



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

NATÁLIA FERREIRA FREITAS BANDEIRA

**A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS: O EMPREGO  
DE CLÁUSULAS ARBITRAIS COMO REMÉDIO EM ACORDOS EM CONTROLE  
DE CONCENTRAÇÕES PELO CADE**

Brasília  
2019

NATÁLIA FERREIRA FREITAS BANDEIRA

**A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS: O EMPREGO  
DE CLÁUSULAS ARBITRAIS COMO REMÉDIO EM ACORDOS EM CONTROLE  
DE CONCENTRAÇÕES PELO CADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharela em Direito pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –  
UnB.

Orientadora: Professora Doutora Amanda Athayde  
Linhares Martins Rivera.

Brasília  
2019

NATÁLIA FERREIRA FREITAS BANDEIRA

**A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS: O EMPREGO  
DE CLÁUSULAS ARBITRAIS COMO REMÉDIO EM ACORDOS EM CONTROLE  
DE CONCENTRAÇÕES PELO CADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharela em Direito pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –  
UnB.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera (Orientadora) - UnB

\_\_\_\_\_  
Professora Mestre Maria Augusta Rost (Avaliadora) - UnB

\_\_\_\_\_  
Professor Mestre Victor Oliveira Fernandes (Avaliador) - IDP

## AGRADECIMENTOS

O meu primeiro agradecimento é dirigido à minha família. A parte mais importante desse muito obrigada é destinada à minha mãe e ao meu pai por, desde a época da escola, terem me impulsionado a alcançar todos os meus sonhos, por terem dedicado todos os seus esforços à minha educação e por terem sido o meu amparo quando eu mais precisei. Agradeço por vocês serem os meus maiores torcedores e, sobretudo, por me ensinarem que, apesar dessa etapa estar sendo concluída, para sempre crescer, nunca devo parar de estudar. Obrigada por terem feito parte desse sonho, o maior pedaço dessa conquista é de vocês.

À minha irmã, também direciono um agradecimento especial. Obrigada por ser, no meu dia-a-dia, o meu exemplo de profissionalismo e dedicação. Desejo ser uma advogada tão boa, quanto a arquiteta e urbanista que você é.

Agradeço às minhas madrinhas, minhas segundas mães ao longo de toda a minha vida, por terem sido colo e incentivo a essa experiência maravilhosa que foi a UnB para mim. Muito obrigada por terem vibrado comigo a cada vitória. Parte desse trabalho também pertence a vocês.

Não posso deixar de dedicar um muitíssimo obrigada à minha querida orientadora, professora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, por cada lição deixada ao longo de toda a orientação. Sou extremamente grata por todo o apoio dado, por ter me guiado diante das dificuldades enfrentadas no decorrer desse trabalho e por cada crítica construtiva responsável por o engrandecer enormemente. Obrigada por ser para mim uma inspiração acadêmica, sem a qual nada disso teria sido possível.

Para as minhas companheiras de sala de aula, Raíssa Mamede Lins Brasiliense e Luísa Pedrosa de Medeiros, pela intensa parceria ao longo de todo o curso, e para as três irmãs que a vida me deu, Gabriela Vilanova Rodrigues, Isabella Camargo Teixeira e Palloma de Carvalho Ribeiro, por terem acompanhado de perto toda a evolução desse trabalho, deixo também um agradecimento especial. Expresso a minha imensa gratidão pela disponibilidade de todas para me dar toda a ajuda que eu precisei e pelo companheirismo nas noites de estudos passadas em claro.

Aos meus companheiros de trabalho do Torreão Braz Advogados e do Barretto & Rost Advogados, também deixo o meu muito obrigada. Agradeço pela oportunidade e confiança depositadas em mim e por terem contribuído significativamente para o meu crescimento acadêmico, profissional e pessoal.

Por fim, o meu penúltimo agradecimento vai para toda a comunidade acadêmica da Universidade de Brasília e o último, e mais importante, é dedicado à Deus, o único, de fato, responsável por essa conquista.

## RESUMO

Inicialmente, a arbitrabilidade do direito antitruste foi objeto de oposição em todo o mundo. Atualmente, entende-se que há uma compatibilidade entre arbitragem e concorrência. Dentro das hipóteses de emprego da arbitragem para resolução de litígios de matéria concorrencial, está o uso das cláusulas arbitrais como remédios em acordos em controle de concentrações (ACCs) pactuados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as empresas. Na União Europeia e nos Estados Unidos, o mecanismo já vem sendo empregado há algum tempo e, no âmbito brasileiro, existem apenas quatro precedentes da matéria. Nesse escopo, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, o presente estudo objetiva descobrir se a utilização desse mecanismo extrapola as competências da autoridade de defesa da concorrência brasileira. Para tanto, considera-se que a arbitragem constitui meio de resolução de conflitos cuja utilização deve ter concordância expressa das partes, que o acordo impacta terceiros indeterminados que não participaram da sua pactuação e, portanto, não anuíram com a utilização do procedimento arbitral e que os ACCs se inserem no âmbito do controle de estruturas, o qual é de competência exclusiva do CADE. Além da análise da competência do órgão antitruste para aplicar a via arbitral no controle de estruturas, o trabalho faz uma análise comparativa entre os casos e uma análise evolutiva das cláusulas arbitrais utilizadas no cenário brasileiro.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Direito da Concorrência. Arbitrabilidade. Controle de Estruturas. Acordos em Controle de Concentrações. Autoridade antitruste. Competência.

## ABSTRACT

At first, the arbitrability of competition law issues was rejected all over the world. Nowadays, the idea of the compatibility between arbitration and competition prevails. One hypothesis of application of arbitration to settle disputes that involves antitrust law is the use of arbitration clauses as remedies in merger control commitments established between the Brazilian antitrust authority and companies. In the European Union and in the United States, this mechanism has been used for while. However, in Brazil, only four cases of this subject have already been judged. In this regard, this study applied doctrinal and jurisprudential analysis in order to find out if the use of this mechanism violates the competence of the Brazilian antitrust authority. It took into account the fact that arbitration constitutes an alternative dispute resolution mechanism that must be expressly agreed by the parties, that the merger control agreements cause impacts to undetermined third parties that have not participated directly of the agreement and, therefore, have not agreed with the arbitration. Moreover, it takes into consideration that this type of commitments takes part in the concentrations control, which remains on the exclusive competence of the competition authorities. Beyond the competence analysis of the antitrust authority to apply the arbitration in merger control commitments, this study made a comparative analysis of the jurisprudence of the Brazilian competition authority, but also the examination of the evolution of the arbitration clauses used by the cases in this scenario.

**Key words:** Arbitration. Competition Law. Arbitrability. Merger Control. Merger Control Commitments. Competition Authority. Competence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1 – INTERFACES ENTRE ARBITRAGEM E CONCORRÊNCIA</b>	
1.1. A arbitrabilidade do direito da concorrência .....	12
1.1.1. A arbitrabilidade do direito da concorrência na experiência norte-americana .....	13
1.1.2. A arbitrabilidade do direito da concorrência na experiência europeia .....	16
1.1.3. A arbitrabilidade do direito da concorrência na doutrina brasileira .....	17
1.2. Características das arbitragens usadas em ACCs... ..	23
1.2.1. O uso da arbitragem nos ACCs do CADE... ..	24
<b>CAPÍTULO 2 – A COMPETÊNCIA DO CADE PARA EMPREGAR A ARBITRAGEM EM ACCs</b>	
2.1. O prisma do CADE .....	29
2.1.1. As competências legais do CADE .....	29
2.1.2. A discricionariedade relativa à atribuição de remédios aos ACCs do CADE.....	34
2.2. O prisma do tribunal arbitral .....	36
2.2.1. O poder-dever dos árbitros na aplicação das normas de direito concorrencial .....	36
2.3. O prisma dos terceiros atingidos pelo ACC .....	41
2.3.1. A concordância dos terceiros .....	41
<b>CAPÍTULO 3 – A EXPERIÊNCIA DOS ÓRGÃOS ANTITRUSTE QUANTO AO USO DA ARBITRAGEM COMO REMÉDIO EM ACCs</b>	
3.1. A experiência europeia relativa ao uso da arbitragem em ACCs .....	45
3.2. A experiência norte-americana relativa ao uso da arbitragem em ACCs .....	47
3.3. A experiência brasileira com relativa ao uso da arbitragem em ACCs .....	49
3.3.1. A análise comparativa dos precedentes do CADE relativos à aplicação da arbitragem como remédio em ACCs .....	50
3.3.2. A evolução das cláusulas arbitrais empregadas pelo CADE em ACCs .....	55
3.3.3. Andamento posterior dos precedentes relativos ao emprego da arbitragem em ACCs pelo CADE. ....	69



**CONCLUSÃO..... 71**

## INTRODUÇÃO

O direito concorrencial brasileiro evolui em acompanhamento a tendências internacionais. Desde a edição da primeira norma antitruste até hoje, no Brasil, esse ramo do direito experimentou influências sobretudo norte-americanas e europeias. No tocante à evolução da arbitragem, isso não ocorreu de forma distinta.

A arbitragem constitui o processo através do qual as partes, consensualmente, submetem a tomada de decisão para resolução do litígio a um agente não governamental, escolhido por elas <sup>1</sup>. Ela constitui um Método Alternativo de Resolução de Conflitos (MASC) ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) <sup>2</sup>, cujos poderes derivam de uma convenção privada. Essa convenção serve como base para a decisão arbitral, que assume a mesma eficácia de uma sentença judicial, sem que haja qualquer interferência do Estado <sup>3</sup>. A ausência de ingerência estatal é característica que a distingue do processo judicial <sup>4</sup>.

Além desses atributos, a essência do instituto possui como pontos principais (i) ser destinada à resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis <sup>5</sup>; (ii) envolver um procedimento imparcial e adjudicatório; (iii) possuir forte presença do princípio da autonomia da vontade e (iv) possuir como partes pessoas dotadas, obrigatoriamente, de capacidade civil <sup>6</sup> para contratar.

<sup>1</sup> BORN, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. 2nd edition. The Netherlands. Kluwer Law International, 2016, p. 2.

<sup>2</sup> Os ADR ou MASC (abreviação do nome em português) são métodos de solução de litígios caracterizados por serem mais céleres, mais informais, mais econômicos, mais flexíveis e mais criativos, os quais não contam com a presença do Poder Judiciário para resolução da controvérsia. ROST, Maria Augusta. *A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil*. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília. 2018, p. 38. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

<sup>3</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>

<sup>4</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 21.

<sup>5</sup> Para Carlos Alberto Carmona, a disponibilidade do direito patrimonial refere-se à possibilidade de seu exercício pelo seu titular, sem que haja existência de norma cogente que imponha o seu cumprimento. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>

<sup>6</sup> No Direito Civil, conforme orienta Orlando Gomes, seja ele bilateral ou unilateral, todo negócio jurídico pressupõe o agente capaz. Ou seja, as partes devem ser aptas a efetuá-lo. Dito isso, o pressuposto do contrato é a capacidade legal, mas este não pressupõe a capacidade natural, que afeta apenas a sua validade. Tal elemento, existente em todos os contratos, portanto, diz respeito à presença ou não das qualidades que habilitam a pessoa ao exercício dos atos da vida civil. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2009, p. 53.

Diversamente, o direito concorrencial rege-se por normas de ordem pública<sup>7</sup>, pautadas na proteção aos consumidores, à ordem econômica, à livre concorrência e à liberdade de iniciativa. Dito isso, ao contrário da arbitragem que se destina à resolução de conflitos que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, o direito antitruste é composto por normas imperativas que tem como objetivo limitar a atuação dos agentes econômicos.

O Código Civil de 2002 restringiu o escopo de aplicação da arbitragem ao vedar a sua utilização para tratar de questões de Estado, de direito patrimonial, bem como de direito pessoal de família<sup>8 9</sup>. Além dessas limitações, importa ressaltar o óbice quanto ao emprego aos conflitos que envolvam matéria de ordem pública e que tratem dos princípios gerais do direito e bons costumes<sup>10</sup>.

