árbitros e mediadores.

²⁷⁶ SANDER, Frank. E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. *Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach*. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, 2006.

²⁷⁷ DE JESUS, Agnes Macedo. **Concorrência e pobreza: a política antitruste e a jurisprudência do Cade sob o olhar dos desfavorecidos**. 2017. p. 75 e ss. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18813/1/2017_AgnesMacedodeJesus.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017.

Como se sabe, o mercado de licitações públicas é visado pelos agentes econômicos que praticam tal conduta anticompetitiva, pois o Estado investe valores relevantes para a contratação anual de bens e serviços.²⁷⁸ Apenas no Governo Federal, até meados de dezembro de 2017, 90.523 processos foram instaurados para contratações públicas que alcançaram um montante superior a R\$ 38 bilhões.²⁷⁹

No relatório *Collusion and Corruption in Public Procurement* da OCDE²⁸⁰, o Brasil apresentou contribuição em que apontou que outros fatores também favorecem a cartelização no mercado de compras públicas no país, tais como a descentralização das licitações; o alto número de certames; o frequente contato entre os licitantes, o que estimula a colusão; e a ausência de flexibilidade no procedimento licitatório.

Apesar do aumento do número de condenações pelo CADE e do valor expressivo das multas, não há dados que comprovem a efetiva reparação dos danos das vítimas.²⁸¹ Pelo contrário, as pesquisas demonstram que o ajuizamento de ações de reparação de danos decorrentes de cartéis em licitação pública é insignificante.

Uma pesquisa jurisprudencial recente²⁸², que analisou o período de 1995 até agosto de 2017, aponta que teriam sido identificadas 95 ações judiciais²⁸³ no Brasil com pedido de reparação por danos derivados de 41 cartéis diversos. Nesse cenário, 35

²⁷⁸ “[...] dada à grande soma de recursos envolvidos, os procedimentos licitatórios são frequentemente alvo de cartelização. Assim como nos cartéis que se formam no setor privado, os acordos entre agentes econômicos que exploram contratações públicas também têm como objetivo primordial eliminar ou reduzir a concorrência, de forma a aumentar as respectivas margens de lucro. Como já explícito, as práticas anticompetitivas entre os licitantes podem assumir diversas formas, que resultam, em regra geral, na aquisição de bens e contratação de serviços por valores acima daqueles que seriam encontrados em mercados efetivamente competitivos”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7. Acórdão nº 3089/2015. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 02.12.2015.

²⁷⁹ Para informações, recomenda-se o acesso ao Portal de Compras do Governo Federal. Disponível em: <<http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=PaineldeCompras.qv&host=QVS@17-0112-b-ias04&anonymous=true>>. Acesso em 14 dez. 2017.

²⁸⁰ OECD. *Policy Roundtables. Collusion and Corruption in Public Procurement*. 2010. p. 71 e ss. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

²⁸¹ Pesquisa realizada por Luiza Andrade Machado, em 2015, apontou que “levantamento jurisprudencial realizado no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a partir da análise de acórdãos que contêm as palavras ‘cartel’ ou ‘cartéis’ e nos quais prejudicados pleiteavam a reparação pelos danos causados pelo conluio, indica que houve um aumento de 667% no número de acórdãos proferidos entre os anos de 2004-2008 (3 acórdãos) e 2009-2013 (23 acórdãos) e, considerando apenas os últimos 3 anos, o aumento foi de 450% no período de 2009-2011 (4 acórdãos) e 2012 – julho/2014 (22 acórdãos)”. MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: O conflito entre a preservação dos Interesses da leniência e o direito à indenização. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2 (2015). Disponível em <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/216>>. Acesso em 12 ago. 2017.

²⁸² PORTO, Giovana Vieira. 2017.

²⁸³ 68,4% dessas ações tiveram o seu objeto analisado pelo CADE, antes ou depois do ajuizamento.

das ações teriam sido ajuizadas por pessoas físicas ou jurídicas. Todas as demais se referem a ações civis públicas ou coletivas ajuizadas pelo Ministério Público.²⁸⁴

A pesquisa aponta, portanto, que em 22 anos apenas 35 ações judiciais foram ajuizadas por terceiros no Brasil para discutir a reparação de danos derivados de cartéis. A pesquisa não chegou a apresentar quantas dessas ações teriam sido julgadas procedentes. Contudo, ainda que todas o fossem, o número de ações é extremamente baixo.

No relatório da OCDE sobre *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*, o Brasil apontou as seguintes causas para a baixa utilização do *private enforcement*: (i) a longa duração e o custo de um processo judicial; (ii) a ausência de familiaridade dos juízes com a matéria concorrencial; (iii) a dificuldade na obtenção dos documentos necessários à prova do dano; (iv) a necessidade de análise econômica complexa, inclusive com o cálculo do dano concorrencial; e (v) a ausência de uma cultura de reparação de danos.²⁸⁵

Essas dificuldades são encontradas também por outros países conforme aponta o relatório:

Delegates agreed that there are obstacles to effective private enforcement, related to the complexity of damages claims, as well as to the application of general rules which do not fully take into account the particularities of antitrust claims, and the relation between public and private antitrust enforcement.

General civil procedure rules require the plaintiff to prove the breach of law, the fault of the defendant, the existence of damages, which must then be quantified, and a causal link between the breach and the damages. Competition cases are not only particularly fact-intensive, but also characterized by a structural information asymmetry, where the information required to support a private claim is generally in possession of the defendant, while certain information in the files of the competition authority is protected and cannot be disclosed. It can be extremely complex for potential claimants, especially final consumers, to obtain the factual elements in order to demonstrate that they are entitled to compensation, and this may deter them from claiming damages. Also, as delegates highlighted, private enforcement proceedings can be very long, cost intensive, uncertain and subject to tight limitation periods.²⁸⁶

Diante desse cenário, o presente estudo apresenta a arbitragem como um

²⁸⁴ Tal pesquisa ainda apontou que 47 ações teriam sido julgadas, dentre as quais, apenas 14 tiveram reconhecida a procedência total ou parcial do pedido. Ou seja, os números são extremamente baixos.

²⁸⁵ OCDE. *Directorate For Financial And Enterprise Affairs. Competition Committee. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement - Brazil*. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em 12 ago. 2017.

²⁸⁶ OCDE. *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf)>. Acesso em 16 dez. 2017.

instrumento para superar essas dificuldades, inclusive quando a Administração Pública é parte do procedimento, em busca de uma efetiva reparação de danos.

3.1.1. A expertise técnica dos árbitros para o cálculo do dano

Verificada a existência do dano-evento e do dano-prejuízo, sem adentar na discussão sobre a necessidade ou não de prova do dano decorrente de cartel²⁸⁷⁻²⁸⁸⁻²⁸⁹⁻²⁹⁰,

²⁸⁷ De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a fraude à licitação dá ensejo ao dano *in re ipsa*. Confirma-se, por todos: “PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO. [...] 2. Ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006. 3. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado dano *in re ipsa*. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2010, e REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/9/2014 [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 54.262/MG. 2ª Turma Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 05/09/2017. Publicado no DJe em: 13/09/2017.

²⁸⁸ Na esfera criminal, tamanha é a gravidade do delito que os Tribunais Superiores brasileiros consolidaram o entendimento de que se trata de crime formal. Ou seja, a consumação do delito se dá mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação para obtenção de vantagem ilícita, de modo que a consumação do delito sequer depende da homologação do procedimento licitatório. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116680/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado no DJe em: 12/02/2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 983.730/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no DJe em 04/05/2009.

²⁸⁹ O CADE tem considerado que os cartéis clássicos ou *hardcore* devem ser considerados ilícitos *per se*, ausente a possibilidade de mitigação pela regra da razão (*rule of reason*). Nas palavras de Caio Mário e Paulo Leonardo Casagrande: “O CADE tem adotado o entendimento de que cartéis *hardcore* – ou cartéis clássicos, como referidos em diversas decisões – podem ser caracterizados como infrações por objeto, i.e., a restrição da concorrência seria o objeto do acordo em si. Em razão da sua própria natureza, o CADE vem estabelecendo a presunção de que cartéis possibilitam o exercício abusivo do poder de mercado coletivo – com todos os seus efeitos negativos, como o aumento de preços, depreciação da qualidade, inibição à inovação etc. – sem produzirem qualquer benefício, quando formado por empresas que detêm conjuntamente uma participação expressiva no mercado relevante.” PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial. Doutrina. Jurisprudência e Legislação. In: AGUILLAR, Fernando Herren (org.). **Coleção Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 110.

²⁹⁰ Sobre a matéria, o Conselheiro do CADE, Paulo Burnier da Silveira, já afirmou que “tal entendimento se baseia na compreensão de que os cartéis *hardcore*, por sua própria natureza, não podem gerar quaisquer efeitos econômicos pró-competitivos. Assim, do ponto de vista de análise probatória, considera-se legítimo que a autoridade antitruste presuma, a partir das próprias provas de existência e regularidade do conluio, que as partes nele envolvidas detinham de fato capacidade significativa de influenciar preços e condições de oferta, ainda que não se calcule de forma específica o nível de participação de mercado das empresas investigadas” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.0006130/2006-22). Também o Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações aponta que “a SDE presume a geração de efeitos negativos líquidos sobre o bem-estar social decorrentes da conduta em análise, cabendo ao investigado comprovar que de sua conduta não houve geração de qualquer efeito no mercado, se for o caso”. BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria SDE nº 51, de 03 de julho de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jul. 2009. Seção 1, p. 35. Disponível em <<http://www.jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2017.

é preciso quantificar esse dano para fins da efetiva reparação da vítima.

O Código de Processo Civil aponta que a quantificação dos danos poderá ser reservada para a fase de liquidação da sentença. Do mesmo modo, a Lei nº 12.846/2013, que trata sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, dispõe que “a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”.²⁹¹

No tocante ao dano patrimonial, em regra, adota-se a teoria da diferença²⁹² para estabelecer que o dano-prejuízo pode ser aferido por uma equação matemática entre o valor do patrimônio da vítima antes e depois do evento danoso.

Contudo, a pesquisa jurisprudencial mencionada no tópico antecedente identificou que não há uniformidade nas decisões judiciais no tocante à forma e à metodologia de cálculo do montante indenizatório. Foram verificados os seguintes meios: perícias de natureza diversa em processo de conhecimento; perícias de natureza diversa em liquidação de sentença; diferença entre o preço pago pelos consumidores e o anteriormente praticado, em dobro; e média aritmética da lucratividade durante o período da conduta.²⁹³

Ademais, não foi possível identificar o direcionamento teórico adotado nas decisões judiciais para a aplicação de uma ou de outra metodologia de cálculo dos danos patrimoniais. Isso mostra que o estado da arte dos estudos econômicos, destinados justamente a esses cálculos, não tem sido considerado pelos diversos atores do processo judicial.

A ausência de jurisprudência consolidada sobre a metodologia do cálculo do dano não é uma exclusividade brasileira. De acordo com pesquisa da *International Competition Network*:

in the follow-on claims the calculation of the economic damage plays a decisive role. In all jurisdictions, the damage is established by a comparison of the plaintiff's actual position following the harmful event with the hypothetical position which would have existed had the harmful event not occurred. Nonetheless, the actual calculation of damage raises severe difficulties in practice because it involves the calculation of the hypothetical

²⁹¹ BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Art. 21, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em nov. 2017

²⁹² De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, “tradicionalmente, define-se dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso. A assim chamada teoria da diferença, devia à reelaboração de Friedrich MOMMSEN, converteu o dano numa dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável”. (MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 143).

²⁹³ PORTO, Giovana Vieira. 2017.

*competitive price. Three different models are used to do this: the comparative market approach, the cost-based approach and the simulation approach. As far as the survey shows court practice in the jurisdictions surveyed so far does not provide an indication as to which approach is preferred.*²⁹⁴

Bruno Oliveira Maggi confirma que a apuração dos danos deverá ser feita por meio de estudos econômicos complexos, o que pode encontrar barreiras no Poder Judiciário:

Além da dificuldade ínsita à definição do valor da indenização, presume-se que haverá alguma resistência dos magistrados à forma de sua apuração. Ao contrário dos processos convencionais, nos quais a liquidação da sentença parte de valores reais que servem como base para o cálculo do valor da condenação, a quantificação dos prejuízos gerados por infração à ordem econômica, em especial os cartéis partem de um valor obtido através de estimativas baseadas em teorias econômicas. Nesse sentido, acredita-se que, antes mesmo da fase de apuração dos valores, as partes terão de convencer o juiz de que os estudos econômicos são formas legítimas e as mais adequadas para quantificar os prejuízos nesses casos.²⁹⁵

O mesmo não deve ser verificado no procedimento arbitral, especialmente diante da liberdade das partes na escolha de árbitros capacitados, com expertises suficientes tanto na verificação da arbitrabilidade da disputa, como para o exame da conduta e a promoção das análises econômicas destinadas ao cálculo das indenizações em face dos danos decorrentes de cartéis em licitação pública.