E mais, a lei de arbitragem não é aplicada por um tribunal, um juízo ou uma corte fixos, mas por tribunais arbitrais, câmaras arbitrais que vinculam-se a associações comerciais, federações de indústrias e demais instituições dotados de competência para sediar o procedimento arbitral. Além disso, o desenrolar do trabalho dos árbitros ocorre de acordo com o surgimento dos litígios, segundo cada caso<sup>11</sup>. De modo diverso, a aplicação da lei de defesa da concorrência é realizada por uma corte, por um tribunal fixo, que, no Brasil, é denominado conselho<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 53. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>8</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 33.

<sup>9</sup> Os arts. 851 e 852 do Código Civil admitem compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar, desde que não estejam envolvidas questões de estado, de direito pessoal de família ou sem caráter estritamente patrimonial. Ademais, o artigo 853 prevê a possibilidade de existência, nos contratos, de cláusula compromissória para resolução de litígios perante juízo arbitral. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm).

<sup>10</sup> CORDEIRO, Alexandre. Arbitragem na Concorrência. Publicado em 26/05/2017. Atualizado em 01/06/2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017)

<sup>11</sup> VAZ, Isabel. A arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 16/009, p. 8. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016dcfe722b0dd0cf7f6&docguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&hitguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&pos=2&epos=2&td=82&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

<sup>12</sup> VAZ, Isabel. A arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 16/009, p. 8. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016dcfe722b0dd0cf7f6&docguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&hitguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&pos=2&epos=2&td=82&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

Essas diferenças explicam porque, em um primeiro momento, as autoridades antitruste permaneceram relutantes quanto à possibilidade de aplicação da arbitragem como forma de resolução de controvérsias de direito concorrencial. A interligação entre as duas áreas foi, por vezes, rechaçada em todo o mundo. Uma suposta inconciliabilidade entre elas levava a um receio quanto à junção do direito arbitral ao direito da concorrência.

Contudo, com o passar do tempo, mostrou-se que esses dois segmentos possuem importantes pontos de contato e que a aliança entre ambos agrega vultosos benefícios à concretização da política pública de defesa da concorrência<sup>13</sup>. Assim, passou a ser aceita a ideia da arbitrabilidade de litígios de matéria concorrencial.

Essa constatação se deu, primeiramente, no cenário norte-americano e, posteriormente, na União Europeia. Atualmente, em sede de controle de condutas, a discussão gira em torno da possibilidade de emprego do mecanismo arbitral para reparação de danos decorrentes de cartéis. Nesse escopo, a via arbitral tem se mostrado um meio eficiente para o exercício do *private enforcement* do direito concorrencial.

Em sede de controle de estruturas, o que constitui o foco do presente trabalho, o debate diz respeito à viabilidade de emprego de cláusulas arbitrais como remédios em acordos em controle de concentrações (ACCs). Nesse escopo, a via arbitral é auxiliar ao exercício do *public enforcement* da autoridade de defesa da concorrência. O direito comparado também já faz o uso do mecanismo há algum tempo e demonstra inúmeros benefícios relacionados a essa prática.

No cenário brasileiro, ainda há uma certa timidez no tocante à discussão dessa última questão. A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) indica o emprego do mecanismo apenas poucas vezes. No entanto, considera-se que, em acompanhamento à experiência internacional, esta movimenta-se em direção a uma evolução cada vez maior.

Com intuito de analisar a inserção da arbitragem como instrumento auxiliar ao exercício da aplicação pública do direito da concorrência, o trabalho parte do pressuposto de que os ACCs se inserem no controle de estruturas, o qual é de competência exclusiva do CADE. Nessa perspectiva, objetiva analisar se a aplicação da via arbitral como remédio nesses tipos de acordo extrapola a competência da autoridade concorrencial, resultando em indevida delegação de poderes.

---

<sup>13</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. Seminário CADE Arbitragem e Concorrência. Realizado em: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

Para tanto, leva em consideração que o procedimento arbitral pressupõe a concordância expressa das partes quanto à opção por essa via de resolução de litígios em detrimento do Judiciário e que os ACCs se aplicam a terceiros indeterminados no momento da celebração do acordo. Este, portanto, contém previsão relativa à resolução de litígios através da via arbitral que não teve a anuência, quando foi pactuado, desses terceiros, futuros participantes da arbitragem.

Nesse sentido, o Capítulo 1 busca endereçar questões sobre a arbitrabilidade de litígios de matéria antitruste no cenário norte-americano, no cenário europeu e na doutrina brasileira. Além disso, enumera as especificidades de cada um dos três cenários. Sob o enfoque mais específico do controle de estruturas, também assinala as individualidades da arbitragem enquanto remédio aplicado aos ACCs e expõe acerca da arbitragem nos ACCs do CADE.

O Capítulo 2 analisa as competências para aplicação da arbitragem como remédio no controle de estruturas. Isso é feito sob três prismas: o da autoridade antitruste, o do árbitro e o do terceiro atingido pelo ACC. Cada um desses enfoques examina, respectivamente, a existência de competência da autoridade antitruste para empregar a arbitragem como parte do exercício do *public enforcement* no controle de estruturas, a existência de competência do tribunal arbitral para aplicação das regras de direito da concorrência e a existência de violação ou não da regra da aquiescência do participante da arbitragem quanto à utilização dessa via de resolução de litígios.

O Capítulo 3 examina as experiências da União Europeia, dos Estados Unidos e do Brasil relativas à aplicação da arbitragem em ACCs. No âmbito brasileiro, desenvolve-se uma análise casuística dos precedentes que utilizaram a arbitragem como remédio nos ACCs do CADE. O exame desenvolveu uma análise comparativa e evolutiva dos quatro casos julgados pela autarquia com intuito de aferir se há um padrão seguido pelo órgão nesses julgados, se houve uma evolução do emprego do instituto no controle de estruturas brasileiro e se houve extrapolação da competência da autoridade de defesa da concorrência brasileira em razão do uso do mecanismo. Além disso, busca definir quais conselheiros do CADE influenciaram na utilização do mecanismo pela autarquia.

Para esse exame, adota-se a ideia de que o rótulo dado pelas partes para um mecanismo de resolução de disputas não é decisivo para a definição de suas reais características<sup>14</sup>. Contudo, esse rótulo não altera a sua natureza. Faz-se necessário, ainda, identificar a essência da cláusula

---

<sup>14</sup> BORN, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. 2nd edition. The Netherlands. Kluwer Law International, 2016, p. 4.

para que seja determinada, objetivamente, se constitui uma cláusula arbitral, de acordo com a lei. Não obstante, como uma questão prática, pode acontecer que, se o acordo entre as partes prevê algo rotulado como arbitragem, ainda assim, ela seja categorizada como uma cláusula arbitral <sup>15</sup>.

A partir daí, o Capítulo 3 considera a concepção de arbitragem imprópria. Apesar de não muito conceituada pela doutrina, o termo se refere aqueles mecanismos que, não obstante sejam rotulados como arbitragens, em realidade, se aproximam mais de alguma outra forma de resolução de disputas, por lhe faltarem algum dos fatores elementares para constituição do procedimento arbitral tradicional. Para ser caracterizado como arbitragem própria, portanto, o mecanismo deve conter as já citadas características, as quais são próprias do instituto.

A razão de ser dessa distinção é aferir se o que tem sido empregado pela autoridade de defesa da concorrência brasileira, no âmbito do controle de estruturas, constitui uma arbitragem propriamente dita ou se há mais proximidade com outras formas de MASC, com o arbitramento <sup>16</sup> ou com a avaliação por um *expert* <sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> BORN, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. 2nd edition. The Netherlands. Kluwer Law International, 2016, p. 2.

<sup>16</sup> O voto do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, no julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422/RJ no Superior Tribunal de Justiça (STJ), endereça as principais distinções do arbitramento em relação a arbitragem. Para os efeitos do presente estudo, é relevante que a cláusula de arbitramento indica, conforme exposto pelo Ministro, “avaliadores, profissionais que, por definição, são responsáveis simplesmente por realizar o cálculo do valor de um bem, e não de se substituir a vontade das partes dirimindo conflitos”. Nesse sentido, as cláusulas de arbitramento não se confundem com as cláusulas arbitrais por não indicarem uma opção pela não resolução do litígio na esfera judicial. Portanto, ao contrário da arbitragem, o arbitramento não exclui a possibilidade de revisão do litígio pelo Poder Judiciário. STJ. Recurso Especial nº 1.569.422/RJ. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58602470&num\\_registro=201501776949&data=20160520&tipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58602470&num_registro=201501776949&data=20160520&tipo=3&formato=PDF)

<sup>17</sup> Nesse método, um *expert* é escolhido pelas partes e autorizado por elas a proferir uma decisão a respeito de determinada questão. Isso pode envolver a realização de cálculos por um contador, de estimativas de reservas de gás e óleo por um geólogo ou de uma avaliação de uma obra por um arquiteto ou por um engenheiro. Contrariamente à arbitragem, a avaliação por um *expert* não necessariamente envolve o uso de procedimentos adjudicatórios, que é uma característica marcante no procedimento arbitral, mas compreende as próprias investigações do *expert* e o uso de sua *expertise* sobre o assunto que envolve a disputa. Em geral, a atuação do *expert* abrange questões fáticas e técnicas. Em contrapartida, a arbitragem procura resolver disputas legais mais amplas entre as partes. BORN, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. 2nd edition. The Netherlands. Kluwer Law International, 2016, p. 5.

## **CAPÍTULO 1. Interfaces entre arbitragem e concorrência**

### **1.1. A arbitrabilidade do direito da concorrência**

As manifestações da desconfiança quanto à união do direito arbitral ao direito concorrencial, em um primeiro momento, traduziam-se, por exemplo, na crença na inabilidade dos árbitros para arbitrar conflitos dessa matéria ou na obrigação de notificação da autoridade concorrencial quanto ao teor da sentença arbitral <sup>18</sup>. Ainda, o mais baixo rigor procedimental na fase probatória, a limitação da fundamentação das sentenças arbitrais em certos locais e a inexistência do duplo grau de jurisdição, na arbitragem, também eram preocupações <sup>19</sup>.

Além disso, havia o receio de que a arbitragem fosse usada pelas empresas como uma forma de quebrar as regras antitruste, o que seria de difícil detecção pelas autoridades de defesa da concorrência. Desse modo, o seu caráter confidencial, final e neutro eram características vistas como alarmantes <sup>20</sup>.

Em um segundo momento, percebeu-se que aquilo que parecia inconciliável possui, em realidade, uma importante conexão <sup>21</sup>, de modo que hoje não mais existem dúvidas quanto à arbitrabilidade dos conflitos de matéria antitruste.

Tal afinidade relaciona-se ao fato de que o direito da concorrência estuda o comportamento dos agentes no mercado, tendo em vista a necessidade de tutela à ordem econômica. Sendo assim, as empresas de maior porte são aquelas que possuem atuações mais sensíveis a esse ramo do direito, por terem também elevado poder de mercado. E são, justamente, essas empresas os agentes que mais utilizam a arbitragem para dirimirem seus conflitos <sup>22</sup>. Foi dessa forma que a arbitrabilidade das lides de matéria antitruste tornou-se uma ideia aceita em todo o mundo.

---

<sup>18</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 53.

<sup>19</sup> ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 42. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

<sup>20</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/20009, p. 5. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

<sup>21</sup> BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1 (2015), nº 2, pp. 258 e 263. Disponível em: <https://usp-br.academia.edu/BBecker>

<sup>22</sup> CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem internacional: questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 01.

### 1.1.1. A arbitrabilidade do direito da concorrência na experiência norte-americana

A ideia de que a arbitragem e o direito concorrencial caminhavam em sentidos opostos foi, primeiramente, superada, nos Estados Unidos, pelo caso *Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth*.

O caso envolveu a celebração de acordos de distribuição e vendas, os quais previam o uso da arbitragem para resolução de controvérsias decorrentes de certas disposições contratuais. Após o surgimento de conflito entre as partes, foi ajuizada uma ação, baseada na Lei Federal de Arbitragem e na Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira. Buscou-se, através dela, determinação de que o litígio fosse resolvido através da instauração de um procedimento arbitral, como estabelecido na cláusula compromissória firmada entre as partes <sup>23</sup>.

Na ação, foi argumentado que as controvérsias baseadas no *Sherman Act* <sup>24</sup> não seriam arbitráveis. Contudo, ainda assim, foi determinada a instauração do procedimento arbitral para resolução da maioria das questões envolvidas no litígio, incluindo aquelas baseadas nas leis de defesa da concorrência <sup>25</sup>.

O caso se tornou o *leading case* da matéria, nos Estados Unidos, e deu origem à superação da *American Safety Doctrine*, regra que determinava que questões antitruste não seriam arbitráveis, estabelecida no julgamento do caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.* <sup>26</sup>. Até então, no cenário norte-americano, tal era o modelo aceito quanto à questão da arbitrabilidade do direito da concorrência <sup>27</sup>. Esse mesmo caminho era seguido também pelo direito francês e belga <sup>28</sup>.

<sup>23</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth* (1985). Nº 83 – 1569. Argued: March 18, 1985. Decided: July 2, 1985.

<sup>24</sup> O Sherman Act de 1890 foi a primeira lei antitruste americana. Posteriormente, o Congresso ainda promulgou mais duas novas leis dessa matéria, o Federal Trade Commission Act e o Clayton Act. FEDERAL TRADE COMMISSION. The Antitrust Laws. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

<sup>25</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth* (1985). Nº 83 – 1569. Argued: March 18, 1985. Decided: July 2, 1985. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/473/614.html>

<sup>26</sup> UNITED STATES COURT OF APPEALS. *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co* (1968). Case nº 391 F. 2nd 821. Argued November 22, 1967. Decided March 20, 1968. Disponível em: <https://casetext.com/case/american-safety-equipment-corp-v-jp-maguire-amp-co>

<sup>27</sup> BRAUN, Bruce R. The Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine? *Pepperdine Law Review*. Volume 16. Issue 5 Symposium Alternative Dispute Resolution. Article 9. 1989, p. 201. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1786&context=plr>

<sup>28</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note from the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 7. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>



Na ocasião, foi estabelecido que o caráter internacional da empresa envolvida no litígio exigia o uso da arbitragem até mesmo para as questões antitruste e que a mera complexidade dessas questões não seria suficiente para afastar a aplicação desse instituto. Ademais, foi ressaltado que, tampouco a elevada importância que tem a reparação de danos para esse ramo do direito, incorreria em conclusão de que esse remédio não poderia ser procurado fora de um tribunal americano <sup>29</sup>.

O paradigma foi responsável por estabelecer a *Second Look Doctrine*, segundo a qual eventuais violações à lei de defesa da concorrência, resultantes da sentença arbitral, poderiam ser identificadas pelo Poder Judiciário, que estaria apto a revisá-la <sup>30</sup>.

Apesar da *American Safety Doctrine* ter sido superada pelo caso *Mitsubish*, a arbitrabilidade das questões concorrenciais, nos Estados Unidos, ainda permaneceu mais restrita do que na Europa. Isso porque, na ocasião do julgamento do referido caso, a Suprema Corte estabeleceu que a arbitragem somente poderia ser empregada para resolução de litígios de matéria antitruste, após as partes ficarem impedidas de serem privadas de seus *statutory rights* <sup>31 32</sup>.

Diversamente da Europa, em que o *public enforcement* fica a cargo de autoridades administrativas e a atuação do árbitro em litígios de matéria concorrencial está condicionada à não interferência na competência do órgão antitruste, nos Estados Unidos, ela tem como requisito adicional a não afetação desses direitos do requerentes perante a lei <sup>33 34</sup>.

O papel dos tribunais no *enforcement* da lei antitruste é mais significativo nos Estados Unidos do que na Europa, em que o *public enforcement* é mais importante que o *private*

<sup>29</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth* (1985). Nº 83 – 1569. Argued: March 18, 1985. Decided: July 2, 1985. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/473/614.html>

<sup>30</sup> ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília. 2018, p. 42. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

<sup>31</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 61. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>32</sup> Os *statutory rights* são direitos garantidos por uma lei formalmente escrita, editada pelo legislativo ou por outro órgão do governo. Essas leis são usadas para resolução de disputas em muitos casos, em detrimento da jurisprudência, dos contratos e das normas constitucionais, por exemplo. US LEGAL. Statutory Right Law and Legal Definition. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/s/statutory-right/>

<sup>33</sup> Os *statutory rights* são direitos garantidos por uma lei formalmente escrita, editada pelo legislativo ou por outro órgão do governo. Essas leis são usadas para resolução de disputas em muitos casos, em detrimento da jurisprudência, dos contratos e das normas constitucionais, por exemplo. US LEGAL. Statutory Right Law and Legal Definition. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/s/statutory-right/>

<sup>34</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 35. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

*enforcement*, uma vez que o seu exercício recai sobre a Comissão Europeia e sobre as autoridades antitruste nacionais. Assim, a distinção entre o *public enforcement* e o *private enforcement* é muito mais clara na União Europeia, onde os Estados Membros adotam um sistema administrativo <sup>35</sup>.

Com o objetivo de incentivar o *enforcement* antitruste, o Congresso Americano criou o instituto das *treble damages* <sup>36</sup>. Com ele, o demandante teria direito ao recebimento de indenizações no triplo do valor que seria normalmente arbitrado pelos danos por ele sofridos. A linha seguida pelo Congresso foi a de que isso daria às partes incentivos para conversão de disputas que seriam essencialmente contratuais, civis ou de concorrência desleal em, até mesmo, *class actions* <sup>37</sup> que tramitariam perante cortes federais e órgãos federais <sup>38</sup>.

No Estados Unidos, a arbitrabilidade do direito antitruste também encontrou restrições relacionadas às *treble damages*. Quanto a isso, a Corte de Apelações do Primeiro Circuito decidiu, no caso *Kristian v. Comcast Corp* <sup>39</sup>, que não se pode renunciar a esse direito em razão de um compromisso arbitral <sup>40</sup>. Além disso, no julgamento do caso *American Safety Equipament Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, responsável pela fixação da *American Safety Doctrine*, a Corte Nacional de Apelação americana firmou o entendimento de que a ação de *treble damages*, prevista no *Clayton Act* <sup>41</sup>, não tinha como objetivo a reparação de vítimas de práticas anticompetitivas. Em verdade, servia para dar assistência à atuação pública, o que explica a natureza punitiva desse mecanismo <sup>42</sup>.

Importante questão, limitadora à arbitrabilidade no cenário norte-americano, se refere também às *class actions*. Nesse ponto, contudo, a jurisprudência americana já apresentou

<sup>35</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 35. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>36</sup> De acordo com o Instituto de Informações Legais da *Cornell Law School*, nos Estados Unidos, as *treble damages* permitem triplicar o valor que seria normalmente arbitrado para determinados tipos de indenizações. CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. Treble Damages. Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/wex/treble\\_damages](https://www.law.cornell.edu/wex/treble_damages)

<sup>38</sup> BAKER, Donald I.; STABILE, Marl R. Arbitration of Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel. *The Business Lawyer*, vol. 48, no. 2, 1993, pp. 395 – 436, p. 398. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/40687379?seq=4#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/40687379?seq=4#metadata_info_tab_contents)

<sup>39</sup> UNITED STATES COURT OF APPEALS, FIRST CIRCUIT. *Kristian v. Comcast Corp*. Nos. 04-2619, 04-2655. Decided: April 20, 2006. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1437496.html>

<sup>40</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 61. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>41</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 61. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>42</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 61. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

divergências quanto à possibilidade ou não de renúncia a esse tipo de ação e, portanto, quanto à possibilidade ou não de admissão a um compromisso arbitral <sup>43</sup>.

### **1.1.2. A arbitrabilidade do direito da concorrência na experiência europeia**

Na Europa, os profissionais da arbitragem, inicialmente, encararam o direito antitruste e os amplos poderes da Comissão Europeia como algo suspeito. A própria natureza de ordem pública das regras do direito concorrencial e o fato de que, até então, tais regras não eram consideradas arbitráveis foi responsável por criar uma atitude defensiva dos árbitros. Estes, por vezes, optaram por evitar essas questões vistas como problemáticas, em troca de correr o risco de não aplicação ou anulação das sentenças arbitrais por argumentos afeitos à ordem pública ou a não arbitrabilidade da matéria <sup>44</sup>.

Nesse contexto, cita-se o caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* <sup>45</sup> como precedente que marcou a aceitação da ideia da arbitrabilidade das questões de matéria concorrencial, nesse cenário.

O litígio envolveu a quebra de um acordo de licenciamento que havia sido pactuado entre as partes dotado de previsão de que todos os conflitos que dele decorressem seriam resolvidos pela arbitragem <sup>46</sup>.

Foi preferida sentença arbitral que determinou a uma das partes o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da quebra do acordo. Sob alegação de que a decisão seria contrária à ordem pública, foi apresentado recurso ao Tribunal de Amsterdã para sua anulação <sup>47</sup>, o que levou a *European Court of Justice* a estabelecer que questões concorrenciais são arbitráveis.

<sup>43</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 61 e 62. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>44</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/20009, p. 5. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

<sup>45</sup> EUROPEAN COURT. *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*. Case C – 126/97. Decided: June 1, 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126#11>

<sup>46</sup> EUROPEAN COURT. *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*. Case C – 126/97. Decided: June 1, 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126#11>

<sup>47</sup> VAZ, Isabel. A arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 16/009, p. 12. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016dcfe722b0dd0cf7f6&docguid=11b697080008911e1968d00008558bdfc&hitguid=11b697080008911e1968d00008558bdfc&spos=2&epos=2&td=82&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

Ademais, o caso também consolidou o entendimento de que um tribunal nacional estaria obrigado a anular sentenças que ofendem a ordem pública <sup>48</sup>.

O precedente europeu foi responsável por trazer, ainda, outro avanço em comparação ao paradigma americano: além de estabelecer ser possível a arbitrabilidade do direito da concorrência, suscitou também o dever dos árbitros em levantar as questões concorrenciais no procedimento arbitral <sup>49</sup>.

Nessa linha, contudo, o árbitro somente pode intervir no direito da concorrência, na União Europeia, caso a lei antitruste assim permitir <sup>50</sup>. Para além disso, uma vez que a lei europeia encarrega as autoridades administrativas de exercer o *public enforcement*, o árbitro só pode atuar desde que não afete a competência exclusiva do órgão antitruste <sup>51</sup>.

### 1.1.3. A arbitrabilidade do direito da concorrência na doutrina brasileira

Joaquim Muniz conceita a arbitrabilidade como os limites impostos à sujeição de determinados conflitos à arbitragem, os quais podem ser vistos sob dois ângulos, um subjetivo e o outro objetivo <sup>52</sup>.

No Brasil, o instituto da arbitragem é disciplinado pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 <sup>53</sup>. A distinção entre esses dois ângulos pode ser extraída da própria redação do art. 1º desse diploma legal, o qual estabelece as pessoas e as matérias que podem ser submetidas a essa via de resolução de conflitos <sup>54</sup>.

Assim, a arbitrabilidade subjetiva, *ratione personae*, diz respeito à capacidade civil para contratar que, conforme já mencionado, é exigida pela lei para celebração de um compromisso

<sup>48</sup> ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 42. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

<sup>49</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>50</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 58. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>51</sup> IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 58. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>52</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 43.

<sup>53</sup> 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/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>54</sup> VAZ, Isabel. A arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 16/009, p. 355. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016dcfe722b0dd0cf7f6&docguid=11b697080008911e1968d00008558bdfc&hitguid=11b697080008911e1968d00008558bdfc&pos=2&epos=2&td=82&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

arbitral. Em contrapartida, a arbitrabilidade objetiva, *ratione materiae*, relaciona-se a que matérias seriam arbitráveis, ou seja, aquelas relacionadas a direitos patrimoniais e direitos disponíveis <sup>55</sup>.