A literatura tem evoluído no sentido de estabelecer métodos para calcular os valores dessas indenizações. Os métodos econômicos têm contribuído de forma significativa para a estimação dos danos ocasionados por um cartel.

Como se sabe, os principais efeitos decorrentes dos cartéis são o sobrepreço e o peso morto. Tais efeitos são responsáveis pela transferência ilegal de recursos e pela redução de bem-estar da sociedade em um mercado cartelizado, em comparação ao nível de bem-estar em uma situação de concorrência.²⁹⁶

O primeiro passo para o cálculo do sobrepreço consiste em estimar o preço que teria sido praticado em um cenário de ausência do cartel. Ou seja, inicialmente, cabe a delimitação do cenário denominado *contrafactual (but-for-price scenario)*.²⁹⁷

²⁹⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Interaction of public and private enforcement in cartel cases*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2017.

²⁹⁵ MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 2010. p. 186.

²⁹⁶ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Cap. 4. Thomson West, 3rd ed., 1994. p. 3.

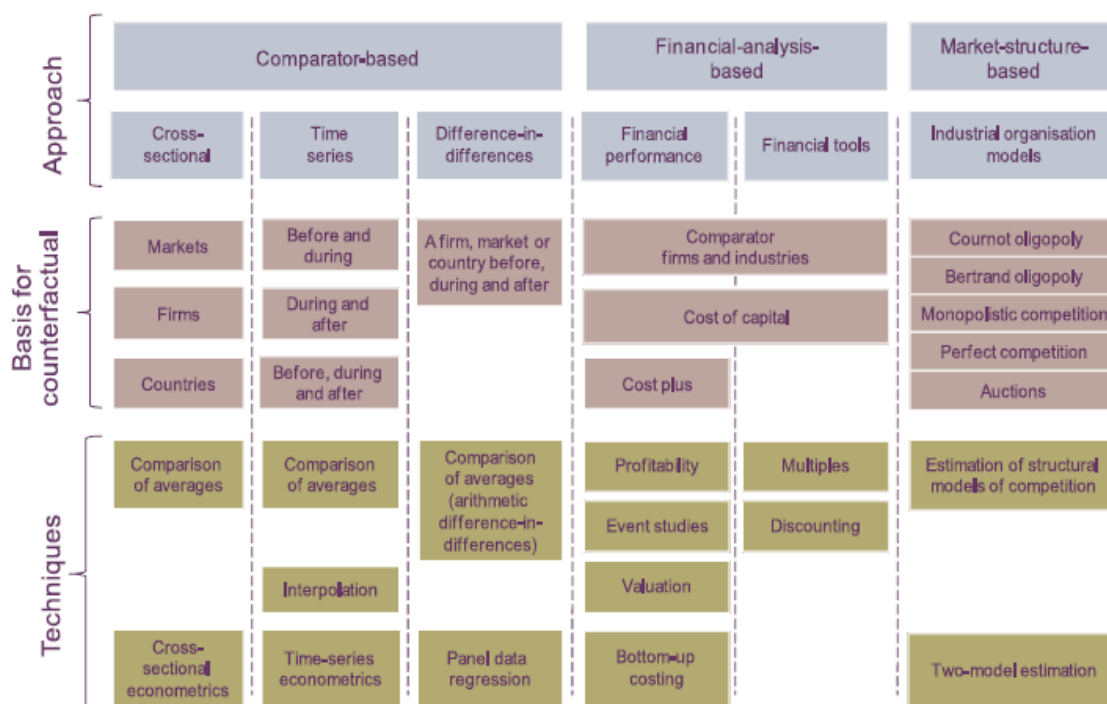
²⁹⁷ De acordo com John M. Connor: “*The calculation of the overcharge is in principle a simple arithmetic exercise. One requires actual transaction prices charges by the conspirators, the quantities sold during the affected period, the dates of conspiracy-effects period, and the price that sellers would have charged but*

Um estudo realizado pela Comissão Europeia sobre a quantificação de danos causados por práticas anticompetitivas estabelece métodos diversos para determinar tal cenário de referência e estimar o preço provavelmente cobrado pelo produto ou serviço, caso a infração não tivesse ocorrido.²⁹⁸

O mencionado estudo, amplamente utilizado na jurisprudência europeia e americana, classifica os métodos de três formas diferentes: (i) o método comparativo (*comparator-based*); (ii) o método baseado nos custos e no desempenho financeiro (*financial-analysis based*); e (iii) o método de simulação de resultados com base em modelos econômicos de funcionamento do mercado (*market-structure based*).

Tais métodos e modelos são estruturados em três níveis. O primeiro se relaciona ao tipo de metodologia. O segundo se refere à base do cenário contrafactual e o terceiro às técnicas aplicadas para o cálculo.

A figura abaixo resume esses métodos de análise, os quais podem ser utilizados, em conjunto ou isoladamente, para o cálculo de violações antitruste tais como os cartéis em licitação, a depender das informações disponíveis:



Fonte: Oxera Consulting

for the conspiracy. The overcharge is the revenue of the members of the cartel during the conspiracy-effects period less revenues that would have accrued at the but-for price". CONNOR, John M. **Global Price Fixing**. 2nd Updated and Revised Edition. Heidelberg: Springer, 2008. p. 232.

²⁹⁸ OXERA CONSULTING. **Quantifying antitrust Damages**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em 14 dez. 2017.

Os economistas Gustavo Madi Rezende, Solange Kileber e Maria Fernanda Caporale Madi analisam as metodologias acima da seguinte forma:

O primeiro grupo envolve comparações por *cross section* (em que a base para o contrafactual são outros mercados, firmas ou países²⁹⁹), por séries de tempo (em que a base para o contrafactual são os períodos antes e/ou depois do cartel³⁰⁰) ou por painel (quando as duas comparações anteriores são cruzadas para analisar a evolução de uma firma, mercado ou país, nos períodos antes, durante e depois do cartel).

O segundo grupo (performance financeira das firmas que participam do cartel) usa informações financeiras, como taxas de retorno e informações de custos, para estimar a situação contrafactual. Podem ser feitas comparações das taxas de lucratividade entre *benchmarks*, ou mesmo análise de reação das firmas do mercado cartelizado, sempre com o objetivo de estimar indicadores de desempenho financeiro, por exemplo: a rentabilidade, com base em dados contábeis ou em “*share prices*”. Para o cálculo do sobrepreço também é possível usar como base informações sobre o custo de produção, acrescido de custo de capital e margens de lucro normais dos demais participantes do mercado.

Por sua vez, o terceiro grupo (estruturas dos mercados) busca identificar a referência teórica mais apropriada ao mercado estudado: competição perfeita, concorrência monopolística, oligopólio (Bertrand ou Cournot) ou monopólio. Os autores de organização industrial consideram aspectos qualitativos importantes para detectar qual modelo se adapta melhor ao mercado estudado. A partir do modelo escolhido, determinam-se parâmetros de conduta para estimar os preços ou volume no contrafactual. Essa mensuração está sujeita a diversas críticas relativas à dificuldade de aproximação entre as características reais dos mercados e as estruturas de mercado concebidas teoricamente.³⁰¹

Diante da análise desses métodos e de outros modelos econométricos, o Tribunal de Contas da União (TCU) já concluiu pela possibilidade do emprego destes para quantificar o sobrepreço decorrente de cartéis em licitação pública para apurar os danos causados aos cofres da União Federal.

O Tribunal estabeleceu uma metodologia de cálculo por meio de um estudo econométrico para verificar “o valor estimado do dano causado ao erário por conta de atuação de cartel em licitações”.³⁰²

Tal estudo, determinado pelo Min. Benjamin Zymler, foi elaborado para

²⁹⁹ Também conhecido como método *yardstick* ou *benchmark*.

³⁰⁰ “Embora o método seja mais conhecido como “antes e depois” (*before and after method*), na realidade são possíveis três tipos de comparação, a depender dos dados disponíveis: preços vigentes antes da prática cartelizada com aqueles vigentes durante o cartel (*before and during*), preços vigentes durante o cartel com aqueles praticados após o término da infração (*during and after*) e, finalmente, a comparação entre os preços praticados antes, durante e depois do cartel (*before, during and after*)”. CASELTA, Daniel. 2016. pp. 148 – 149.

³⁰¹ REZENDE, Gustavo Madi; KILEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. **Métodos de Mensuração das Indenizações de Ações Privadas em Casos de Cartel**. Revista do IBRAC: RIBRAC, v. 18, nº 20, pp. 411-425, jul./dez. 2011. p. 415 – 416.

³⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC nº 005.081/2015-7**. Acórdão nº 3089-50/2015. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 02/12/2015.

subsidiar os processos de acordos de leniência, instaurados em decorrência de fatos investigados no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”, especificamente em relação ao valor do dano devido ao erário (art. 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013).

Os seguintes excertos do acórdão demonstram os métodos e técnicas indicadas pela SeinfraPetróleo - área técnica responsável pelo estudo - como adequadas ao cômputo dos danos-prejuízo decorrentes de cartéis em licitação:

Com relação aos métodos e técnicas de quantificação do dano decorrente da atuação de um cartel, a unidade técnica ressaltou que uma das principais dificuldades consiste em estimar o preço que teria sido praticado no cenário de ausência de cartel, o denominado cenário contrafactual ou *but-for-price*. [...]

A Comissão Europeia identifica duas abordagens principais para o cálculo dos danos. A primeira baseia-se em métodos comparativos, que estima o cenário contrafactual. A segunda abordagem consiste em modelos de simulação econômica com base em dados do mercado atual e estimativas com base nos custos de produtos.

Adianta-se, desde logo, que o estudo desenvolvido pela unidade técnica usou o primeiro método, que, conforme será mais bem detalhado adiante, envolve a comparação do comportamento da variável que se quer estudar, o desconto ofertado pelo contratado frente ao orçamento da Petrobras, nos cenários com infração (cartel), chamado de cenário factual, e sem infração, designado cenário contrafactual.

Nesse mister, a SeinfraPetróleo utilizou técnicas econométricas, com base em análise de regressão, a partir de dados das contratações da entidade e de informações dos processos judiciais em curso, fornecidos, respectivamente, pela própria empresa estatal e pelo Poder Judiciário. A análise de regressão, por ser uma técnica estatística, permite examinar as relações entre as variáveis econômicas e estabelecer em que medida uma determinada variável de interesse é influenciada por outras variáveis.

No caso, o objetivo foi avaliar, estatisticamente, se e em que medida, outros fatores observáveis que não a infração contribuíram para a diferença entre o valor da variável de interesse (desconto ofertado na licitação) observado no mercado afetado pela infração e o valor observado num mercado comparativo ou durante um período de comparação, num cenário sem infração. Assim, o sobrepreço será a diferença entre o preço observado e o que prevaleceria de acordo com as estimativas econométricas feitas.³⁰³

Com base nos estudos elaborados pela referida área técnica, o Tribunal apontou que no período entre 2002 e 2015, considerando apenas os contratos da Diretoria de Abastecimento, o sobrepreço teria sido de 17%³⁰⁴. O valor do dano foi estimado na

³⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC nº 005.081/2015-7**. Acórdão nº 3089-50/2015. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 02/12/2015.

³⁰⁴ Esse percentual está dentro da margem da literatura atual. Segundo pesquisas empíricas de John M. Connor, os cartéis geram em média um sobrepreço de 25% em um mercado competitivo. CONNOR, John. 2008, p. 2. A OCDE estima entre 10% e 20%. *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, 2002. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2017. Um estudo da Oxera, encomendado pela Comissão Europeia concluiu que 70% dos cartéis examinados resultaram num preço adicional compreendido entre 10% e 40%, situando-se a média em torno de 20%. OXERA CONSULTING.

ordem de R\$ 5,7 bilhões, em valores históricos, e R\$ 8,9 bilhões, se aplicado o reajuste inflacionário do IPCA da época.

Apontou-se ainda que, se o escopo do estudo fosse ampliado para outros contratos da Petrobras, o prejuízo poderia chegar a R\$ 29 bilhões.

Ao final, o Tribunal estabeleceu que o estudo seria utilizado para verificar a legalidade e a legitimidade dos acordos de leniência em negociação pela Controladoria Geral da União (CGU), nos termos da IN-TCU 74/2015³⁰⁵ e do TC 032.895/2014-3, que trata de Representação do MP/TCU para apurar procedimentos adotados pela Petrobras em face dos achados da “Operação Lava Jato”.

Essas determinações do TCU ilustram, na prática, a dificuldade e a complexidade para se quantificar o valor da indenização devida nos casos de cartéis em licitação pública. Note-se que o processo para elaboração do supracitado estudo foi instaurado em março de 2015, porém a questão foi levada a deliberação pelo Plenário apenas em dezembro do mesmo ano.