No cenário brasileiro, Isabel Vaz ressalta que a evolução do tema relacionou-se tanto à submissão das autoridades estatais ao direito concorrencial, quanto à submissão dos contratos administrativos à arbitragem <sup>56</sup>.

Atualmente, sabe-se que, entre os sujeitos que podem se submeter à arbitragem, está, inclusive, a Administração Pública. Segundo Hely Lopes Meirelles, a Administração é a atividade concreta do Estado que tem como finalidade a satisfação das necessidades coletivas de modo direto e imediato. Tal atividade é realizada através de suas entidades que, por sua vez, podem constituir pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado <sup>57</sup>.

Assim, a Administração Pública celebra contratos, sejam eles sob regime de direito público ou de direito privado e, ainda, com pessoas jurídicas ou com pessoas físicas <sup>58</sup>. A partir dessa constatação, Isabel Vaz afirma ser possível deduzir que, na medida em que o Estado pode contratar, também é possível a ele transacionar no que diz respeito aos direitos patrimoniais disponíveis <sup>59</sup>. Portanto, quando se fala na possibilidade de se arbitrar com a Administração Pública, a arbitrabilidade objetiva e a arbitrabilidade subjetiva, ambas, estão atendidas.

Inclusive, a atribuição aos seus entes da possibilidade de exercício das funções administrativas de Estado representa o reconhecimento, por parte da Constituição Federal, da capacidade contratual da Administração <sup>60</sup>.

<sup>55</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 43.

<sup>56</sup> VAZ, Isabel. A arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 16/009, p. 12. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016dcfe722b0dd0cf7f6&docguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&hitguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&pos=2&epos=2&td=82&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

<sup>57</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Editora RT. São Paulo. 16ª Edição. 1990, p.

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/20!/4/140/2/2/@:78.1>

<sup>59</sup> VAZ, Isabel. A arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 16/009, p. 355. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016dcfe722b0dd0cf7f6&docguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&hitguid=I1b697080008911e1968d00008558bdfc&pos=2&epos=2&td=82&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

<sup>60</sup> ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília. 2018, p. 52. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

O próprio Tribunal de Contas da União, (TCU) no Acórdão 391/2008, proferido nos autos do Relatório de Auditoria nº 005.605/2002-9, já decidiu em favor da arbitrabilidade dos contratos de direito privado celebrados com a Administração Pública. No julgamento do caso, ficou estabelecido que a arbitragem poderia ser um instrumento de elevada utilidade para aferência da regularidade dos serviços públicos concedidos, visto que possibilita a rápida resolução dos conflitos <sup>61</sup>.

Ainda, no ramo do direito concorrencial, a arbitragem que envolve a Administração Pública pode ser empregada em situações que englobam um órgão estatal, quando inexistente relação comercial. Isso ocorre, por exemplo, entre uma empresa e a autoridade antitruste <sup>62</sup>.

Ao estudar a arbitrabilidade do direito antitruste no cenário brasileiro, importa a “dupla perspectiva” em que podem ser compreendidas as questões afetas ao direito da concorrência, a qual projeta-se em três esferas de responsabilização: a civil, onde a discussão é relativa aos direitos patrimoniais disponíveis, a administrativa, cujo intuito é a preservação do direito difuso à livre concorrência e, nos casos de cartéis, a responsabilidade criminal <sup>63</sup>. Essa dimensão dupla da matéria faz surgir o *public enforcement* e o *private enforcement*.

Ambas, a persecução pública e a persecução privada, são usadas pela maioria dos sistemas de defesa da concorrência do mundo, em graus variados <sup>64</sup>. Como visto, a diferença entre as duas é mais definida na Europa. No Brasil, isso é semelhante. Contudo, nos Estados Unidos, essa distinção não aparece com tanta clareza.

No que diz respeito ao *enforcement* privado, o Código Civil determina, em seus arts. 186 e 927, o dever do causador do dano de indenizar pelos prejuízos por ele provocados <sup>65</sup>. A Lei nº 8.884/94, que foi responsável por transformar o CADE em autarquia e dispor acerca da repressão e prevenção das infrações contra a ordem econômica, na mesma linha, prevê a

<sup>61</sup> TCU. Relatório de Auditoria nº 005.651/2002-9. Acórdão nº 391/2008. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=fdcacf0-f039-11e9-8743-dd5153876c4b](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=fdcacf0-f039-11e9-8743-dd5153876c4b)

<sup>62</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note from the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 7. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>63</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 1. Publicado em 21/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>

<sup>64</sup> SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey. John M. Olin Program in Law and Economics. Stanford Law School. Working Paper nº 335. December 2006, p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>

<sup>65</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 08/10/2019

indenização por danos decorrentes desse tipo de infração <sup>66</sup>. Além disso, a Lei nº 12.529/11, encarregada de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e alterar este último diploma legal, contém a mesma previsão <sup>67</sup>.

Daí em diante, parte-se do pressuposto de que a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência ampliou a matéria prevista no Código Civil para o ramo do direito antitruste, tanto no que diz respeito aqueles diretamente prejudicados, quanto aos indiretamente atingidos. O *enforcement privado* engloba ainda a possibilidade de ajuizamento de ações civis públicas e ações populares, tendo em vista o caráter difuso dos interesses jurídicos tutelados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência <sup>68</sup>.

Por sua vez, a persecução pública do direito da concorrência, no Brasil, segundo o que dispõe a Lei nº 12.529/11, é exercida pelo CADE, que constitui autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça e dotada de caráter judicante <sup>69</sup>.

Nessa linha, o *enforcement privado*, enquanto mecanismo implementado através das ações privadas para cessação de condutas e indenização de danos, configura-se como instrumento autônomo em relação ao *enforcement público* do direito concorrencial. Isso significa que ele pode ser utilizado sem que tenha existido qualquer iniciativa de investigação da prática por parte do CADE <sup>70</sup>.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm)

<sup>67</sup> BRASIL. 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/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)

<sup>68</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>

<sup>69</sup> BRASIL. BRASIL. 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/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)

<sup>70</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 1. Publicado em 21/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>

Aqui, uma distinção deve ser traçada entre o uso da arbitragem (i) como um meio para o *private enforcement* ou (ii) como ferramenta à disposição do órgão antitruste no exercício do *public enforcement* <sup>71</sup>.

Em qualquer um dos casos, a linha apresentada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sugere que a arbitragem somente poderá ser empregada, caso a lei antitruste assim permitir <sup>72</sup>.

Posto isto, um árbitro jamais poderá intervir na competência exclusiva das autoridades de defesa da concorrência de exercício da persecução pública. Desse modo, ele somente pode configurar um assistente da autoridade antitruste, cuja participação se limitará à determinação das consequências civis relevantes para a aplicação da lei concorrencial. Na prática, isso significa alocação de danos *ex post* a uma parte como resultado da violação da lei pela parte contrária. Nessa linha, a aplicação *ex ante* da arbitragem em litígios de matéria concorrencial, como nos acordos em controle de concentrações, teria maiores limitações, eis que essa área é de competência exclusiva das autoridades de defesa da concorrência <sup>73</sup>.

De acordo com Ana de Oliveira Frazão, esse é um dos motivos pelos quais não há que se temer a arbitrabilidade do direito antitruste, de modo que o que, atualmente, se discute é a “exata medida” dessa arbitrabilidade. Importa, aqui, somente que sejam delimitados os critérios de arbitrabilidade e de possibilidade de comunicação entre a instância administrativa e a instância arbitral.

Em face disso, leciona Bruno Becker que as decisões arbitrais que tenham como objeto o direito da concorrência limitam-se às partes envolvidas no litígio, sob o risco de anulação, segundo o que determina o art. 32 da Lei 12.529/11 e aos direitos disponíveis compreendidos na controvérsia, de acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem <sup>74</sup>.

Para Ana de Oliveira Frazão, visto que o *enforcement* privado emprega-se, amplamente, no Brasil, é verdadeiro que ele pode ser, do mesmo modo, realizado por meio da arbitragem. Isso se reforça pelo fato de que os árbitros têm como dever a aplicação de normas de ordem pública, características desse ramo do direito, que se tornam presentes, ainda que a discussão

---

<sup>71</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 11. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>72</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 11.

<sup>73</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 11.

<sup>74</sup> BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1 (2015), nº 2, pp. 258 e 264. Disponível em: <https://usp-br.academia.edu/BBecker>



tenha origem privada. A partir daí, surge um caminho que pode ser, inclusive, mais vantajoso do que o Poder Judiciário <sup>75</sup>.

Segundo o seu ensinamento, existem casos onde inexiste qualquer problema em relação à diferenciação do *enforcement* público e do *enforcement* privado: a punição pelo ilícito corresponde ao *enforcement* público, enquanto a indenização por danos pertence ao *enforcement* privado. Nesse escopo, principalmente nos casos em que o litígio decorre de prévia condenação do CADE, não surgem grandes óbices, pois a persecução privada seria uma consequência natural da persecução pública. Porém, existem questões que permanecem em uma zona de interpenetração, na medida em que podem ser aplicadas em ambas as esferas, civil e administrativa. É o caso, por exemplo, de obrigações comportamentais a serem adotadas pelo agente infrator <sup>76</sup>.

Maria Augusta Rost argumenta que, no Brasil, a aplicação das normas previstas na Lei nº 12.529/2011 se mostra factível em um procedimento arbitral, por estas constituírem regras imperativas. Nesse cenário, excetua-se, somente, aquelas normas relacionadas ao poder de polícia do Estado <sup>77</sup>.

Isso traduz-se no dever dos árbitros em aplicar a Lei de Defesa da Concorrência, sem que possuam competência para aplicação de sanções previstas nesse diploma legal pela prática de infrações contra a ordem econômica, tampouco para apreciação de atos de concentração <sup>78</sup>.

Nesse sentido, a lição de Bruno Becker traz as hipóteses de emprego da arbitragem em conflitos de matéria concorrencial, no direito brasileiro, quais sejam (i) como ponto central do litígio ou de forma incidental; (ii) após decisão do CADE ou do Judiciário sobre a questão, ou antes que haja suspeita da conduta pelas autoridades competentes; e (iii) como resultado de condutas unilaterais ou de condutas colusivas.

Além dessas possibilidades, a aplicação da arbitragem pode ocorrer (i) de modo *ex post* ou *ex ante*, na forma preventiva ou repressiva; (ii) em sede de controle de condutas ou em sede de

<sup>75</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 1. Publicado em 21/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>

<sup>76</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 1. Publicado em 21/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>

<sup>77</sup> ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2018, pp. 43 - 44. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

<sup>78</sup> ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 44. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

controle de estruturas; e (iii) no âmbito dos remédios comportamentais ou no âmbito dos remédios estruturais.

## 1.2. Características da arbitragem empregada em ACCs

Nas palavras de Luca Radicati di Brozolo, a arbitragem empregada nos acordos em controle de concentrações possui como peculiaridade o seu caráter semi compulsório. Isso porque, uma vez que as requerentes desejam a aprovação da operação, estas se tornam obrigadas a aceitar o compromisso arbitral. O autor aponta também o seu caráter aberto pois consiste em uma promessa em arbitrar feita em face de terceiros envolvidos que são intitulados a aceitá-la<sup>79</sup>. Ou seja, ela pode ser evocada por qualquer beneficiário, presente ou futuro, do acordo<sup>80</sup>.

Isto posto, o mecanismo se coloca à disposição desses terceiros beneficiados pelo ACC para assegurar o *enforcement* dos seus direitos, no caso de violação destes pela compromissária. Se presta, portanto, ao mesmo propósito de todas as demais arbitragens, ou seja, à resolução de litígios entre partes privadas. Logo, conquanto resulte de uma obrigação decorrente de um ato administrativo relacionado ao exercício do *enforcement* público, consiste em uma disputa puramente de direito privado<sup>81</sup>.

Nesse sentido, o autor considera esse tipo de cláusula arbitral um complemento procedimental à proteção que se pretende dar aos terceiros através dos ACCs. Nos termos de seu estudo, ela constitui o “antídoto processual” ao aumento do poder de mercado que seria alcançado pela empresa resultante da operação. Nesse sentido, os direitos conferidos aos terceiros pelo acordo devem ter um mecanismo eficiente de *enforcement*. Tal é o propósito a ser alcançado pelo uso da via arbitral nesse procedimento<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle. In: BLANKE, Gordon. European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues, Volume 19, Issue 1, Kluwer Law International, 2008, p. 7. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2008003>

<sup>80</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati Di. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia. Arbitration International, Vol. 29, Issue 2, 2013, p. 225. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/2/223/204173>

<sup>81</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle. In: BLANKE, Gordon. European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues, Volume 19, Issue 1, Kluwer Law International, 2008, p. 7. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2008003>

<sup>82</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle. In: BLANKE, Gordon. European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues, Volume 19, Issue 1, Kluwer Law International, 2008, p. 7. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2008003>

Para além dessa categorização, revela a OCDE que os acordos com cláusulas arbitrais possuem uma natureza dupla. Em primeiro lugar, isso se dá porque a arbitragem é parte do acordo pactuado com as partes requerentes, o que significa que estas permanecem à merce da legislação que disciplina o controle de estruturas. Em segundo lugar, do ponto de vista da arbitragem, isso ocorre porque esses tipos de cláusula tem eficácia *erga omnes*, o que não consistiu, no geral, o modo como as cláusulas arbitrais são redigidas <sup>83</sup>.

Do ponto de vista do direito antitruste, as vantagens do uso da via arbitral, nesses tipos de disputa, relacionam-se à redução dos custos de monitoramento por parte da autoridade de defesa da concorrência <sup>84</sup>. Isso se dá por meio do aumento dos poderes de controle do cumprimento do compromisso. Essa garantia da realização do acordo, proporcionada pelo uso da via arbitral, contudo, é atingida pelas arbitragens somente indiretamente, o que ocorre na linha do *private enforcement* <sup>85</sup>.

Além dessa vantagem, como é impossível prever, no momento da celebração do ACC, todas as situações e hipóteses de conflitos que podem ser gerados por ele, o uso da arbitragem nesse âmbito é responsável por conferir maior flexibilização ao ACC <sup>86</sup>.

### 1.2.1. O uso da arbitragem nos ACCs do CADE

Em sede de controle de condutas, a doutrina revela que, face à existência de prévia condenação pelo órgão antitruste, não há dúvidas quanto às vantagens na aplicação da arbitragem como instrumento para reparação de danos, em harmonia com a atuação da esfera administrativa <sup>87</sup>. Isso é o que ocorre nos casos de indenização por danos decorrentes da prática de cartel.

No entanto, segundo Ana de Oliveira Frazão, outras discussões ainda precisam ser melhor enfrentadas doutrinariamente. É o caso do debate acerca do uso da arbitragem para aplicação privada do direito antitruste anteriormente a qualquer iniciativa por parte da

<sup>83</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP (2010) 40, p. 16.

<sup>84</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP (2010) 40, p. 16.

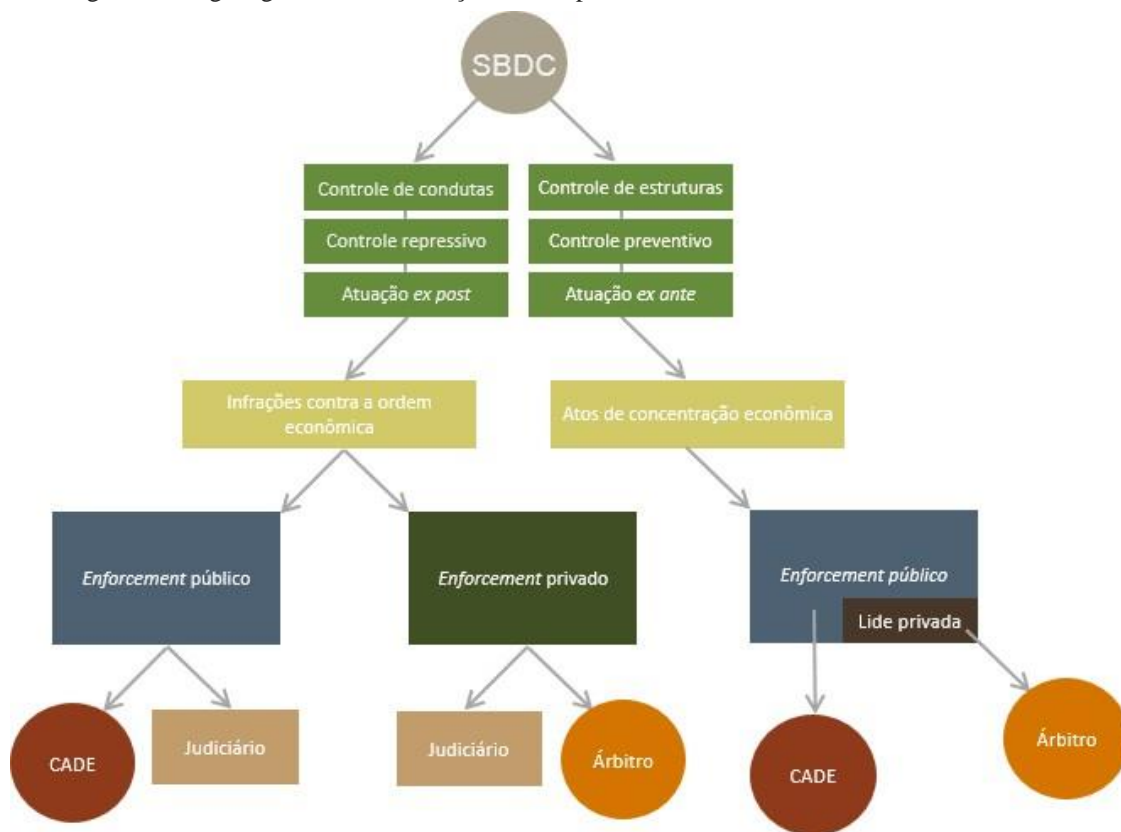
<sup>85</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati Di. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia. Arbitration International, Vol. 29, Issue 2, 2013, p. 227. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/2/223/204173>

<sup>86</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C\\_WYx8-DLg3Asdb\\_5X6gWUEG46fh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh)

<sup>87</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 2. Publicado em 04/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-2-04042018>

autoridade concorrencial ou do emprego do instituto no uso de suas próprias competências e, como dito, no exercício do *enforcement* público<sup>88</sup>, ponto que se desenvolve no presente estudo.

Figura 1 – Organograma da distribuição de competências de acordo com a Lei nº 12.529/11.



Fonte: a autora (2019).

O organograma acima leva em consideração o *public enforcement* e o *private enforcement* para apresentar a distribuição de competências no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

O uso das cláusulas arbitrais como remédios em ACCs é abrangida pela aplicação pública da matéria antitruste<sup>89</sup>. Aqui, a arbitragem integra um procedimento próprio do órgão de defesa da concorrência que não é paralelo e independente em relação aos demais procedimentos administrativos. Pelo contrário, nesses casos, o instituto se conecta e depende

<sup>88</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 2. Publicado em 04/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-2-04042018>

<sup>89</sup> OECD. Arbitration and competition. Background note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 56.

destes <sup>90</sup>. Tal característica difere o mecanismo do uso da arbitragem no campo da reparação dos danos decorrentes de cartéis.

O exercício do controle de estruturas pela autoridade concorrencial se realiza por meio dos atos de concentração econômica. Nesse âmbito, o órgão antitruste pode se manifestar pela aprovação da operação, na ocasião de não haver efeitos anticompetitivos ou de as eficiências geradas compensarem tais efeitos, ou pela sua reprovação. Essa última hipótese refere-se aos casos em que as eficiências não superam os efeitos anticoncorrenciais decorrentes da operação ou que elas até os superam, mas não ficou comprovado que os benefícios resultantes serão repassados, efetivamente, aos consumidores <sup>91</sup>.

No segundo caso, tem-se, como alternativa à reprovação da operação, a atribuição de remédios para minimizar os danos que dela decorrem, os quais podem constituir uma imposição unilateral do órgão de defesa da concorrência ou podem ser aplicados através dos ACCs <sup>92 93</sup>. Estes constituem negócios jurídicos pactuados entre o órgão antitruste e as partes requerentes da operação.

Os remédios se subdividem em estruturais ou comportamentais. De acordo com Ana de Oliveira Frazão, são considerados estruturais aqueles que transformam a estrutura da empresa, por meio da supressão ou redução de incentivos para a realização de condutas anticompetitivas

---

<sup>90</sup> FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 2. Publicado em 18/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-3-18042018>

<sup>91</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 158.

<sup>92</sup> A redação original da Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, continha dispositivo que disciplinava os ACCs. Contudo, tal artigo foi vetado, de modo que, atualmente, esse tipo de acordo está disciplinado no artigo 125 da Resolução nº 1/2012, destinada a aprovar o Regimento Interno do CADE. O referido dispositivo estabelece que o CADE poderá receber propostas de ACCs, desde a notificação da operação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem que haja prejuízo ao julgamento do mérito da operação. As propostas serão submetidas à aprovação do Tribunal do CADE. Nesse contexto, quando firmado o ACC, surgem benefícios mútuos para os dois lados. Em relação ao CADE, tais vantagens decorrem do fato de que os remédios aplicados dificilmente conseguiriam ser impostos sem a concordância das compromissárias. Concomitantemente, os remédios podem ser acertados de acordo com o interesse e perfil das partes requerentes da operação. Uma característica importante desse tipo de acordo é que ele não é dirigido somente às compromissárias, mas a um número não identificado de terceiros. Para tanto, os seus termos irão indicar o “justo e razoável” que será adaptado a cada caso individual . Especificamente no que diz respeito ao uso da arbitragem como remédio, esta funciona como uma forma de monitoramento que tem como função estabelecer, em cada caso específico, os termos desse “justo e razoável”. Portanto, do ponto de vista do órgão concorrencial, as vantagens relacionam-se à redução dos custos de monitoramento, bem como à maior flexibilização dada ao acordo, já que não é possível prever todas as hipóteses passíveis de gerar efeitos anticompetitivos em cada caso.

<sup>93</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 159.

<sup>94</sup>. Luca Radicati di Brozolo suscita como exemplos dessa categoria os desinvestimentos, as rescisões contratuais e a retirada da empresa de certos tipos de atividades <sup>95</sup>.

Relativamente aos remédios comportamentais, o autor expõe que, em geral, estes constituem ações a serem adotadas pelas empresas requerentes da operação em relação aos seus consumidores ou concorrentes com intuito de que seja eliminada ou combatida a elevação do domínio no mercado. Cita-se, como exemplo, a garantia de acesso a uma tecnologia ou infraestrutura, para evitar a discriminação, a publicização de informações, a abstenção de certas atividades, entre outros tipos de condutas <sup>96</sup>.

Preferencialmente, faz-se a escolha pelos remédios estruturais porque eles são, em geral, mais aptos a manter a estrutura competitiva do mercado. No momento em que esses tipos de remédios não estão disponíveis ou são inapropriados para o caso, recorre-se aos remédios comportamentais <sup>97</sup>. Como já exposto nesse trabalho, a via arbitral pode ser utilizada no controle de estruturas tanto no campo dos remédios comportamentais, quanto no campo dos remédios estruturais.

Os remédios são, portanto, obrigações atribuídas às compromissárias que se traduzem, normalmente, em direitos a terceiros, cuja categoria é identificada no acordo <sup>98</sup>. Apesar de serem exigências demandadas pela autoridade antitruste, não constituem deveres incontornáveis. Isso porque eles são apenas condições necessárias para aprovação da operação <sup>99</sup>. Nesse sentido, caso as empresas envolvidas não desejem a eles se submeterem, basta que decidam pela não efetivação da operação e não pactuem o acordo.

Assim, quando firmado o ACC, surgem benefícios mútuos para os dois lados. Em relação ao CADE, tais vantagens decorrem do fato de que os remédios aplicados muitas vezes

<sup>94</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 159.