A necessidade de acesso a documentos, de sigilo e de análise de dados e de contratos administrativos complexos, somada à dificuldade dos cálculos a serem realizados para quantificação do dano concorrencial, fazem com que a via do Poder Judiciário não seja a melhor opção para as ações de reparação civil.

É nesse contexto que a arbitragem, em especial, a expertise dos árbitros faz a diferença.

A liberalidade na escolha dos julgadores em uma arbitragem se traduz em duas vantagens: a segurança em relação ao julgamento e a expertise.³⁰⁶

Ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, em que o litígio é julgado pelo juiz natural, na arbitragem as partes nomeiam um ou mais julgadores, escolhidos porque as partes confiam que conduzirão a melhor análise e julgamento possível da matéria. Desse modo, há uma segurança maior no julgamento. Também há mais confiança quanto à imparcialidade e à impessoalidade do julgador.

Entretanto, é na expertise dos árbitros que repousa a maior vantagem.

Quantifying antitrust Damages. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions_damages/quantification_study.pdf>. Acesso em 14 dez. 2017.

³⁰⁵ A norma “dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei nº 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013”. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20150213/INT2015-074.doc>. Acesso em 15 dez. 2017

³⁰⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem administração pública. Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38

Em regra, os árbitros são escolhidos por serem referência na matéria em disputa. No processo de escolha dos árbitros, as partes fazem um enorme esforço para conhecer todos os profissionais das áreas atinentes ao litígio e selecionar os melhores. Dentre esses, será escolhido aquele que tenha a maior habilidade com a matéria. Todo esse processo pode durar dias ou mesmo meses.

Por essa razão, a probabilidade de que os árbitros indicados tenham melhores condições de examinar um problema complexo do que um juiz estatal é alta, mesmo que este seja assessorado por peritos. Em regra, os árbitros possuem um conhecimento mais verticalizado e aprofundado do que os juízes na matéria específica do litígio. Os juízes tendem a ter um conhecimento mais amplo e horizontal, em razão da estrutura do Poder Judiciário.

Ademais, os árbitros dedicam mais tempo para examinar uma causa do que um magistrado. Quando assumem uma causa, em geral, o grau de dedicação dos árbitros é alto. O maior incentivo para que isso ocorra é que suas futuras indicações como árbitro dependem do seu trabalho e da sua imagem no mercado.

Esse incentivo não existe da mesma forma no âmbito do Poder Judiciário.

Diego Franzoni aponta que “é interessante ponderar que talvez o juiz estatal ideal seja aquele que resolva um maior número de casos num determinado período de tempo, com um nível de atenção mediano (já que o padrão ótimo tenderia a inviabilizar o exercício da função)”. O autor afirma ainda que o mesmo não ocorre na arbitragem, em que o árbitro ideal é aquele que pode se concentrar a um pequeno número de casos, mas com grande dedicação.³⁰⁷

Afirma-se, portanto, que a arbitragem é o meio litigioso mais efetivo para resolução de causas de alta complexidade técnica, como a quantificação de danos decorrentes de cartéis em licitação pública, justamente diante da possibilidade de escolha pelas partes de julgadores altamente capacitados.

Nesse sentido, a arbitragem supera as dificuldades apontadas na OCDE quanto ao *private enforcement*, especificamente no tocante à ausência de familiaridade dos juízes com a matéria concorrencial e a necessidade de análise econômica complexa, inclusive com o cálculo do dano concorrencial.

³⁰⁷ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 41.

3.1.2. A celeridade pela flexibilidade do procedimento

Outra vantagem da arbitragem é a flexibilidade do procedimento, o qual pode ser modelado para comportar a complexidade do objeto em disputa, bem como para atender às demandas da Administração Pública.

A flexibilidade procedimental é maior na arbitragem do que no âmbito do Poder Judiciário. No Judiciário, vigora a regra da indisponibilidade do procedimento³⁰⁸, apesar da existência dos negócios jurídicos processuais, previstos no Código de Processo Civil³⁰⁹. Já na arbitragem, o procedimento é pautado pelo princípio da autonomia da vontade.

A Lei de Arbitragem estabelece que esta “obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”.³¹⁰

Como se vê, desde a formação da convenção de arbitragem, as partes podem traçar as regras básicas do procedimento a ser adotado (fase pré-arbitral). As partes podem ainda escolher as regras previstas em um regulamento de determinada Câmara Arbitral ou deixar a regulação do procedimento para os árbitros.

Em uma arbitragem institucional, também é possível que as partes derroguem determinadas regras do regulamento da Câmara³¹¹; acordem sobre a extensão dos prazos processuais; suprimam audiências; estabeleçam se poderes cautelares podem ser conferidos ou suprimidos dos árbitros (nunca do Judiciário); se debates podem ser dispensados, entre outros.³¹²

Depois de instaurada a arbitragem, as partes podem, de comum acordo, inclusive com a participação dos árbitros, alterar ou detalhar regras procedimentais, bem

³⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 344. A indisponibilidade do procedimento judicial determina que a liberdade das partes em alterar o procedimento é excepcional e deve estar prevista em lei. A regra é a impossibilidade da ampliação de prazos, por exemplo.

³⁰⁹ Cf. art. 190 do CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

³¹⁰ Vide art. 21 da Lei nº 9.307/1996.

³¹¹ Cabe a verificação dessa possibilidade no regulamento da Câmara Arbitral escolhida.

³¹² CARMONA, Carlos Alberto. **O processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, nº 1, 2004, p. 23.

como firmar os pontos litigiosos para facilitar a condução do processo (fase arbitral).³¹³

É muito comum que os árbitros convoquem as partes e seus advogados para delimitarem os pontos controversos, justamente com a finalidade de organizar o procedimento e a fase instrutória. Nesse momento, podem ser criadas regras procedimentais anteriormente inexistentes.

Além disso, os árbitros têm poder normativo supletivo para decidir questões procedimentais não reguladas pelas partes quando não houver consenso ou quando se verificar ofensa às regras processuais que limitam a autonomia das partes em termos procedimentais.³¹⁴

É esse poder normativo supletivo que confere aos árbitros autonomia³¹⁵ para determinar o ônus da prova ou mesmo a apresentação de uma prova³¹⁶; utilizar ferramentas diversas de produção de provas, ainda que não previstas no Código de Processo Civil³¹⁷; determinar a realização de diligências ou de audiências não previstas inicialmente, entre outros.³¹⁸

Sobre a questão probatória, Marcos André Franco Montoro ilustra que:

São inúmeros os meios de prova e as sistemáticas de produção de prova – diferentes dos previstos na legislação processual brasileira para os procedimentos judiciais estatais – que podem ser aplicados em cada arbitragem. São incontáveis as possibilidades de criação e/ou adaptação de regras procedimentais destinadas a regular a colheita das provas na arbitragem. [...]. Entre elas a *direct examination* e *cross examination* da *common law*, o depoimento pessoal a requerimento da própria parte, a testemunha técnica (*expert witness*³¹⁹), a apresentação de depoimentos por escrito (*written witness statements*), a *witness conferencing* (também chamada de *confrontation*

³¹³ Algumas Câmaras Arbitrais preveem ainda a celebração de termos de referência. Confirmam-se a lições de Joaquim de Paiva Muniz sobre a questão: “As regras de certas entidades arbitrais internacionais (como a CCI) e domésticas preveem que, após a nomeação dos árbitros e antes do início da fase probatória, as partes e os árbitros deverão celebrar instrumento para, dentre outros fins, resumir as pretensões e pedidos, especificar os pontos litigiosos, detalhar certas regras procedimentais e registrar os elementos tais como a qualificação das partes e dos árbitros, a lei aplicável, a sede da arbitragem e o idioma”. MUNIZ, Joaquim de Paiva. 2015. p. 177.

³¹⁴ Vide o § 1º do art. 21 da Lei nº 9.307/1996.

³¹⁵ Cf. o § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem: “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

³¹⁶ Vide o art. 3.10 do *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*: “At any time before the arbitration is concluded, the Arbitral Tribunal may (i) request any Party to produce Documents, (ii) request any Party to use its best efforts to take or (iii) itself take, any step that it considers appropriate to obtain Documents from any person or organisation. A Party to whom such a request for Documents is addressed may object to the request for any of the reasons set forth in Article 9.2. In such cases, Article 3.4 to Article 3.8 shall apply correspondingly”.

³¹⁷ O Código de Processo Civil não se aplica à arbitragem. Contudo, os árbitros podem utilizar as regras do Código por meio de uma interpretação analógica.

³¹⁸ HANOTIAU, Bernard. *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*. In: *Arbitration International*, v. 10, pp. 317 – 364, 1994.

³¹⁹ Nas arbitragens de reparação de danos concorrenciais, o CADE poderia participar como *expert witness*.

testimony), e a *discovery*.³²⁰

No entanto, a autonomia das partes e o poder dos árbitros encontra limites na legislação, dentre os quais (i) os bons costumes e a ordem pública³²¹; (ii) os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento³²²; (iii) os princípios cogentes da Lei de Arbitragem, dentre os quais, o direito das partes em apresentar sua tese e a obrigação do árbitro em ouvi-la; e (iv) os princípios processuais constitucionais.³²³

Nos casos de conduta anticompetitiva, o procedimento pode ser desdobrado em uma fase de conhecimento, declaratória, e outra de liquidação, para quantificação da indenização.

Na fase de conhecimento, o procedimento deverá se voltar à verificação da conduta. Já na fase de liquidação, o procedimento a ser estabelecido pelas partes ou pelos árbitros deverá considerar a necessidade da obtenção das informações necessárias para subsidiar o instrumental econômico que será utilizado na quantificação do dano.

O procedimento também poderá considerar as peculiaridades das partes.

Quando uma das partes é a Administração Pública, as partes poderão convencionar, por exemplo, prazos maiores para apresentação de manifestações; a necessidade de publicização de determinados documentos ou atos; o adiantamento dos custos da arbitragem pelo particular; a ausência de honorários de sucumbência; ou mesmo a não repartição de custos de assistentes técnicos.

Em suma, todo o procedimento pode ser pensado para facilitar a participação da Administração Pública³²⁴, bem como a resolução da disputa fora do Poder Judiciário, incluindo questões complexas como a quantificação do dano, da forma mais célere possível.

A celeridade é uma das grandes vantagens da flexibilidade do procedimento.

³²⁰ MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. p. 373.

³²¹ Cf. o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.307/1996: “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

³²² Vide o § 2º do art. 21 da Lei nº 9.307/1996.

³²³ Cf. MONTORO, Marcos André Franco. 2010. pp. 14 – 15.

³²⁴ Cf. o Enunciado 8 da Resolução Administrativa nº 09/2014 da CAM-CCBC: “O Tribunal Arbitral poderá disciplinar o procedimento arbitral que envolve a Administração Pública de acordo com as especificidades exigidas pelo litígio.”

A Lei nº 9.307/1996 estabelece que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Cabe às partes, portanto, o estabelecimento de quando começa e termina o processo de arbitragem. Caso não tenham fixado um prazo, a Lei estabelece o prazo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da eventual substituição de um árbitro.

Evidencia-se assim que a Lei de Arbitragem criou regras destinadas a se prever o termo final para prolação da sentença arbitral. Esse regramento está em linha com a garantia constitucional que assegura a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.³²⁵

Note-se que não há recurso no procedimento arbitral³²⁶, mas apenas a possibilidade de impugnação na via de ação anulatória ou em sede de embargos à execução da sentença arbitral³²⁷. Há, contudo, a possibilidade da oposição dos chamados embargos arbitrais, que se assemelham aos embargos de declaração, e ainda, de ação rescisória no Judiciário³²⁸.

Ademais, a dedicação dos árbitros também acrescenta à celeridade do procedimento. É certo que nem toda arbitragem é célere, contudo, a tendência é que o processo arbitral seja muito mais rápido do que judicial, especialmente em questões de alta complexidade em que são requisitados árbitros especializados.³²⁹

Tais argumentos são suficientes para superar os percalços relativos à “longa duração e o custo de um processo judicial” apontados no relatório da OCDE.

3.1.3. A conjugação das vantagens da via arbitral em prol da eficiência

A expertise dos árbitros e a flexibilidade do procedimento arbitral, cumuladas com a consequente celeridade resultam, na eficiência do método. Como visto, em regra, a resolução da lide é alcançada de forma mais rápida, econômica e também de acordo com os interesses subjetivos das partes.

³²⁵ AMARAL, Paulo Osternack. 2012. p. 47.

³²⁶ Cf. o art. 29 da Lei de Arbitragem: “Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo”.

³²⁷ Cf. o art. 33 da Lei de Arbitragem: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

³²⁸ Cf. o arts. 966 e ss. do CPC.

³²⁹ Anote-se que o processo arbitral equivale ao processo judicial de conhecimento. Logo, não se está tratando da fase de cumprimento de sentença ou de execução.