<sup>95</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati Di. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia. Arbitration International, Vol. 29, Issue 2, 2013, p. 223. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/2/223/204173>

<sup>96</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati Di. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia. Arbitration International, Vol. 29, Issue 2, 2013, p. 223. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/2/223/204173>

<sup>97</sup> BROZOLO, Luca G. Radicati Di. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia. Arbitration International, Vol. 29, Issue 2, 2013, p. 224. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/2/223/204173>

<sup>98</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle. In: BLANKE, Gordon. European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues, Volume 19, Issue 1, Kluwer Law International, 2008, p. 10. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2008003>

<sup>99</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 159.

não conseguiriam ser impostos sem a concordância das partes. E mais, eles podem ser acertados de acordo com o interesse e perfil das partes requerentes da operação <sup>100</sup>

Portanto, o ACC, em si, não se configura como uma imposição do CADE aos compromissários. Em verdade, trata-se do que se assemelha a um contrato *lato sensu* <sup>101</sup>, aspecto conexo ao seu ponto de contato com a arbitragem, qual seja a forte presença da autonomia da vontade. Segundo o que leciona Rodrigo Camargo Cavalcanti, é esse ponto marcante de ambos que faz com que, nos ACCs, possam ser incluídos compromissos arbitrais como remédios <sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 159.

<sup>101</sup> CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, p. 36. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/222>

<sup>102</sup> CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, p. 36. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/222>

## **CAPÍTULO 2. A competência do CADE para empregar a arbitragem como remédio em ACCs**

A questão da competência do CADE para empregar cláusulas arbitrais como remédios em ACCs, deve ser analisada sob três prismas: o do próprio CADE, o do tribunal arbitral e o dos terceiros atingidos pelo acordo que participarão do procedimento arbitral.

### **2.1. O prisma do CADE**

#### **2.1.1. As competências legais do CADE**

Conforme exposto no início do presente trabalho, o direito concorrencial tem como foco a proteção à ordem econômica, à livre concorrência e aos consumidores. Essa preservação pode se realizar de duas maneiras: por meio do controle de estruturas, de natureza preventiva, e por meio do controle de condutas, de natureza repressiva. A legislação reveste o CADE de competência para o exercício desse duplo controle.

Como visto, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.529/2011, o CADE é entidade judicante e constitui autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça <sup>103</sup>. A autarquia possui função reguladora e exerce típico poder de polícia, por meio da “imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão” <sup>104</sup>.

Evidencia-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro encarrega a Administração Pública de exercer a defesa da concorrência, razão pela qual pode-se falar em “direito administrativo concorrencial” <sup>105</sup>. Portanto, o CADE é componente da Administração Pública Indireta.

Nota-se que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se assemelha ao sistema europeu. Logo, como ocorre nesse último cenário, o julgamento de condutas lesivas à concorrência, por esse órgão, e a aprovação dos atos de concentração econômica constituem atos administrativos. Além disso, há, em ambos, uma distinção clara entre o *enforcement* público e o *enforcement* privado do direito da concorrência.

O controle de estruturas, *ex ante*, é realizado pelo CADE por meio da apreciação dos atos de concentração econômica. Por sua vez, o controle de condutas, *ex post*, manifesta-se por

<sup>103</sup> BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)

<sup>104</sup> DI PIETRO, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 595. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/20!/4/140/2/2/@0:78.1>

<sup>105</sup> MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000566/cfi/27!/4/4/@0.00:1.18>



meio do julgamento das infrações contra a ordem econômica e da aplicação de sanções aos agentes econômicos infratores.

Além da função preventiva e da função repressiva, o órgão concorrencial brasileiro possui também papel educativo. Em relação a esse aspecto, a Lei nº 12.529/2011 estabelece que é papel dessa autarquia a instrução do público sobre as infrações contra a ordem econômica, a realização de incentivo e estímulo de estudos e pesquisas sobre o tema, a realização ou apoio a cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto, bem como a edição de publicações e cartilhas sobre o direito da concorrência.

Sobre o controle de estruturas, o surgimento da Lei nº 12.529/2011, que inaugurou o SBDC, representou uma mudança de paradigma, visto que o diploma legal anterior, a Lei nº 8.884/1994, previa um sistema de notificação híbrido. Ou seja, além da notificação prévia, também era possível que as requerentes notificassem em até 15 (quinze) dias desde a realização do ato de concentração.

No entanto, conforme expõe Thiago Marrara, na prática, a maioria dos casos era de controle posterior<sup>106</sup>. Com exceção desse aspecto, a base normativa do controle de estruturas é bem semelhante nos dois diplomas legais<sup>107</sup>. Os ACCs estão inseridos no âmbito desse tipo de controle.

Conforme demonstrou o organograma sobre as competências do SBDC do Capítulo 1, a Lei nº 12.529/2011 dá ao CADE a competência para exercício do *enforcement* público do direito antitruste. A leitura do art. 47 desse diploma também indica ser possível o recurso ao Judiciário para proteção dos direitos individuais homogêneos ou direitos individuais e para que se faça cessar a prática das infrações contra a ordem econômica, bem como para pleitear ressarcimento pelos danos sofridos.

Evidencia-se, assim, que a persecução pública do direito concorrencial pode ser realizada pelo CADE ou pelo Judiciário, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição. Como visto, isso pode se dar por meio do ajuizamento de ações civis públicas e de ações populares para proteção de direitos difusos. A aplicação privada do direito antitruste, no entanto, pode ser realizada pelo Judiciário, mas também pela arbitragem. Portanto, apenas o controle de estruturas é de competência exclusiva do CADE.

<sup>106</sup> MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000566/cfi/176!/4/4@0.00:0.00>

<sup>107</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>

Entretanto, isso não significa que o árbitro não tenha uma margem de atuação, tampouco que o tribunal arbitral irá invadir a competência do CADE relativa ao exercício do *enforcement* público, caso o mecanismo seja aplicado aos ACCs.

No cenário europeu, até 2004, os árbitros, assim como os juízes dos tribunais nacionais, não tinham poderes para aplicação das normas de direito concorrencial, que eram de competência exclusiva da Comissão Europeia, segundo o que disciplinava o artigo 9 (1) do Regulamento do Conselho nº 17 (*Council Regulation nº 17/1962*)<sup>108 109</sup>. Portanto, existia um monopólio do *enforcement* nas mãos desse órgão<sup>110</sup>.

Esse cenário foi alterado pelo Regulamento (EC) nº 1/2003 do Conselho (*Council Regulation (EC) nº 1/2003*) que estabeleceu um sistema através do qual as autoridades de defesa da concorrência nacionais e as cortes dos Estados Membros passaram a ter poderes para aplicação da lei antitruste<sup>111</sup>. A partir daí, passou a operar um sistema descentralizado de *enforcement*, baseado em uma estrutura focada na cooperação entre a Comissão Europeia e os órgãos antitruste dos Estados Membros. A colaboração é firmada na aplicação, por ambos, das regras de direito concorrencial da Comunidade Europeia<sup>112</sup>.

Não obstante a legislação estabelecer um sistema de competências compartilhadas, a Comissão, de acordo com o princípio do “*one-stop-shop*”<sup>113</sup> e com o princípio da subsidiariedade, estabelecidos pelo Regulamento do Conselho Europeu nº 139/2004 (*Council Regulation (EC) nº 139/2004*)<sup>114</sup>, é autoridade com competência exclusiva para exercer o

<sup>108</sup>EUROPEAN UNION. Regulation 17 of 1962. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31962R0017:EN:HTML>

<sup>109</sup>As normas que compõem o sistema jurídico da União Europeia podem ser divididas em normas de direito primário e normas de direito secundário. As primeiras são compostas pelos tratados, os quais são a base jurídica para a tomada de decisões. Por sua vez, as normas de direito secundário constituem-se de regulamentos, diretivas e decisões, decorrentes dos princípios e objetivos traçados nos tratados.

Portanto, a totalidade das medidas tomadas no cenário europeu é baseada nos tratados. Nesse cenário, os regulamentos são definidos como “atos jurídicos que se aplicam de forma automática e uniforme em todos os países da EU a partir do momento em que entram em vigor, sem terem de ser incorporados no direito nacional. Os regulamentos são vinculativos em todos os seus elementos em todos os países da EU. UNIÃO EUROPEIA. Tipos de atos jurídicos da EU. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_pt)

<sup>110</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/20009, p. 10. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

<sup>111</sup>EUROPEAN UNION. Regulation 1 of 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj>

<sup>112</sup>Article 11. Cooperation between the Commission and the competition authorities of the Member States 1. The Commission and the competition authorities of the Member States shall apply the Community competition rules in close cooperation [...]. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EC) nº 1/2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

<sup>113</sup>Em português, o mecanismo é intitulado “balcão único”. Este se refere à centralização, na Comissão Europeia, das operações de dimensão comunitária. Assim, a delimitação do âmbito de atuação desse órgão está condicionada à dimensão da operação.

<sup>114</sup>Item 8. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EC) nº 1/2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

controle de concentrações das operações cuja dimensão é comunitária <sup>115</sup>, assim como é o CADE no Brasil.

Assim, quanto a esse quesito, da mesma forma que ocorre no sistema da Comunidade Europeia, pode-se falar em uma cooperação entre a autoridade concorrencial brasileira e o tribunal arbitral. O intuito deste, bem como a sua atuação, se relaciona apenas à solução do conflito privado entre as partes, mas o resultado desse exercício garantiria ao CADE o monitoramento do cumprimento do acordo e, conseqüentemente, a não concretização dos efeitos anticompetitivos que a sua quebra poderia resultar.

Apesar do sistema europeu prever a mencionada cooperação, o Regulamento do Conselho nº 1/2003 não faz menção expressa à arbitragem. De forma semelhante, também as leis nacionais europeias não contêm, em geral, normas individuais sobre a arbitrabilidade de tipos específicos de litígio. Apesar disso, a ideia de que os árbitros teriam competência para aplicação das normas de direito antitruste passou a ser aceita a partir do surgimento desse diploma legal <sup>116</sup>.

Isso porque, nas palavras de Assimakis Komninos, caso houvesse a intenção do legislador europeu de excluir dos árbitros a competência para aplicação das normas de direito concorrencial, indubitavelmente, uma disposição expressa teria sido nele incluída especificamente para esse fim. Além disso, visto que essa norma atribuiu competência às cortes nacionais para realização do *enforcement*, seria contraditório dizer que os árbitros não seriam também dotados desses poderes <sup>117</sup>.

Do mesmo modo, a Lei nº 12.529/2011 não faz menção expressa à possibilidade de emprego da via arbitral par dirimir conflitos de matéria concorrencial. Por analogia, faz-se aqui a tentativa de aplicação do pensamento de Assimakis Komninos sobre a ausência de previsão expressa no Regulamento do Conselho nº 1/2003 a respeito do uso da arbitragem em matéria antitruste.

A falta de alusão da legislação quanto à possibilidade de uso da arbitragem também não pode ser interpretada como uma negativa à possibilidade de emprego do instituto no Brasil.

<sup>115</sup> GRAVA, Ioanna. Arbitration in the context of EU Merger Control and its interface with Brussels I Regulation: A New Era for arbitration in the EU Arena? *Global Antitrust Review*, p. 74. Disponível em: [http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou\\_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf](http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf)

<sup>116</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/2009, p. 10. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

<sup>117</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/2009, p. 11. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

No direito público brasileiro, a ausência de menção na lei a respeito de determinado aspecto constitui vedação ao seu exercício. Diversamente, o direito privado estabelece que a ausência de previsão legal representa, em realidade, uma permissão. Ou seja, quanto a esse último, tudo aquilo que a lei não proíbe é permitido.

Nesse sentido, os atos embasados no direito privado estão submetidos ao princípio da autonomia da vontade, enquanto os atos administrativos estão sujeitos à legalidade, prevista no art. 37 da Constituição da República. Segundo ela, se inexistente embasamento legal, o ato é nulo e não pode produzir efeitos. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em razão disso, não é possível à Administração Pública, “por simples ato administrativo, conceder direito de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados. Para tanto, ela depende da lei”<sup>118</sup>.