É cediço que, quando a disputa envolve a Administração Pública, a eficiência nem sempre está relacionada tão somente à eficiência econômica. Afinal, a Administração deverá conciliá-la com a eficiência administrativa³³⁰, aquela que resguarda os interesses da sociedade.³³¹

Em todo caso, a eficiência também passa pela economia no exercício das atividades administrativas, que consiste na obtenção da melhor relação custo benefício na realização de despesas ou na obtenção de receitas públicas.

No caso das licitações públicas, a análise dessa relação custo benefício deve ser realizada pela Administração Pública ainda na fase interna do certame. Isso para que sejam identificadas as vantagens e fundamentada a escolha por um ou por métodos diversos de resolução de disputas.

A opção por determinado método fará grande diferença na contratação pública, já que os custos de transação compõem a equação econômico-financeira da avença e serão levados em consideração pelos empresários no momento da formulação de suas propostas.

Marçal Justen Filho confirma a necessidade de a Administração Pública considerar os custos de transação no equilíbrio da equação econômico financeira das contratações pública. Confira-se:

A questão envolve os custos de transação, tema central da moderna economia e que não pode ser ignorado pelo Direito (Público, inclusive). O preço de um produto reflete não apenas seus custos diretos, mas também todas as despesas indiretas. A insegurança do fornecedor se traduz no preço por ele exigido. A ausência de segurança se traduziria na elevação do preço. Com a redução da incerteza e a proteção do particular contra eventos extraordinários, visualiza-se o pagamento do menor preço possível. A tutela à equação econômico-financeira visa o menor preço possível.³³²

A insegurança gerada pela resolução de litígios no âmbito do Poder Judiciário reflete no aumento do preço ou na redução dos descontos à Administração quando da formulação das propostas dos particulares para apresentação em licitação

³³⁰ De acordo com Emerson Gabardo, para a Administração não basta a eficiência econômica, o Estado tem o dever de otimizar os recursos públicos sem deixar de garantir os direitos fundamentais. Essa é a razão do termo princípio da eficiência administrativa. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

³³¹ Quanto ao princípio da eficiência na atividade administrativa, Selma Lemes leciona que: “a Administração deve ter agilidade e precisão nos resultados a atingir para atender as necessidades sociais, optando por forma mais célere e apropriada e que produza os melhores resultados e a custos menores. Alocam-se aos setores públicos conceitos de gestão e administração privadas mais eficientes. A administração deve ser eficiente e apropriada; esta, no sentido de cumprir a lei e aquela, no sentido de desenvolver-se para atingir o interesse coletivo geral (interesse público genérico) e o interesse público especial que está diretamente vinculado à atividade específica.” LEMES, Selma. 2007a. pp. 152 – 153.

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

pública. Tal condição impacta diretamente os cofres da Administração Pública, que pagará o preço da insegurança. De forma indireta, esse custo será repassado também à sociedade.

Selma Lemes acredita que “em todos os tipos de contratos administrativos firmados pela Administração Pública Direta e Indireta, que tenham como objeto concessões, parcerias público-privadas, fornecimento de bens, execução de serviços, a inclusão de cláusula compromissória representa diminuição nos custos de transação”.³³³

A autora entende que a inserção de cláusula compromissória nos contratos administrativos gera efeitos benéficos à Administração Pública na medida em que otimiza os recursos públicos diante de dois fatores ligados aos custos de transação, quais sejam, a capacidade da arbitragem em lidar com questões complexas e a duração da demanda.³³⁴

Agustín Gordillo também entende que a convenção de arbitragem propicia solução rápida, imparcial e efetiva para controvérsias com a Administração. Isso porque seria “muito mais caro ter que provisionar juízos que podem durar uma década ou mais para dirimir algum conflito que pode apresentar-se com o constituinte. Este é um custo que paga a Administração desnecessariamente, o custo de não haver uma justiça eficiente e oportuna para solucionar controvérsias”.³³⁵

Destaca-se que a questão da imparcialidade levantada pelo autor não se refere à imparcialidade dos árbitros, mas sim à imparcialidade da jurisdição privada. A imunidade política de um tribunal privado é, muitas vezes, fator determinante para opção pela via arbitral.³³⁶

Com relação à duração da demanda, anote-se que, conforme pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça nos meses de abril a junho de 2017, a morosidade processual é o maior problema do Judiciário. O tema foi levantado em quase 50% das manifestações recebidas na Ouvidoria do órgão.³³⁷

Por sua vez, o Relatório Justiça em Números de 2017 demonstra que desde 2009, o número de processos pendentes na Justiça continua aumentando. O crescimento acumulado no período é de 31,2%, tendo havido um acréscimo de 18,9 milhões de

³³³ LEMES, Selma. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memorian**. São Paulo: Atlas, 2007b. p. 188.

³³⁴ LEMES, Selma. 2007a. pp. 165 – 170.

³³⁵ GORDILLO, Agustín. 2003, p. XI 22.

³³⁶ A imunidade política dos tribunais privados é prestigiada, especialmente pelos investidores estrangeiros, nas chamadas arbitragens de investimentos instauradas em desfavor de países hospedeiros.

³³⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/b542129debe33d41b81006d6e71e3338.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

processos no Judiciário,³³⁸ apesar de serem notórios os esforços de gestão para redução desses números.

Tais pesquisas demonstram que o cenário do Poder Judiciário não é favorável para a resolução de disputas complexas, que demandam vasta instrução e um elevado grau de tecnicidade. A morosidade do sistema e a ausência de previsão quanto à duração do processo judicial eleva o custo de transação das contratações.

Nesse contexto, considerando-se que a Administração Pública³³⁹ só fica atrás dos Bancos na lista dos 100 maiores litigantes no Brasil, é imprescindível que o custo para se litigar no Poder Judiciário seja sopesado pelos administradores públicos.³⁴⁰

É evidente que nem sempre a relação custo benefício será positiva em favor da arbitragem, pois devem ser considerados os custos dos honorários dos árbitros e das taxas do órgão arbitral, quando a arbitragem for institucional, entre outras despesas diversas³⁴¹ quando a arbitragem for *ad hoc*.

O ponto é que essa avaliação deve ser estimulada e levada a cabo pela Administração Pública, fundamentalmente diante de pretensões de reparação de danos que envolvem disputas complexas e contratos com valores elevados.

Esse é o caso, por exemplo, da reparação dos danos provenientes dos cartéis em licitação pública derivados da “Operação Lava Jato”, que poderá levantar valores na casa de alguns bilhões de reais em favor da Administração Pública, conforme já consignado pelo Tribunal de Contas da União.

3.2. A colaboração da arbitragem ao Programa de Leniência antitruste

Além de favorecer a Administração Pública, a redução dos custos de transação em uma licitação enseja benefícios a toda a coletividade. De um lado, a Administração disporá de mais recursos para o exercício das atividades administrativas

³³⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

³³⁹ Em 2011, 21% de todas as demandas nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho tiveram a Administração Pública como parte, sendo que em aproximadamente 60% dos casos, atuou no pólo ativo. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

³⁴⁰ Em sua obra, Selma Lemes faz uma análise de um caso hipotético com o objetivo de expor um quadro comparativo entre a demanda judicial e arbitral. Em sua análise, verifica-se que o fator tempo e o custo de oportunidade devem ser levados em consideração para análise econômica da escolha do método de resolução de disputa. LEMES, Selma. 2007a. pp. 176 – 178.

³⁴¹ Possível aluguel de sala de trabalho e provisões de equipamentos e materiais necessários, por exemplo.

em atenção à população. De outro, são verificados benefícios diretos, tais como a diminuição do valor de tarifas eventualmente cobradas dos particulares, nos casos dos contratos administrativos por delegação.³⁴²

Selma Lemes discorre sobre os ganhos decorrentes da adoção da via arbitral nos contratos administrativos nos seguintes termos:

Há um imperativo de natureza econômico-financeira que recomenda esta opção: os benefícios diretos e indiretos que dela advirão. Diretos, por gerarem economia no custo da transação e consistirem em fator de atração do capital privado [...]; por libertarem o judiciário do exame de questões complexas, que são compatíveis com foros especializados. Os ganhos indiretos, por representarem atração de maior número de participantes do certame licitatório, aumentarem a competitividade no setor privado (com ganho para sociedade em geral); empreenderem maior segurança jurídica ao negócio ao demonstrar que a Administração elege a arbitragem para solução de diferendos contratuais [...]; além de economizarem com a não utilização da máquina judiciária custeada pela Administração Pública; e, por último, quiçá, melhorarem a efetividade da prestação jurisdicional aos cidadãos, o que na atualidade é um desiderato constitucional (art. 5, LXXVIII).³⁴³

Também a celeridade propiciada pela resolução dos conflitos na via arbitral viabiliza a utilização do instituto como instrumento de política pública, tal como a concorrencial voltada à persecução privada. Isso porque haverá maior previsibilidade quanto à resolução das disputas e viabilidade de planejamento, execução e controle dos efeitos da política.

Especificamente quanto à política de combate a cartéis, o sucesso na utilização do *private enforcement* na via arbitral ensejaria a redução do chamado peso morto³⁴⁴, que representa os danos à sociedade em razão das ineficiências provadas pela má alocação de recursos.

Essas ineficiências podem ser representadas pelos prejuízos à inovação e à melhora da qualidade dos produtos no mercado, que resultam em perda de bem-estar e, também, em perda da competitividade da economia como um todo.

Nos cartéis em licitação pública os danos sociais podem ser ainda maiores. Além de gerar sobrepreço, o impacto é devastador aos serviços públicos essenciais à

³⁴² Um bom exemplo é o caso das contratações de serviços por delegação, como as parcerias público-privadas, e o possível impacto nas tarifas cobradas em rodovias pedagiadas ou por serviços de transportes municipais ou interestaduais.

³⁴³ LEMES, Selma. 2007a. p. 158.

³⁴⁴ Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld ensinam que o peso morto pode ser entendido como a perda de bem-estar dos consumidores ou produtores decorrente da ineficiência do mercado. PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. São Paulo: Makron Books, 1999. Para Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes “*all theorists recognize that avoiding or reducing the deadweight loss caused by monopoly is a proper goal of antitrust policy*”. SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**. St. Paul: West Group, 2000, p. 12.

população; promove a redução da eficiência dos gastos públicos e consequências negativas aos diversos programas governamentais que dependem de recursos do Estado.³⁴⁵

Nas palavras de Amanda Athayde Linhares Martins:

Os cartéis são considerados, nacional e internacionalmente, a mais grave lesão à concorrência, uma vez que prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Com efeito, o Estado também pode ser vítima dos cartéis, pois os licitantes podem fraudar o caráter competitivo de licitações, resultando em contratações mais caras de bens, serviços e obras, desperdiçando o dinheiro do contribuinte e tornando mais difícil a prestação de serviços públicos para os cidadãos.³⁴⁶

Além de ser um instrumento efetivo para a reparação dos danos da Administração Pública, a arbitragem acaba, portanto, por preservar os interesses coletivos, inclusive mediante o reforço à política de combate aos cartéis em licitação pública.

3.2.1. O estímulo à celebração de acordos de leniência

Conforme destacado anteriormente, o programa de leniência do CADE é um dos principais instrumentos da política de combate a cartéis no Brasil. A iniciativa permite que agentes econômicos envolvidos ou que estiveram envolvidos na prática de cartel obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal após a assinatura de um acordo de leniência. Tal agente deverá cessar a conduta, confessar sua participação e cooperar com as investigações.³⁴⁷

Na esfera administrativa, o agente poderá ser beneficiado com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou apenas com a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis. A extinção da punibilidade se aplicará apenas quando a SG/CADE não tiver conhecimento prévio da infração. Do contrário, aplicar-se-á a redução.³⁴⁸

Atualmente, nos termos da Lei nº 12.529/2011, a reparação civil não é condição para celebração de acordo de leniência, mas os beneficiários do acordo não estão

³⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7. Acórdão nº 3089/2015. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 02.12.2015.

³⁴⁶ ATHAYDE, Amanda. 2013. p. 77.

³⁴⁷ CADE. **Guia de programa de leniência antitruste do Cade**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 15 set. 2017.

³⁴⁸ Vide o art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011.

isentos da obrigação de ressarcir as vítimas da conduta anticompetitiva. Logo, poderão ter que responder a ações civis públicas, coletivas e/ou ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais.

O acordo de leniência somente será celebrado se preenchidos os requisitos³⁴⁹ previstos na Lei nº 12.529/2011, dentre os quais, aquele que determina que a pessoa jurídica deverá ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada (de que a SG/CADE não tinha informações) ou sob investigação. Ou seja, somente terá direito ao benefício aquele que garantir que é o primeiro proponente em relação à determinada conduta.

Já os termos de compromisso de cessação (TCC) são acordos celebrados entre o CADE e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica. Após a celebração do termo, a Autoridade da Concorrência suspende o prosseguimento da investigação com relação ao compromissário. Isso se este estiver cumprindo as condições previstas no documento.

Os benefícios do compromissário se restringem à esfera administrativa. A análise da contribuição pecuniária levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e sua posição na fila única de obtenção dos *markers*, sistema de senhas que considera a ordem de apresentação dos interessados perante a Autoridade da Concorrência.³⁵⁰

A Nota Técnica nº 24/2016 e a Exposição de Motivos, elaboradas pela SG/CADE no âmbito da Consulta Pública nº 05/2016, que propõem regras para o fomento das ações de reparação de danos, recomendam a atenuação da responsabilidade administrativa aos lenientes e compromissários que repararem o dano.

A nota técnica destaca que “preferencialmente, tal colaboração deverá ser realizada e constatada antes da decisão final do Plenário do Cade acerca do Processo Administrativo em trâmite”.³⁵¹

Assevera-se ainda que “do ponto de vista do Programa de Leniência como um todo, a colaboração seria benéfica na medida em que tornaria os materiais de Acordos de Leniência e TCC menos valiosos aos olhos dos consumidores lesados, uma vez que transformaria a celebração de acordos consensuais antecipados em procedimento

³⁴⁹ Vide o art. 86 da Lei nº 12.529/2011.

³⁵⁰ Cf. o art. 227 do RICADE e o **Guia de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>. Acesso em 20 dez. 2017.

³⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.007888/2016-00**.

comum”.³⁵²

Nesse contexto, a arbitragem pode ser considerada um instrumento catalizador para a celebração de acordos por agentes econômicos. Isso porque preserva o sigilo dos documentos, bem como viabilizará, de forma célere, a obtenção dos benefícios decorrentes da reparação dos danos concorrenciais, quando instaurados.

3.2.2. A preservação dos documentos da leniência

O relatório *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement* da OCDE aponta que a facilitação do acesso a documentos que estão em posse da Autoridade da Concorrência para estimular a reparação de danos privados pode criar incentivos negativos aos programas de leniência, além de prejudicar investigações e processos em curso.³⁵³

Essa prejudicialidade decorre da exposição indevida desses documentos, necessários às investigações e processos antitruste, assim como do eventual desestímulo dos agentes econômicos à celebração de acordos, uma vez que estes ficariam mais expostos à reparação civil.³⁵⁴⁻³⁵⁵

Aponta que os delegados dos países que apresentaram contribuições concordam que há necessidade do estabelecimento de regras claras quanto à viabilidade de apresentação desses documentos, ainda que a decisão final caiba ao Poder Judiciário. Afirma-se que regras claras relativas à importância desses documentos é relevante, inclusive para orientar os magistrados quando do deferimento de decisão que determine a apresentação de provas.³⁵⁶

³⁵² Ibid.

³⁵³ Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>>. Acesso em 14 dez. 2017.

³⁵⁴ De acordo com o relatório da ICN sobre a interação da persecução pública e privada, os impactos financeiros, inclusive aqueles decorrentes de ações civis de reparação de danos, são relevantes para a decisão dos empresários quanto à celebração de acordos de leniência (*public enforcement*). *INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Interaction of public and private enforcement in cartel cases*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2017.

³⁵⁵ Vinícius Marques de Carvalho e Ticiano Nogueira da Cruz Lima afirmam que, além de possíveis impactos negativos nos programas de leniência, as ações de reparação de danos poderiam ensejar o aumento dos custos envolvidos nos processos diante da necessidade de complexo cálculo do dano; riscos relacionados ao conflito de decisões administrativas e judiciais; um risco maior de *sham litigation*; impacto negativo por decisões erradas e maior judicialização. Afirma-se que a arbitragem também poderia vir a resolver muitas dessas preocupações. CARVALHO, Vinícius Marques de. CRUZ LIMA, Ticiano Nogueira da. 2015. p. 62.

³⁵⁶ Ibid.

Uma categorização de documentos foi realizada na Diretiva nº 2014/104 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia sobre ações de reparação de danos concorrenciais.³⁵⁷ A Diretiva introduziu um sistema em que documentos da leniência e minutas de acordo são *black listed*, ou seja, não podem ser disponibilizados. Os documentos elaborados durante as investigações são *grey listed*, o que significa que só são disponibilizados após o término do processo, mediante ordem judicial. Todos os demais documentos estariam acessíveis.

Na Nota Técnica nº 24/2016 da SG/CADE, ao ponderar que as ações de reparação de danos são grandes preocupações do proponente quando toma a decisão de participar ou não do programa de leniência, foram declinadas propostas de acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência e TCC.³⁵⁸

Em suma, a SG/CADE propõe uma segmentação do acesso aos documentos em três fases: (i) negociação e celebração de acordos de leniência e TCC; (ii) instrução pela SG/CADE e pelo Tribunal; e (iii) decisão final pelo Plenário do CADE.

Na fase de negociação e de celebração dos acordos, propõe-se o absoluto sigilo dos documentos de leniência e TCC, conforme previsto expressamente na Lei nº 12.529/2011.³⁵⁹ As exceções dependeriam de autorização do proponente com a anuência da SG/CADE.

Na fase de instrução pela SG/CADE, pretende-se a manutenção do sigilo dos documentos com fundamento nos dispositivos da referida Lei e do Regimento Interno do CADE.

Tais normas asseguram o sigilo de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; e do processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.³⁶⁰

Ademais, fundamenta o sigilo na Lei de Acesso à Informação e no Decreto que regulamenta tal norma, ao mencionar os dispositivos que tratam de segredo industrial; atividades econômicas que possam apresentar vantagem competitiva; atividades de

³⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Directive on Antitrust Damages Actions*. 2014. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em 27 nov. 2017.

³⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.007888/2016-00**.

³⁵⁹ Art. 86, § 9º da Lei nº 12.529/2011.

³⁶⁰ Arts. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529/2011.

inteligência e de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.³⁶¹

Na fase de instrução pelo Tribunal do CADE, a Superintendência-Geral mantém esse posicionamento, com a mesma fundamentação, eis que o processo continuará em instrução pelo Relator. Destaca-se que o parecer da SG/CADE, proferido antes da remessa do processo ao Tribunal, não é vinculante.

Após instaurado o processo na SG/CADE ou já no âmbito do Tribunal poderia haver a divulgação de versão pública de nota técnica, dentre outros documentos públicos dos autos, desde que a SG/CADE entenda que não haverá prejuízo às investigações e que não exista vedação legal. Aqui também as exceções quanto ao acesso dependeriam de autorização do proponente, com a anuência da SG/CADE.

Após a decisão final do processo pelo Tribunal do CADE, os documentos poderiam ser acessados para fins de instrução de ação de reparação de danos. A referida nota técnica destaca que os votos do Tribunal deverão conter o detalhamento da conduta anticompetitiva e a transcrição de documentos e informações considerados relevantes para a formação do julgamento.

Em seguida, recomenda-se a formação de dois autos apartados de acesso restrito.³⁶² O primeiro para que contenha informações que poderão ser disponibilizadas para subsidiar ações de reparação de danos, as quais não estão gravadas de sigilo pela Constituição Federal, nem pela Lei de Acesso à Informação, dentre outras normas. O segundo apartado, para o qual não seria franqueado acesso, conteria todos os demais documentos gravados por sigilo legal.

Por fim, a nota técnica aponta que o acesso ao primeiro apartado somente seria possível ao autor de ação privada de ressarcimento de danos concorrenciais, a quem o Poder Judiciário tenha deferido tal acesso. A SG/CADE ainda alerta que:

Essa parte não poderá repassar esses documentos a terceiros ou utilizá-los para outros fins, especialmente para outras jurisdições, sob pena de descumprimento da ordem judicial. Isso porque, se as partes que tiverem acesso aos documentos confidenciais não tiverem a obrigação de sigilo estrito e puderem repassar tais documentos a terceiros, o Brasil se tornará o canal de acesso a documentos de Leniência e de TCC no âmbito de ações de ações de reparação de danos concorrenciais no restante do mundo, em sério prejuízo à atratividade do Programa de Leniência e de TCC do Cade. Vale notar que, nos Estados Unidos (2.1.), as partes podem inclusive ajuizar pedido de proteção das evidências de modo a restringir quem pode ter acesso às informações e

³⁶¹ Arts. 22 e 23 da Lei nº 12.527/2011 e Decreto nº 7.724/2012.

³⁶² De acordo com o Regimento Interno do CADE, será certificada a restrição de acesso aos autos que contenham informações sobre as quais é reservado o sigilo legal. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno>>. Acesso em dez. 2017.

documentos prestados (“*protective order*”). Por exemplo, no caso da Air Cargo, os autores da ARDC foram proibidos de compartilhar os materiais de leniência com terceiros.

Ademais, propõe-se que o Cade sinalize, em termos de *advocacy*, que na análise do caso concreto, o juiz cível deverá se nortear por uma série de fatores, tais como: I – a legitimidade do requerente; II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento; III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento; IV – a fase processual da investigação do Cade; V – a manutenção do nível de confidencialidade pelo requerente; VI – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador; VII – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; VIII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica; e IX – a existência de informações protegidas por segredo de empresa, segredo de justiça ou qualquer outro tipo de informação confidencial.

[...] ainda, segundo os critérios estabelecidos pelo art. 5º da Diretiva 2014 da União Europeia (2.2), ao avaliarem um pedido de acesso a materiais e leniência ponderando elementos como: (i) o caráter confidencial da forma como a informação foi fornecida; (ii) a relação com outros países; (iii) a necessidade de se evitar prejuízos à política nacional e internacional de combate a cartéis; (iv) a proteção do informante; (v) o risco da divulgação prejudicar o programa de leniência no futuro; e (vi) a razoabilidade e os legítimos interesses do requerente da informação.³⁶³

É nesse contexto que a arbitragem pode ir ao encontro da discricção e do sigilo necessário aos documentos. Para tanto, antes de mais nada é preciso ponderar que o acesso ao primeiro apartado de acesso restrito não deve se restringir ao autor de ação reparatória instaurada apenas perante o Poder Judiciário. Como se viu, há outra via mais adequada para a resolução dessa natureza de disputa, que é a arbitral.

Portanto, o acesso deve ser concedido não apenas mediante o deferimento de ordem judicial, mas também por órgão arbitral. Ressalte-se que a restrição de acesso aos documentos apenas à via judicial faria com que a parte em uma arbitragem tivesse de solicitar tal medida no Judiciário, o que seria, por si só, um enorme desincentivo à utilização da arbitragem para fins de *private enforcement*.

Como visto anteriormente, a confidencialidade é uma das vantagens da arbitragem, a qual poderá ser atribuída ao processo arbitral mediante previsão na convenção de arbitragem ou no regulamento do órgão arbitral. Essa confidencialidade vincula tanto as partes do processo como os árbitros – os quais, assim como os juízes³⁶⁴, têm o dever de sigilo consagrado no artigo 14 da Lei de Arbitragem.

Paulo Osternack Amaral esclarece que “é extremamente ampla a

³⁶³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.007888/2016-00**.

³⁶⁴ Cf. o artigo 27 do Código de Ética da Magistratura Nacional: “O magistrado tem o dever de guardar absoluta reserva, na vida pública e privada, sobre dados ou fatos pessoais de que haja tomado conhecimento no exercício de sua atividade”.

possibilidade de as partes restringirem consensualmente a publicidade no processo arbitral. Trata-se de aspecto relevante do procedimento arbitral, na medida em que as partes se sentem mais à vontade para confiar aos árbitros segredos profissionais ou comerciais, intimidades corporativas, informações a respeito da saúde financeira da empresa, enfim, informações de todo tipo, preservando-se de possíveis prejuízos que poderiam advir caso tais temas viessem a público”.³⁶⁵

Uma pesquisa empírica, realizada pela *School of International Arbitration* da *Queen Mary (University of London)*, que ouviu empresas privadas sobre os motivos por que escolhem a arbitragem, confirmou que a confidencialidade do procedimento, ao lado da flexibilidade, da celeridade e da eficiência, é uma das razões fundamentais da utilização desse método de resolução de controvérsias.³⁶⁶

Ainda que se argumente que no Poder Judiciário tramitam processos gravados de sigilo e que também seria resguardada a confidencialidade necessária aos casos de compartilhamento de documentos de leniência e TCC, o fato é que, em comparação com o Poder Judiciário, o procedimento arbitral está muito à frente em termos de instrumentação do sigilo.

A grande maioria das arbitragens empresariais no mundo é gravada por sigilo.³⁶⁷ Desse modo, a própria estrutura física das Câmaras Arbitrais está preparada para resguardar a confidencialidade do procedimento.

O cuidado com a documentação, com os autos dos processos físicos e/ou digitais, também é um grande diferencial na arbitragem. Na esfera do Poder Judiciário, são inúmeros os servidores que lidam com a documentação dos autos de processos gravados com sigilo e que transitam nos gabinetes e nas secretarias.