Seguindo esse raciocínio, a atuação do CADE, enquanto componente da Administração Pública, em tese, só poderia se realizar nos termos do que a lei prevê. Portanto, à primeira vista, seria possível pensar que o pensamento de Komninos não se aplica ao cenário brasileiro e que o CADE não poderia valer-se da arbitragem em seu procedimento, já que ele se sujeita ao princípio da legalidade e não há previsão legal sobre a possibilidade da autarquia valer-se da arbitragem nos seus procedimentos.

Contudo, conforme exposto por Andrey Rank, no seminário realizado pelo CADE sobre a arbitragem e concorrência, o crescimento do tema, no Brasil, se dá em acompanhamento a uma política internacional<sup>119</sup>. De forma semelhante, a lei antitruste brasileira surgiu em acompanhamento a um modelo estrangeiro.

Nesse escopo, conforme já mencionado nesse trabalho, a legislação da União Europeia não possui previsões quanto ao uso da arbitragem no controle de estruturas e nem por isso o mecanismo deixou de ser empregado em ACCs nesse cenário<sup>120</sup>.

É nesse sentido que o pensamento do mencionado arbitralista acompanha o entendimento do autor Assimakis Komninos. Na opinião dele, qualquer litígio de natureza privada, desde que não haja vedação legal, pode ser arbitrável<sup>121</sup>. Portanto, considerando que não há vedação para a aplicação da arbitragem no âmbito do controle de estruturas pelo CADE,

<sup>118</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/20!/4/140/2/2/@0:78.1>

<sup>119</sup> RANK, Andrey. Seminário CADE Arbitragem e Concorrência. Realizado em: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

<sup>120</sup> RANK, Andrey. Seminário CADE Arbitragem e Concorrência. Realizado em: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

<sup>121</sup> RANK, Andrey. Seminário CADE Arbitragem e Concorrência. Realizado em: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

não há porque não se assumir que é de sua competência a utilização do procedimento como remédio nos ACCs.

### **2.1.2. A discricionariedade relativa à atribuição de remédios aos ACCs do CADE**

Conquanto haja a desconsideração do argumento de que a arbitragem pode ser aplicada em matéria concorrencial, pois não há vedação legal relativa ao seu emprego, há ainda que se considerar que o CADE possui competência para sua utilização, no âmbito dos ACCs.

Como visto, a autoridade antitruste brasileira, enquanto componente da Administração Pública Indireta, tem sua atuação realizada através de atos administrativos. Estes são divididos pela doutrina em atos vinculados e atos discricionários.

Segundo o que leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro <sup>122</sup>, a vinculação corresponde à ausência de opções, na norma, para a atuação da Administração Pública. Em contrapartida, a discricionariedade se faz presente quando o regramento não abrange todas as possibilidades de ação por parte da autoridade administrativa. Nessa última hipótese, aplicam-se critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade para escolha de uma dentre as demais soluções possíveis dentro da lei.

Lucas Rocha Furtado afirma que a discricionariedade do ato relaciona-se diretamente à ideia de liberdade. Para análise da diferença entre ato vinculado e discricionário, é necessário verificar a relação entre o motivo e o objeto do ato. Ou seja, no caso de a lei estabelecer o objeto do ato, trata-se de ato vinculado, pois não haverá espaço para o exercício do juízo de conveniência e oportunidade pelo administrador. Em face disso, todas as vezes que a lei possibilitar a ele a escolha do objeto do ato, por critérios de conveniência e oportunidade, estará presente a discricionariedade <sup>123</sup>.

Para classificação dos atos do CADE como vinculados ou discricionários, em primeiro lugar, importa considerar que, de acordo com o art. 9º da Lei n 12.529/11 e com o art. 58 do Regimento Interno do CADE (RICADE), compete a autoridade antitruste aprovar os termos dos acordos em controle de concentração e fixá-lo, quando oportuno.

A expressão “quando oportuno” presente no art. 58 sugere uma liberdade conferida pelo legislador ao CADE, no tocante à decisão de atribuição ou não dos ACCs para aprovação da operação.

---

<sup>122</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252.

<sup>123</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte. Fórum: 2013, p. 527.

O art. 61 da Lei nº 12.529/11 prevê restrições que podem ser impostas pelo CADE, aos requerentes, no momento da aprovação de um ato de concentração, quais sejam a (i) a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; (ii) a cisão da sociedade; (iii) a alienação de controle societário; (iv) a separação contábil ou jurídica de atividades; (v) o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e (vi) qualquer outro ato necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A partir da leitura do inciso VI do referido dispositivo, conclui-se que o dispositivo se trata de rol meramente exemplificativo, de modo que, em face da diversidade de atos de concentração e dos inúmeros mercados que podem estar neles envolvidos, dificilmente, será adotada solução igual entre dois casos <sup>124</sup>. Portanto, o CADE não está vinculado às hipóteses enumeradas nesse artigo, no que tange aos remédios passíveis de serem aplicados em acordos em controle de concentrações. A possibilidade de atribuição de remédios em ACCs, os quais não se repetem de um caso para outro, constitui demonstrativo da existência de uma liberdade conferida ao órgão antitruste brasileiro <sup>125</sup>.

Ainda, os §§ 4º e 6º do art. 125 da Resolução nº 1/2012 estabelecem que o CADE, em seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá rejeitar o ACC, bem como determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do acordo sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente.

Da mesma forma que o art. 61 da Lei nº 12.529/11, nesse caso, o legislador também não estabeleceu, no texto do dispositivo, todas as hipóteses de medidas que possam tomadas pela autoridade a respeito do cumprimento do acordo. Nesse escopo, a expressão “ou outra instituição independente” indica que tais medidas não se restringem ao CADE. Portanto, nada impede que a sua realização se dê pela via arbitral. O julgamento das lides privadas sujeitas ao procedimento arbitral, em um ACC, visa, justamente, o monitoramento de seu cumprimento.

Além disso, a expressão “em seu juízo de conveniência e oportunidade”, como mencionado pelos administrativistas citados, é um indicativo da discricionariedade administrativa e está presente no dispositivo mencionado.

Ademais, ao aplicar a arbitragem nesses tipos de acordo, o CADE tem como intuito, além da redução dos custos de monitoramento, atingir uma maior flexibilização dos casos, de uma forma que poderia não ser alcançada através da imposição de outros remédios. Isso representa intenção da autoridade antitruste em agir dentro da sua discricionariedade

---

<sup>124</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 161.

<sup>125</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 98.

administrativa. Caso sua atuação fosse vinculada, nesses casos, não haveria espaço para essa maleabilidade, além dos cinco primeiros incisos do art. 61 da Lei nº 12.529/2011.

Por tudo isso, argumenta-se, neste trabalho que a competência do CADE, ao menos no que tange à atribuição de remédios em acordos em controle de concentrações, é discricionária. Portanto, nesse aspecto, a autarquia é dotada de competência para aplicação da via arbitral nesses acordos.

Ainda assim, há que se considerar que, apesar de a lei falar em “exercício do juízo de conveniência e oportunidade” pela autoridade antitruste, não há a possibilidade de que o CADE aprove operações que não preenchem os requisitos legais ou reprove operações que atenda a esses requisitos <sup>126</sup>. Além disso, enquanto integrante da Administração Pública, sua atuação será sempre baseada nos princípios da legalidade, da motivação e da razoabilidade.

## **2.2. O prisma do tribunal arbitral**

### **2.2.1. O poder-dever dos árbitros na aplicação das normas de direito concorrencial**

Para concluir a respeito da existência ou não de competência da autoridade antitruste brasileira para aplicar as cláusulas arbitrais no âmbito do controle de estruturas, portanto, resta somente a análise do enfoque dos árbitros e dos terceiros atingidos pelo acordo.

Como visto, a atribuição de remédios pela autoridade antitruste, como condição para aprovação de um ato de concentração, é manifestação do exercício do poder discricionário dessa autarquia. Portanto, quanto a esse aspecto, o CADE tem competência para aplicar a arbitragem em ACCs.

Contudo, no intuito de se aferir acerca da existência ou não de competência da autoridade antitruste para empregar a arbitragem como remédio em ACCs, é necessária uma análise sobre a competência para aplicação das normas de direito concorrencial pelos árbitros. Afinal, a inserção da arbitragem nesses acordos não teria nenhuma aplicabilidade, caso, apesar do órgão antitruste ter competência para a utilizar-se desse mecanismo no controle de estruturas, o árbitro não puder resolver os litígios relacionados à matéria.

Antigamente, havia dúvidas quanto ao dever de emprego da lei antitruste pelos árbitros, visto que algumas das características do instituto tendem a atenuar a obrigatoriedade de aplicação da matéria nessa via de resolução de litígios <sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 98.

<sup>127</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

Sendo assim, à primeira vista, é verdade que as principais particularidades da arbitragem poderiam parecer justificativa para burlar a aplicação das regras de direito antitruste para resolução do litígio a ela submetido. Tal impasse representa uma das facetas do aparente conflito existente entre o direito concorrencial e o direito arbitral que, hoje, foi superado.

A ideia de que o tribunal arbitral não seria competente para aplicação das normas de direito concorrencial decorria, em primeiro lugar, do fato de os árbitros constituírem atores privados, cujos mandatos são outorgados pelas partes e não pelo Estado, o que faz parecer que eles não têm as mesmas obrigações que os juízes possuem de aplicar a lei <sup>128</sup>.

Em segundo lugar, como já visto nesse trabalho, o pilar principal da arbitragem é autonomia privada, o que resultava na ideia de que o tribunal arbitral não deveria ir além da vontade das partes <sup>129</sup>, cuja preocupação principal consistia em garantir o seu direito contratual <sup>130</sup>. Uma das traduções dessa autonomia é justamente a liberdade dada a elas para escolha das regras de direito aplicáveis ao procedimento.

Esse ponto constituía óbice à arbitrabilidade dos conflitos de direito antitruste. A uma, porque poderia ser que as partes convencionassem a não aplicação das regras afetas ao direito da concorrência. A duas, porque, ao escolher determinada regra de direito internacional, esta poderia ir contra a lei antitruste local.

A dificuldade em se estabelecer a amplitude da competência do tribunal arbitral também resultava de um aparente conflito existente entre o mandato de decisão e julgamento sobre o litígio, outorgado ao árbitro, e os termos do mandato, dado pelas partes que fizeram a sua indicação. Como dito, entendia-se, com frequência, que o árbitro deveria ser fiel, primeiramente, às partes <sup>131</sup>.

Em terceiro lugar, a questão da competência do árbitro para a aplicação das normas de direito antitruste também pode aparentar ter como empecilho o Princípio da *Kompetenz - Kompetenz* (Competência – Competência), disciplinado no art. 8º da Lei nº 9.307/96.

Carlos Alberta Carmona o conceitua da seguinte forma:

<sup>128</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 14. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>129</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>130</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 14. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>131</sup> JÚNIOR, Danilo Brum de Magalhães. Arbitragem e Direito Concorrencial: A Arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos. Porto Alegre. 2018. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7344/Danilo%20Brum%20de%20Magalhães%20Júnior\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7344/Danilo%20Brum%20de%20Magalhães%20Júnior_.pdf?sequence=1&isAllowed=y)



Competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via da cláusula compromissória, quanto por meio do compromisso arbitral <sup>132</sup>.

Joaquim Muniz estabelece que esse princípio possui um duplo efeito. O primeiro deles dá ao árbitro a possibilidade de decidir sobre sua própria jurisdição. Por sua vez, o segundo efeito consistiria na possibilidade de afastar a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário, ao menos no decorrer do curso da arbitragem.

Assim, com base nele, pode-se pensar que o tribunal arbitral teria margem para considerar não ser de sua competência a aplicação das normas de direito concorrencial.

Para além disso, no tocante à liberdade conferida às partes para escolha da regra de direito a ser utilizada, uma preocupação possível diria respeito à possibilidade de que estas convencionassem o emprego de uma norma de direito estrangeira que pudesse ir de encontro à lei antitruste brasileira.