Já no âmbito de uma Câmara Arbitral, o acesso aos documentos sigilosos é restrito apenas aos árbitros, às partes e à secretaria que fará a gestão do processo. É possível se imaginar inclusive um acesso restrito aos documentos por meio de senhas.

Ressalte-se que as Câmaras são naturalmente estimuladas à preservação do sigilo em razão da necessidade de se manter hígida sua imagem no mercado e também por responderem civilmente por eventual falha na condução de procedimento sigiloso.³⁶⁸

³⁶⁵ AMARAL, Paulo Osternack. 2012. p. 48.

³⁶⁶ *International Arbitration Survey: Choice in International Arbitration*. 2010. Disponível em: <<http://www.whitecase.com/articles-10062010/#.UhLbGIWRIB0>>. Acesso em 02 dez. 2017.

³⁶⁷ Op. Cit.

³⁶⁸ WARWAS, Barbara Alicja. *Liability of arbitral institutions: legitimacy challenges and functional responses*. TMC Asser Press, 2016.

Além do dever legal, os árbitros também possuem um grande incentivo para manter o sigilo das informações, qual seja, a sua carreira. Afinal, o seu nome no mercado dependerá da boa condução da arbitragem. Além disso, em regra, as Câmaras de Arbitragem possuem Códigos de Ética que impõem aos árbitros o dever de sigilo, “antes, durante e mesmo após a arbitragem”.³⁶⁹

Não se olvida que nas arbitragens que envolvem a Administração Pública deverá haver o respeito ao princípio da publicidade. Contudo, conforme destacado anteriormente, entende-se que o princípio da publicidade³⁷⁰ deve ser imputado à Administração e não ao procedimento arbitral, seja institucional ou *ad hoc*.

É a própria Administração Pública que deverá, em observância ao princípio da publicidade, conferir o acesso aos documentos que entender pertinentes, mantendo o sigilo dos documentos gravados de confidencialidade com fundamento na Constituição e na Lei de Acesso à Informação.

Diante desses elementos, afirma-se que a via arbitral é mais adequada do que a judicial para preservação de documentos provenientes de leniências e de TCCs.

A instauração de ações reparatórias na via arbitral vai ao encontro da política de combate a cartéis e poderá afastar a dificuldade veiculada na OCDE quanto à obtenção dos documentos para subsidiar essas ações e o resguardo das informações provenientes de acordos de leniência.

³⁶⁹ Essa é a redação do Enunciado nº 3 do Código de Ética da CAM-CCBC: “Antes, durante e mesmo após a arbitragem, guardar sigilo sobre o procedimento, os debates, as deliberações do Tribunal Arbitral e o conteúdo da sentença arbitral, a menos que as partes o liberem exclusivamente quanto à divulgação da sentença arbitral. Abster-se de usar informações obtidas durante o procedimento arbitral para obter vantagens pessoais ou para terceiros, ou que possam afetar quaisquer interesses de terceiros. Evitar a utilização de elementos colhidos em arbitragens da qual esteja ou tenha participado para a publicação de artigos jornalísticos ou técnico-jurídicos que possam proporcionar a identificação das partes e/ou da questão ‘*sub judice*’ pelo público alvo de tais matérias. Entregar ao Centro de Arbitragem e Mediação todo e qualquer documento ou papel de trabalho que esteja em seu poder ou, a critério das partes promover a destruição destes, sem que deles conserve cópias ou registros virtuais”. Disponível em: <<http://www.cbcc.org.br/Materia/1384/codigo-de-etica-do-arbitro>>. Acesso em dez. 2017.

³⁷⁰ Com relação à publicidade nas arbitragens e a Administração Pública, Joaquim Paiva Muniz corrobora que “a esse respeito, a publicidade deverá a nosso ver ser aplicada *cum grano salis*. Com efeito, um processo arbitral, em vista da sua própria natureza, não pode ser conduzido com o mesmo grau de publicidade de um processo judicial. Seria incomum conceber todas as audiências arbitrais abertas ao público ou com todos os documentos disponíveis para cópia de terceiros, em vista da sensibilidade de certas informações”. 2015, p. 146.

3.3. Uma análise prospectiva da arbitragem para o combate de cartéis em licitação pública

Demonstradas as vantagens da arbitragem à política de combate à cartéis em licitação pública, as propostas abaixo têm como propósito estimular o uso desse mecanismo de solução de controvérsias.

3.3.1. A previsão de cláusula compromissória como reforço ao *deterrence*

A Lei nº 13.249/2016, que institui o Plano Plurianual (PPA) da União para 2016 – 2019, estabelece que o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) é uma dentre as três prioridades da Administração Pública Federal para o período. As demais são o Plano Nacional de Educação e o Plano Brasil sem Miséria – PBSM.

Conforme Mensagem do Congresso Nacional³⁷¹, o PAC receberia o montante de R\$ 1,2 trilhão, divididos nas Leis Orçamentárias Anuais de 2016 a 2019. O valor seria dividido da seguinte forma entre os setores a seguir especificados: (i) R\$ 468,01 bilhões para mineração e energia³⁷²; (ii) R\$ 173,34 bilhões para transportes³⁷³; (iii) R\$ 137,88 para o setor de infraestrutura básica³⁷⁴; (iv) R\$ 136,28 bilhões para obras e equipamentos de defesa brasileira³⁷⁵; e (v) R\$ 21,30 bilhões para equipamentos urbanos^{376, 377}.

Atualmente, o PAC aponta para investimentos de R\$ 575 bilhões até 2018 e de R\$ 361 bilhões após esse período para fazer frente às obras contratadas ou em processo de contratação. As principais fontes de recursos do valor total investido (R\$ 936 bilhões) são: (i) recursos de empresa estatal federal, R\$ 283 bilhões; (ii) orçamento geral da União, R\$ 280 bilhões; (iii) setor privado, R\$ 173 bilhões; e (iv) financiamentos, R\$ 161 bilhões. Ainda, o valor de R\$ 39 bilhões consta como proveniente de recursos de

³⁷¹ Cf. a Mensagem do Congresso Nacional nº 04 de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=742D82B725D2DD515B62F1BB86E7492C.proposicoesWebExterno1?codteor=1450597&filename=MCN+4/2016+CN>. Acesso em 15 dez. 2017.

³⁷² O setor de mineração e energia é composto por: geração e transmissão de energia elétrica, mineração, exploração de petróleo e gás natural, processamento de combustíveis e exploração de recursos hídricos.

³⁷³ O setor de transportes se refere a: aeroportos, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos e soluções de mobilidade urbana.

³⁷⁴ A infraestrutura básica se refere a: habitação, saneamento e adequação de áreas de riscos.

³⁷⁵ O setor de defesa compreende obras e aquisição de equipamentos e infraestrutura de defesa.

³⁷⁶ Os equipamentos urbanos favorecem as áreas de educação, esporte, justiça, lazer, saúde e turismo.

³⁷⁷ Acórdão nº 2449/2017 no TC 026.173/2016-6. Fiscobras. Rel. Min. Vital do Rêgo. j. 08.11.2017.

contrapartidas.³⁷⁸

Além do PAC, o Governo Federal criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) para reforçar os investimentos em infraestrutura por meio de parcerias com o setor privado. Esse programa implementa ações para realização de concessões, parcerias público-privadas e privatizações.³⁷⁹

Em setembro de 2017, o PPI somava 71 projetos de concessões, dos quais 15 se encontravam concluídos, 48 em andamento e 8 estavam relacionados a prorrogação de contratos antigos. No total, foram estimados investimentos da ordem de R\$ 107 bilhões, excluídas as concessões de distribuição de energia e mineração, para as quais não há informações de investimento no *website* do Governo Federal.³⁸⁰

Esse cenário demonstra que os projetos relacionados ao PAC, no PPA atual, apresentam relevante materialidade financeira ao alcançar os R\$ 1,2 trilhão, em comparação com o Produto Interno Bruto, que em 2016 foi de aproximadamente R\$ 6,3 trilhões.³⁸¹

Além disso, sinalizam que o setor privado continuará sendo um grande parceiro do Estado na execução de projetos de grande magnitude, o que é confirmado pelo Tribunal de Contas da União: “esses dados sinalizam uma estratégia do Governo Federal em suprir a necessidade de investimento em infraestrutura em parceria com a iniciativa privada”.³⁸²

Considerando que tais investimentos são de elevada monta e que as mencionadas parcerias com o setor privado são realizadas mediante licitações públicas e/ou contratações diretas, cabe à Administração preocupar-se não apenas com o controle interno e externo na aplicação desses recursos, mas também com os métodos mais adequados para a recuperação dos eventuais danos concorrenciais decorrentes de fraude nesses certames e contratações.

Verificada a possibilidade de a Administração Pública participar de arbitragens para disputas relativas a cláusulas econômicas e as vantagens propiciadas por esse método de resolução de controvérsias, propõe-se que a Administração insira cláusulas compromissórias (escalonadas) nos editais de licitação e nos contratos

³⁷⁸ Disponível em <<http://www.pac.gov.br/>>. Acesso em 15 dez. 2017. Tais valores não levam em consideração eventual contingenciamento.

³⁷⁹ Disponível em <<http://www.projetcrescer.gov.br/sobre-o-programa>>. Acesso em 15 dez. 2017.

³⁸⁰ Disponível em <http://www.projetcrescer.gov.br/projetos1?num_pagina=1&status_projeto=Em%20andamento&tipo_setor=&tipo_modelo=&classificacao=>>. Acesso em 15 dez. 2017.

³⁸¹ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/Indeco/Port/IE1-23.xlsx>>. Acesso em 15 dez. 2017.

³⁸² Acórdão nº 2449/2017 no TC 026.173/2016-6. Fiscobras. Rel. Min. Vital do Rêgo. j. 08.11.2017. p. 11.

administrativos, ainda que o seu objeto seja restrito a demandas reparatórias por condutas anticompetitivas.

Além de resguardar o erário, essa proposta vai ao encontro da política de defesa antitruste no sentido de ser um incentivo negativo a práticas anticompetitivas já que a via arbitral é muito mais célere e adequada do que a judicial para pretensão de reparação de danos concorrenciais.

3.3.2. Proposta regulamentar: o incentivo à arbitragem como instrumento para reparação de danos

Com relação à Consulta Pública nº 05/2016, em que o CADE publicou proposta de resolução com regras para o acesso a documentos e informações oriundos de acordos de leniência, de termos de compromisso de cessação, de buscas e apreensões, e ainda para o fomento às ações de reparação de danos, propõe-se o reconhecimento de que o *private enforcement* pode ser exercido e incentivado na via arbitral.

Ao tratar da persecução privada, a Exposição de Motivos e a Nota Técnica nº 24/2016 da SG/CADE indicam que a expressão *private enforcement* seria utilizada apenas “para se referir às hipóteses de aplicação das normas de defesa da concorrência pelo Judiciário, no âmbito de ações privadas”.³⁸³

A via arbitral, portanto, não foi expressamente considerada.

Ademais, o artigo 15 da minuta de resolução traz importante incentivo à reparação civil de danos concorrenciais ao estabelecer possível redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa “com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011”.³⁸⁴

É certo que o referido dispositivo trata de ressarcimento “extrajudicial”. Entretanto, a respectiva Exposição de Motivos e a Nota Técnica da SG/CADE não esclarecem se o ressarcimento “extrajudicial” inclui, efetivamente, a arbitragem, até porque tratam apenas da reparação extrajudicial “voluntária” – quando o processo arbitral é litigioso.

Ainda, a Exposição de Motivos indica que se dará prioridade ao

³⁸³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.007888/2016-00.**

³⁸⁴ Ibid.

ressarcimento “extrajudicial”, em detrimento do ressarcimento “judicial”, no exame para fins de redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa.

Entende-se que o benefício visa prestigiar os métodos consensuais de resolução de conflitos diante da reparação “voluntária” de danos. Isso porque a medida está fundamentada em paradigmas internacionais³⁸⁵ em que a reparação é, de fato, “voluntária”.

Contudo, é preciso estender tal benefício também ao processo arbitral.

Conforme demonstrado, a arbitragem traz inúmeras vantagens à política de defesa da concorrência, especialmente à política de combate à cartéis, cujo principal instrumento é o programa de leniência do CADE. A via arbitral proporciona uma alternativa à morosidade do Poder Judiciário e um ambiente para decisões altamente técnicas, por meio de procedimento reservado, rápido e eficiente.

Depois, destaca-se que podem existir casos em que as partes de uma disputa optem por se submeter a um procedimento consensual de reparação de danos, mas não haja acordo apenas quanto ao valor da indenização. Nesses casos, a arbitragem poderá resolver de forma muito mais técnica e célere a disputa restrita ao *quantum*³⁸⁶ indenizatório.

Portanto, propõe-se que a utilização da arbitragem para reparação de danos concorrenciais deve ser incentivada pelos atores da política brasileira de defesa da concorrência, inclusive por meio da redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa ao agente causador do ilícito, considerada a prioridade para reparação extrajudicial.

A proposta parece adequada no sentido de favorecer a formação de uma cultura de reparação de danos concorrenciais que, mesmo quando encontrar um obstáculo para resolução consensual do conflito, encontre amparo na arbitragem, um método litigioso de resolução de controvérsias, porém adequado para disputas complexas.

³⁸⁵ A proposta trata do *Voluntary Redress Scheme* do Reino Unido e da contribuição da Alemanha ao Relatório da OCDE de 2015.

³⁸⁶ Isso também evitaria imputar à Autoridade da Concorrência o ônus de estimar os danos causados por ilícito antitruste.

3.3.3. Proposta de alteração legislativa: a previsão expressa de que interrupção da prescrição da ação de reparação de danos se aplica à arbitragem

A Exposição de Motivos da Consulta Pública nº 05/2016 também propõe alterações legislativas ao art. 47 da Lei nº 12.529/2011.

Dentre estas³⁸⁷, propõe-se a inclusão dos §§1º e 2º no mencionado dispositivo para que a instauração de procedimento para apuração de infração contra à ordem econômica pela SG/CADE seja considerada fator interruptivo do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de reparação de danos concorrenciais, considerado como termo inicial a ciência inequívoca da infração.

No presente estudo, sugere-se que seja consignado expressamente que a instauração do processo administrativo pela SG/CADE interrompe o prazo prescricional

³⁸⁷ A mencionada Exposição de Motivos também propõe a (i) a inclusão do §3º que viria a estabelecer que o signatário de acordo de leniência não responderia solidariamente com relação aos danos causados pelos demais coautores da prática anticompetitiva. Sua responsabilidade estaria restrita aos danos individuais homogêneos causados aos seus consumidores e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos; e (ii) a previsão de um §4º que determinaria que a repetição do indébito prevista no artigo 42 do CDC não se aplicaria ao signatário do acordo de leniência. Os benefícios mencionados na proposta não seriam concedidos pela efetiva reparação dos danos, mas em momento anterior, quando da celebração de acordo de leniência. Logo, as propostas fogem ao escopo do presente trabalho. De todo modo, afirma-se que é preciso propor limitação de responsabilidade que se aplique aos casos de cartéis em licitação pública. A proposta colocada na Consulta Pública não se aplica já que a vítima é apenas a Administração Pública ou, após celebrado o contrato administrativo, todos os usuários do serviço público concedido, de modo que não caberia a limitação de responsabilidade solidária por cliente ou fornecedor. Importa destacar ainda que, com relação ao usuário de serviço público, não haveria que se falar na repetição do indébito (artigo 42 do CDC), eis que usuário não é consumidor. Sobre a matéria, Cesar A. Guimarães Pereira é esclarecedor ao afirmar que “outra distinção relevante é a que separa usuário de consumidor. A diferença está já na origem dos conceitos. A noção de consumidor insere-se no quadro de controle das atividades privadas, conjugando-se com o direito antitruste para conter o poder econômico. O conceito de consumidor pressupõe hipossuficiência, fragilidade econômica e jurídica nas relações massificadas. Relaciona-se com uma situação de mercado, de transações privadas – inexistente, em princípio, nas relações de prestação de serviço público. A situação do usuário de serviço público é distinta. Já integra um regime jurídico de direito público, caracterizado por controle intenso sobre a atividade do prestador de serviço. Seu interesse confunde-se, em certa medida, com o próprio interesse coletivo [...] A principal distinção da qual derivam as demais, é a que o usuário é credor em face do Estado, tendo o direito ao oferecimento de certas utilidades em seu favor ou, no mínimo, de uma prestação de contas sobre a impossibilidade de seu oferecimento. Esta é a contrapartida do reconhecimento de que o estado tem o dever jurídico de tornar disponíveis essas mesmas utilidades, ao menos em um nível mínimo, e de explicar-se quanto à eventual impossibilidade de oferecimento de prestações mais amplas. Isto é o que se denomina aqui de direito à criação e à organização do serviço público. O consumidor, ao contrário, não tem esse direito em relação à atividade econômica privada, exatamente porque esta pressupõe livre iniciativa. Por definição, um consumidor em potencial não pode exigir de alguém que torne disponíveis no mercado certas utilidades mínimas ou que explique por que não o faz [...] Há diversos pontos importantes de possível incompatibilidade [com o regime público]. As formas de ressarcimento por vício do serviço (art. 20 do CDC), os prazos de decadência e prescrição (arts. 26 e 27 do CDC), a proibição de fornecimento conjunto de prestações (“venda casada”) e de limites quantitativos (art. 39, I), a devolução em dobro de quantias cobradas indevidamente (art. 42, parágrafo único) e diversas hipóteses de cláusulas abusivas (art. 51, II, IV, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XV) são alguns exemplos”. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos. Usuários, Consumidores e os Aspectos Econômicos dos Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva. 2008. pp. 55 – 56.

para o ajuizamento das ações reparatorias no Poder Judiciário e para a instauração de processo arbitral.

A referência expressa à arbitragem como meio de ação deve incentivar o uso desse mecanismo de solução de controvérsias para reparação de danos, bem como extirpar eventuais dúvidas quanto à interrupção do prazo prescricional para instauração de processo fora da jurisdição estatal.

O mesmo se aplica ao Projeto de Lei nº 283/2016, de autoria do Senador Aécio Neves, que também recomenda a instituição de dispositivo na Lei nº 12.529/2011 que determine que a prescrição seja interrompida durante inquérito ou processo administrativo do CADE.

CONCLUSÃO

No presente estudo, defendeu-se a arbitragem como componente da política pública de defesa da concorrência, em busca de uma efetiva reparação dos danos suportados pela Administração Pública em decorrência de cartéis em licitação pública no Brasil.

Foi verificada a importância da complementariedade do *enforcement* público com o privado e a busca dos diversos atores que promovem a política pública antitruste em estimular a persecução privada como reforço a repressão dos ilícitos antitruste, sem descuidar do direito de reparação das vítimas destes.

Existem diversos meios pelos quais o *enforcement* privado pode se desenvolver. Dentre os consensuais, consignou-se a negociação; a conciliação e a mediação. Sempre que possível, tais meios devem ser prestigiados, eis que promovem a pacificação social de forma mais célere e econômica dos que os meios litigiosos.

Quando a resolução consensual não é uma opção, resta às partes a via litigiosa, por meio da instauração de processo judicial ou do processo arbitral – o qual não tem sido prestigiado como uma alternativa à jurisdição estatal, na contramão das pesquisas realizadas pela OCDE e pela ICN que apontam para o crescimento da resolução de disputas envolvendo o direito da concorrência na via arbitral.

Com relação à arbitragem, demonstrou-se a viabilidade de sua utilização para fins de persecução privada já que não há impedimento na aplicação das regras do direito da concorrência na jurisdição arbitral, no âmbito de um Tribunal Privado. Afinal, as regras previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 12.529/2011 são imperativas, de modo que as normas que são regularmente aplicadas no âmbito do Poder Judiciário serão igualmente aplicadas na esfera arbitral, nos limites da convenção de arbitragem.

Destaca-se que os árbitros são juízes de fato e de direito e a sentença proferida na arbitragem produz os mesmos efeitos que uma sentença judicial, ressalvado o fato de que os árbitros não têm poder de coerção e que a sentença arbitral sempre terá efeitos limitados ao objeto da disputa entre as partes.

Depois, verificou-se que a possibilidade de a Administração Pública ser parte em uma arbitragem consta expressamente na Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015. Assim, foi investigada a utilização da arbitragem pela Administração para

fins de reparação dos danos provenientes de cartel em licitação pública.

A Administração Pública possui capacidade de contratar (arbitrabilidade subjetiva) e os danos decorrentes da prática anticompetitiva de cartel em licitação são patrimoniais e disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Tais danos podem ser avaliados economicamente e não é necessária a intervenção do Poder Judiciário para que a Administração venha a pleitear ou discutir sobre esse direito.

Considerado o princípio da autonomia da vontade, ponderou-se sobre a necessidade de convenção de arbitragem para que a disputa seja decidida na via arbitral. Isso não quer dizer que a previsão de cláusula de arbitragem é indispensável nos editais de licitação, embora isso seja recomendável.

Em seguida, foi constatada a efetividade da arbitragem para reparação dos danos da Administração Pública diante das vantagens que o instituto propicia, quais sejam, a *expertise* técnica dos árbitros para calcular o dano e, portanto, o *quantum* indenizatório; a flexibilidade do procedimento; a celeridade e a eficiência.

A possibilidade de escolha dos julgadores traz segurança às partes de que o julgamento se realizará da melhor forma possível. Tal segurança também é resultado da especialidade dos árbitros, os quais, regularmente, são referências na matéria em disputa.

Depois, o cálculo para reparação de danos concorrenciais é extremamente complexo e depende de vasto instrumental econômico, de modo que a especialidade dos julgadores será um grande diferencial no julgamento.

Verificou-se que uma arbitragem é pautada pela autonomia da vontade das partes, que só ficam limitadas aos bons costumes e à ordem pública; e aos princípios processuais legais e constitucionais. Logo, o procedimento é extremamente flexível e célere para atender aos interesses subjetivos das partes.

Por essas razões, é preciso que a Administração faça uma avaliação sobre a relação custo benefício em favor da arbitragem em cada caso concreto, especialmente para que seja observado se a adoção do procedimento resultará na redução dos custos de transação nas contratações públicas, o que enseja eficiência econômica e administrativa.

Ainda, demonstrou-se que a arbitragem pode ser um catalizador para a celebração de acordos de leniência ou de TCC, já que poderá facilitar a reparação do dano, viabilizando aos signatários desses acordos a obtenção de benefícios, tais como a redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa, quando instaurados, conforme proposto nos documentos da Consulta Pública nº 05/2016 do CADE.

A arbitragem também pode ser benéfica ao Programa de Leniência do

CADE, diante da necessidade da manutenção do sigilo dos documentos e informações. Em comparação com o Poder Judiciário, o procedimento arbitral e a estrutura dos órgãos arbitrais estão muito à frente em termos de confidencialidade.

Por fim, demonstradas as vantagens da arbitragem para persecução privada, especialmente quando a parte autora da pretensão é a Administração Pública foram colocadas as seguintes proposições:

- (i) a instituição de cláusula compromissória nos editais dos certames públicos como mecanismo de reforço à repressão aos cartéis em licitação pública e como meio efetivo de reparação da Administração Pública em face dos danos suportados;
- (ii) o incentivo à arbitragem para reparação de danos concorrenciais por meio da redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa, considerada a prioridade disposta para os agentes que comprovarem o “ressarcimento extrajudicial”, conforme os documentos da Consulta Pública nº 05/2016 da SG/CADE; e
- (iii) a previsão expressa de que a interrupção da prescrição da ação de reparação de danos, proposta pela SG/CADE na Consulta Pública nº 05/2016 e no Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, também se aplica à arbitragem.

É diante de todo esse contexto que a arbitragem é entendida como um componente da política pública de combate a cartéis em licitação pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 4ª ed. Milão: Giuffrè, v. 1, 1978.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dospesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em 17 set. 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ATHAYDE, Amanda. Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis. In: **Direito Privado Administrativo**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Org.). São Paulo: Atlas, pp. 63 – 83. 2013.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública. Aspectos Processuais, Medidas de Urgência e Instrumentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO COSTA, Alexandre. **O Realismo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-v-neopositivismo-juridico/3-o-realismo-juridico>>. Acesso em 15 nov. 2017.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992.

BAKER & MCKENZIE. *Global guide to competition litigation*, de 2015. Disponível em: <http://www.bakermckenzie.com/files/Upload/bk_competitionlitigationguide_may15.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: an economic approach*. 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2017.

BECKER, Gary; STIGLER, George. *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers*. *The Journal of Legal Studies* 3. nº 1. 1974.

BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. *World Development*. v. 34, nº 5, Elsevier, 2006.

BRASIL **O que é o programa Avançar Parcerias?** Disponível em: <<http://www.avancarparcerias.gov.br/sobre-o-programa>>. Acesso em dez. 2017.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 18 out. 2017.

_____. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 19 nov. 2017.

_____. **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em 19 nov. 2017.

_____. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa

pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em 19 nov. 2017.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 283**, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em 17 out. 2017.

_____. **Constituição Federal** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 out. 2017.

_____. **Decreto nº 7.724**, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da

Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acesso em 14 nov. 2017.

_____. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 14 nov. 2017.

_____. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico (...) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em 15 out. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51, de 03 de julho de 2009**. Expede o

guia de Análise de Denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de proposta. Disponível em <<http://www.jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 983.730/RS**. 5ª Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 26/03/2009. Publicado no DJe em 04/05/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.149.416/RS**. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 04/03/2010. Publicado no DJe em: 22/03/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1148463/MG**. 2ª Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 26/11/2013. Publicado no DJe em: 06/12/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.813/PR**. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 20.10.2011. Publicado no DJe em: 28/02/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1248237/DF**. 1ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 18/09/2014. Publicado DJe em: 01/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 54.262/MG**. 2ª Turma Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 05/09/2017. Publicado no DJe em: 13/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 52.181 – GB**, RTJ 68/382.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 437**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Decisão monocrática proferida em: 17/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 116680/DF**. 2ª Turma. Relator:

Ministro Teori Zavascki. Julgado em 18.12.2013. Publicado no DJe em: 13/02/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500> Acesso em nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 74**, de 11 de fevereiro de 2015. Dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei n.º 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20150213/INT2015-074.doc>. Acesso em 15 dez. 2017

_____. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7. Acórdão nº 3089/2015. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 02/12/2015.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 026.173/2016-6. Acórdão nº 2449/2017. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgado em 08/11/2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANADA, *Competition Act*. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html>>. Acesso em 25 set. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 51, Ano XIII, jul./set. 2016.

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

_____. **O processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, nº 1, 2004.

CARVALHO, Lívia L. G. de. **Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos**. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>>. Acesso em 12 ago. 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de. CRUZ LIMA, Ticiano Nogueira da. Implementação da Nova Política Brasileira de Defesa da Concorrência. In: **Defesa da Concorrência Estudos e Votos**. São Paulo: Singular, 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Princípios e Finalidade da Defesa da Concorrência. In: **Defesa da Concorrência Estudos e Votos**. São Paulo: Singular, 2015.

CASELTA, Daniel. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Tradução Pascual Caiella e Juan Gonzáles Moras, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Concessão de serviço público, encampação, juízo arbitral**. RDA, 45: 155, jul./set., 1956.

CAM-CCBC. **Código de ética**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1384/codigo-de-etica-do-arbitro>>. Acesso em dez. 2017.

_____. **Resolução Administrativa nº 09/2014**. Enunciado 8. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>>. Acesso em 16.12.2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONGRESSO NACIONAL. **Mensagem do Congresso Nacional nº 4**, de 2016.

Informa, em cumprimento ao parágrafo único do art. 3º da Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016 (PPA 2016-2019), o montante de recursos a ser destinado ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e ao Programa de Investimentos em Logística – PIL. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=742D82B725D2DD515B62F1BB86E7492C.proposicoesWebExterno1?codteor=1450597&filename=MCN+4/2016+CN>. Acesso em 15 dez. 2017.

CONNOR, John M. *Global Price Fixing. 2nd Updated and Revised Edition*. Heidelberg: Springer, 2008.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **Regimento interno**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno>>. Acesso em: dez. 2017.

_____. **Ações e programas**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/acoes_e_programas>. Acesso em 15 set. 2017.

_____. **Cade em números**. Disponível em: <<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>> Acesso em dez. 2017.

_____. **Consulta Pública nº 05/2016**. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZlsrHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyiC139hRsA7Ao6sg8ftsBIFYBU-ELvGq8_6cYKbS_qQmkAvdLGA,,>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Guia de programa de leniência antitruste do Cade**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 15 set. 2017.

_____. **Guia de Programas de Compliance – orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em 15 set. 2017.

_____. **Nota Técnica nº 24/2016/Chefia do Gabinete da Superintendência-Geral do CADE.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7kPOxkDr7Hdy3nk8N7KWlj4Aaib6rj2o5ZKJrkFLovgm9l4TV4zQUY7a3MW4omo9BwdVCnAIQZcpqBftsU_mXg,,> Acesso em out. 2017.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.0006130/2006-22.**

_____. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.**

_____. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**

_____. **Processo Administrativo nº 08700.007888/ 2016-00.**

_____. **Programa de Leniência.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 16 dez. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Enunciados aprovados.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em 20 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes.** 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. **30º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça – Abril, maio e junho de 2017.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/b542129debe33d41b81006d6e71e3338.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Código de Ética da Magistratura.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus>.

br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. **Justiça em números – 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4e4ed67.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

COUTINHO, Diogo R. **Direito Econômico e Desenvolvimento Democrático: uma abordagem institucional**. Tese (Professor Titular). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

_____. **O direito nas políticas públicas**. Disponível em <http://www.fd.unb.br/images/PosGraduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/14_05_12_15O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em 04 set. 2017.

DAVIDOFF, Fernanda. FRANZONI, Diego. Arbitragem nas parcerias público-privadas. **Revista de Direito Contemporâneo**. v. 18, maio/jun. 2015.

DE JESUS, Agnes Macedo. **Concorrência e pobreza: a política antitruste e a jurisprudência do Cade sob o olhar dos desfavorecidos**. 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10_483/18813/1/2017_AgnesMacedodeJesus.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 22ª ed. São Paulo Atlas, 2009.

_____. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. 24 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 02 de. 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Supreme Court. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 1985. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>>. Acesso em 10 out. 2017.

_____. *Arbitration Fairness Act of 2013*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/878>> Acesso em 03 out. 2017.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 49, 2012.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Direito Antitruste**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2015.

FRANÇA, Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência. Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREITAS DO AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, 8ª reimpressão da 2ª ed., v. I, 2004.

FRICKEY, Philip P.; FARBER, Daniel A., *Law and Public Choice: A Critical Introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

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**, v. 11, nº 43, pp. 7 – 32, 2014.

GARTH, Bryant G.; NAGEL, Ilene H.; PLAYER, S. Jay. *The institution of the private*

attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation. Southern California Law Review. v. 61. 1988.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Uma breve genealogia do interesse público. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Org.). **Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017) defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017.

GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. 2005. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

GONÇALVEZ. **A regulação do mercado da contratação pública**. Revista de Contratos Públicos – RCP, nº 3, pp. 201-208, mar./ago. 2013.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

HANOTIAU, Bernard. *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*. In: *Arbitration International*, v. 10, pp. 317 – 364, 1994.

HAURIOU, Maurice. *La teoria de la instituition y de la fundacion*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Cap. 4. Thomson West, 3rd ed., 1994.

_____. *Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758751>. Acesso em 27 ago. 2017.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Cartels Working Group. Subgroup 1 –*

General Framework. Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases - Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

_____. *Compilation of “Good Practices” from the Anti-Cartel Enforcement Manual of the ICN Cartel Working Group.* 2016. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1128.pdf>>. Acesso em 09 set 2017.

JÈZE, Gaston. *Principios Generales de Derecho Administrativo.* Tradução para o espanhol (da 3ª edição francesa) por Julio N. San Millán Almagro. V. III. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e Pareceres de Direito Privado.** São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros.** Disponível em: <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20%20MJF%20%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2017.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 11ª ed., São Paulo: RT, 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva. 2005.

KEYNES, John. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Atlas, 1992.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The private enforcement of law.* *The Journal of Legal Studies.* v. 4, nº 1. 1975.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e Eficiência Econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007a.

_____. **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam.** São Paulo: Atlas, 2007b.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *What determinates a cartel success.* In: *Journal of Economic Literature*. v. XLIV, March 2006.

MACHADO, Luiza Andrade. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: O conflito entre a preservação dos Interesses da leniência e o direito à indenização. In: **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2 (2015). Disponível em <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesada_concorrencia/article/view/216>. Acesso em 12 ago. 2017.

MAGALHÃES, José Carlos. Do Estado na Arbitragem Privada. **Revista de informação legislativa**, v. 22, nº 86, abr./jun. 1985.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. 2010.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os Contratos da Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Do contrato administrativo à administração contratual.** Revista do advogado, São Paulo, v. XXIX, nº 107, p. 74-81, dez. 2009, p. 78.

MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas (Org.) **International Arbitration & Global Governance.** Oxford: University Press, 2014. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-andADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

MAYER, Bernard. *The Dynamics of Conflict Resolution.* San Francisco: Jossey Bass. 2000.

MENDES PIMENTEL, Francisco. *Fronteiras Interestaduais. Contestação à ação de nulidade de sentença arbitral*, **RF** 26:5/75. Jul./dez., 1916.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Programa de Aceleração ao Crescimento**. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/>>. Acesso em dez. 2017.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo. 2010.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORCILLO, Francisco Morchón; TROSTER, Roberto Luís. **Introdução à economia**. São Paulo: Makroon Books, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo F. **Curso de direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar. 12^a ed. 2001.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral**. 2015.

OCDE. *Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party n.º. 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Germany*. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/WP3/WD\(2015\)21&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/WP3/WD(2015)21&docLanguage=En)> Acesso em 27 set. 2017.

_____. *Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party n.º. 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Austria*. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)20&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)20&docLanguage=En)>. Acesso em 30 set. 2017.

_____. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, 2009. Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes>>

-ocde.pdf>. Acesso em 18 nov. 2017.

_____. Policy Roundtables. ***Collusion and Corruption in Public Procurement***, 2010. Disponível em <<https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>> Acesso em 18 nov. 2017.

_____. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party n°. 3 on Co-operation and Enforcement. ***Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement - Brazil***. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em 12 ago. 2017.

_____. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party n°. 3 on Co-operation and Enforcement. ***Executive Summary of the Roundtable on the Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement***. 2015. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN3/FINAL/n/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/n/pdf)>. Acesso em 16 dez. 2017.

_____. Directorate for financial and enterprise affairs. Competition committee. Working Party n°. 3 on Co-operation and Enforcement. ***Hearings: Arbitration and Competition***. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2017.

_____. ***Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares***, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em 09 set 2017.

_____. ***Policy Roundtable. The interface between Competition and Consumer Policies***. Competition Committee. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 18 set 2017.

_____. Policy Roundtables. ***Collusion and Corruption in Public Procurement***. 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*. 1998. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, 2002. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2017.

OLSON, Mancur. *The logic of collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1965.

OXERA CONSULTING. *Quantifying antitrust Damages*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em 14 dez. 2017.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. **Mediação de Conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial. Doutrina. Jurisprudência e Legislação. In: AGUILLAR, Fernando Herren (org.). **Coleção Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos. Usuários, Consumidores e os Aspectos Econômicos dos Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. Arbitragem e Administração. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. São Paulo: Makron Books, 1999.

POLINSKY, A. Mitchel. *Private versus Public enforcement of Fines. The Journal of Legal Studies*. v. 9. nº 1. 1980.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., v. XV.

PORTO, Giovana Vieira. **As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil**. 2017. No prelo.

RAGAZZO, Carlos E. J.; BINDER, Mariana. Defesa da Concorrência e Arbitragem Internacional. **Revista do IBRAC**. v. 22, nº 2, 2016.

REZENDE, Gustavo Madi; KILEBER, Solange; MADI, Maria Fernanda Caporale. Métodos de Mensuração das Indenizações de Ações Privadas em Casos de Cartel. **Revista do IBRAC**. v. 18, n. 20, p. 411-425, jul./dez. 2011.

ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. *Private enforcement of competition laws*. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 34, 1996.

ROST, Maria A. Arbitragem, Governança e Poder Econômico. In: FRAZÃO, Ana. (Org.) **Constituição, Empresa e Mercado**. Faculdade de Direito – UnB, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANDER, Frank. E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. *Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach*. Harvard Negotiation Law Review, v. 11, 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário**, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=952067>>. Acesso em: 15 set.

2017.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 8, ano 2, São Paulo: IOB, out.-dez. 2005.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**. St. Paul: West Group, 2000.

TÁCITO. Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar. v. 3. 2002.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (coords.) **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development: a critical appraisal**. New York: Cambridge University Press, 2006.

UNIÃO EUROPEIA. **Council Regulation (EC) N° 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=PT>>. Acesso em 27 ago. 2017.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Directive on Antitrust Damages Actions**. 2014. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>>. Acesso em 27 nov. 2017.

_____. *European Court Of Justice. Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int'l*, 1999. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=101389&do clang=en>>. Acesso em 10 out. 2017.

_____. **Treaty on the Functioning of the European Union**. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:PT:PDF>>. Acesso

em 27 ago. 2017.

UNIVERSITY OF LONDON. SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *International Arbitration Survey: Choice in International Arbitration*. 2010. Disponível em: <<http://www.whitecase.com/articles-10062010/#.UhLbGIWRIB0>>. Acesso em 02 dez. 2017.

WALD, Arnold. **Infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem**. RAM 5:17/18, abr./jun., 2005.

WALD, Arnold. MORAES, Luiz Rangel. WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: RT, 1996.

WARWAS, Barbara Alicja. *Liability of arbitral institutions: legitimacy challenges and functional responses*. TMC Asser Press, 2016.

WILLIAMSON, Oliver. Porque direito, economia e organizações? In: **Direito e Economia**, ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Raquel (Orgs.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Raquel. Análise econômica do direito e das organizações. In: **Direito e Economia**, ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Raquel (orgs.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.