Ocorre que, ainda que sejam considerados todos esses fatores, hoje entende-se que, além de um poder, há um dever do árbitro de aplicação das normas de direito antitruste. Isso se estende, inclusive, às situações em que a utilização do direito da concorrência, na via arbitral, ocorrer após a pactuação do acordo entre as partes <sup>133</sup>.

Tal constitui prova de que o emprego da matéria nesse mecanismo de resolução de litígios não está condicionado à aceitação das partes ou à intenção destas de que ela seja utilizada, pois, aqui, a autonomia da vontade está mitigada.

É em razão disso que a OCDE sugere existir um dever destas e do tribunal arbitral em concordar que as questões concorrenciais fazem parte da arbitragem. Ademais, não pode tal matéria ser levantada somente nos estágios finais do procedimento <sup>134</sup>. Não só deve existir essa

---

<sup>132</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/cfi/0!4/4@0.00:0.00>

<sup>133</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>134</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

concordância, como também, no caso do desprezo da aplicação da norma pelas partes, há também o dever do árbitro de recusa da sua não aplicação<sup>135</sup>.

A explicação existente por trás do poder-dever do tribunal arbitral em empregar as normas de direito concorrencial consiste no fato de que, conquanto o direito arbitral priorize, em grau máximo, a autonomia da vontade, a liberdade das partes não é absoluta<sup>136</sup>. Conforme exposto no Capítulo 1 desse estudo, ela encontra limites na ordem pública e nos bons costumes.

Relativamente à noção de ordem pública, Alexandre Cordeiro expõe que esta constitui um conceito jurídico indeterminado, o que faz com que tenha abrangência sob diversos setores do ordenamento jurídico. Esse caráter indeterminado faz com que não seja possível definição única do termo<sup>137</sup>.

Joaquim Muniz, ao citar Clóvis Bevilácqua, define a ordem pública como o conjunto de princípios que a sociedade considera indispensável<sup>138</sup>. Além disso, segundo Irineu Strenger, conforme citado por esse mesmo autor, essa definição diz respeito às normas e princípios que representam reflexos dos reais valores de uma sociedade, em certo momento, devendo, em razão disso, serem especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico<sup>139</sup>.

Ao citar Lauro Gama, leciona também que existem duas facetas desse conceito. A primeira tem caráter positivo e tem como objetivo a asserção das normas, princípios e valores essenciais. Por sua vez, a segunda representa impedimento da eficácia da lei estrangeira, do reconhecimento de ato judicial, administrativo ou, ainda, arbitral resultante de outra jurisdição e o emprego de normas que não sejam locais que choquem com as normas de ordem pública<sup>140</sup>.

Para Francisco Amaral, a ordem pública pode ser conceituada da seguinte maneira:

<sup>135</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>136</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 43. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/cfi/0!4/4@0.00:0.00>

<sup>137</sup> CORDEIRO, Alexandre. Arbitragem na Concorrência. Publicado em 26/05/2017. Atualizado em 01/06/2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017)

<sup>138</sup> BEVILACQUA, Clovis apud MUNIZ, Joaquim de Paiva. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951, p. 15.

<sup>139</sup> STRENGER, Irineu apud MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem Comercial Internacional. São Paulo: Ltr, 1996, p. 215.

<sup>140</sup> GAMA JR, Lauro apud MUNIZ, Joaquim de Paiva. A metamorfose (do bem): teoria e prática da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, vol. XVIII, p. 172.

Conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, intervindo na economia, criando mecanismos de proteção ao consumidor e regulamentando determinadas espécies contratuais <sup>141</sup>.

De acordo com o estudo de Alexandre Cordeiro, as normas de ordem pública são compostas pelos “ditames essenciais da sociedade”, são definidas assim pelo seu conteúdo e não por sua natureza e estão em “patamar superior” em relação às demais <sup>142</sup>.

Nesse sentido, conforme as definições doutrinárias supramencionadas, conclui-se que o direito concorrencial, ao menos no Brasil, é constituído por regras com caráter de ordem pública.

Ademais, pode-se considerar que, em razão da importância que essas normas têm para o ordenamento jurídico e para a sociedade, o direito da concorrência possui, em geral, caráter imperativo. Por isso, há um dever dos árbitros em aplicá-las.

Isso pode ser evidenciado também, sob enfoque diverso, alheio ao direito concorrencial e ao direito arbitral, pela possibilidade de conhecimento de matéria de ordem pública de ofício pelo juiz possibilitada pelo Direito Processual Civil.

Nesse sentido, há que se realizar a distinção entre ordem pública e norma imperativa. Joaquim Muniz entende que os dois termos não constituem sinônimos, de modo que pode ser possível às partes escolher a lei aplicável ao procedimento arbitral que vá de encontro a uma norma imperativa, desde que não ofenda a ordem pública <sup>143</sup>.

No tocante à hipótese de escolha de uma norma internacional que vá de encontro a lei antitruste local, a própria Lei Modelo da UNCITRAL reconhece a aversão à ordem pública como motivo de anulação da decisão arbitral. Além disso, essa mesma lei e a Convenção de Nova Iorque a admitem como causa de denegação de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira <sup>144</sup>.

<sup>141</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 9ª edição, revisada, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221720/cfi/136!/4/4@0.00:56.3>

<sup>142</sup> CORDEIRO, Alexandre. Arbitragem na Concorrência. Publicado em 26/05/2017. Atualizado em 01/06/2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017)

<sup>143</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 67.

<sup>144</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 65.

À vista disso, por terem claro caráter de ordem pública, não há dúvidas quanto a existência de competência dos árbitros para aplicação do direito da concorrência. Repita-se, estes não só podem, como devem aplicar tais regras, não podendo as partes acordarem pela sua rejeição.

Apenas nesse escopo, portanto, torna-se irrelevante a vontade das partes, no sentido de que elas não podem afastar a aplicação das normas de direito concorrencial. Tampouco tem relevância a *lex causae*<sup>145</sup>, ainda que ela tenha sido escolhida por elas. As normas de direito concorrencial não devem ser aplicadas simplesmente por serem partes da *lex causae*, mas por constituírem, como já enfatizado, normas de ordem pública.

Nesse sentido, a lei antitruste aplicável será aquela do local cujo contrato envolvido na disputa tenha repercussão, não interessando se as partes escolheram para governar o mérito do litígio uma lei de outro país<sup>146</sup>.

De modo semelhante, o poder-dever dos árbitros de aplicar a lei da concorrência também, em regra, não vai decorrer da lei da sede da arbitragem, uma vez que não será aplicada a lei da concorrência local se a relação submetida à arbitragem não tiver impactos no mercado da país<sup>147</sup>.

## **2.3. O prisma dos terceiros atingidos pelos ACCs**

### **2.3.1. A concordância dos terceiros**

Após o exame acerca da possibilidade de aplicação da arbitragem nos ACCs sob o enfoque do órgão antitruste e do árbitro, resta analisar sob o ponto de vista dos terceiros a serem atingidos pelo acordo.

O problema que se endereça aqui diz respeito a saber se o CADE pode determinar o emprego da arbitragem como remédio nos ACCs, tendo em vista que esses acordos têm como objeto a realização ou abstenção de determinadas ações pelas requerentes da operação que impactarão terceiros indeterminados. A discussão relaciona-se, portanto, à caracterização feita por Brozolo relativa ao caráter aberto desse tipo de arbitragem e a sua eficácia *erga omnes*, vista no Capítulo 1.

<sup>145</sup> A *lex causae* constitui a lei escolhida pelas partes para governar o mérito da disputa. OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 12. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>146</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 45. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>147</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 45. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

Ou seja, considerando que a opção pela utilização da via arbitral deve ser convencionada entre as partes, o que constitui característica principal desse método de resolução de conflitos, é necessário saber se a autoridade antitruste poderá determinar o emprego desse meio, tendo em vista que ele envolverá um terceiro que não participou da elaboração da cláusula compromissória e, portanto, não concordou expressamente com a utilização do método.

Segundo o que sugere a OCDE, uma distinção deve ser traçada entre o acordo pactuado para aprovação de um ato de concentração econômica, em si, o qual constitui uma ferramenta voluntária, e a imposição de remédios. A necessidade de consentimento para instauração da arbitragem pode explicar porque, segundo o relatório da Organização, existe certo número de atos de concentração com acordos dotados de cláusulas arbitrais, sendo isso mais raro na situação em que há uma imposição de remédios <sup>148</sup>. Nesse sentido, veja-se:

For example, in order to enforce structural remedies the parties are given a time period in which to sell the divested business. If the divestiture is not carried out within the allocated time period then a divestiture trustee takes over, with the power to sell the divested business without any minimum price. The addition of arbitration to this process would not be practical. However, where arbitration can and has been used is in access commitments <sup>149</sup>.

A questão da aplicabilidade do compromisso a terceiros faz-se muito presente nos acordos de acesso. Esses casos contam com uma vantagem importante proporcionada pelo uso da arbitragem. Conforme mencionado no Capítulo 1, tais acordos vão, em geral, estabelecer um parâmetro de acesso “justo e razoável” que terá que ser medido em cada caso específico, o que causa problemas em termos de monitoramento. Isso ocorre, justamente, em virtude da aplicação do ACC a terceiros indeterminados. Portanto, aqui, a arbitragem seria usada para o estabelecimento do “justo e razoável” de cada uma dessas situações <sup>150</sup>.

Assim, no tocante ao problema enfrentado nesse tópico, passo a contextualizar algumas situações passíveis de ocorrência.

A primeira delas diz respeito à existência, no ACC, de uma cláusula arbitral com previsão específica relativa à concordância do terceiro envolvido no litígio quanto à iniciação

<sup>148</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>149</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

<sup>150</sup> OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

do procedimento arbitral. Nesse caso, não há preocupações. O problema aqui enfrentado não se aplica a essa hipótese. No entanto, como será visto no Capítulo 3, nem todas as cláusulas arbitrais utilizadas pelo CADE contém tal previsão.

O segundo quadro, correspondente à ausência de disposição na cláusula arbitral acerca da concordância do terceiro, se subdivide em duas situações. O compromisso pode conter previsão (i) de que o procedimento seja instaurado por esse terceiro ou (ii) de que o procedimento seja instaurado pela empresa resultante da operação, como ocorreu em alguns casos julgados pelo CADE.

No caso em que a arbitragem é instaurada por um terceiro atingido pelo ACC, o problema da aquiescência quanto à instituição do procedimento desaparece. Isso porque a instauração da arbitragem indica o seu consentimento em relação à cláusula compromissória e quanto à realização da opção pelo procedimento arbitral. Caso contrário, teria ele recorrido ao Judiciário para solucionar o litígio.

No direito brasileiro, as cláusulas compromissórias com eficácia *erga omnes* já são admitidas pela jurisprudência em áreas alheias ao direito concorrencial. Em 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.733.370/GO, decidiu em favor da validade da cláusula arbitral em relação a terceiros que não fizeram parte de sua instituição.

No julgamento do caso, que dizia respeito a uma cláusula arbitral prevista em convenção condominial e seus efeitos em relação aos novos condôminos, o Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva argumentou que não existem dúvidas quanto à possibilidade de aplicação da cláusula arbitral a esses terceiros, desde que presente a anuência destes <sup>151</sup>.

Apesar de não conter previsão expressa, aplicável a todos os tipos de contrato, na Lei de Arbitragem, a esse respeito, o § 2º do art. 4º desse diploma prevê que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória somente terá eficácia caso o aderente instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição <sup>152</sup>.

Portanto, nesses tipos de contrato, a lei estabelece, como alternativa ao consentimento expresso, a instituição do procedimento arbitral, o qual se assemelharia a um consentimento tácito. Esse dispositivo pode ser aplicado, por analogia, aos acordos em controle de

<sup>151</sup> STJ. Recurso Especial nº 1.733.370/GO. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723821&num\\_registro=201800025298&data=20180831&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723821&num_registro=201800025298&data=20180831&formato=PDF)

<sup>152</sup> BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem. Artigo 4º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

concentrações, tal qual foi realizado em relação à convenção condominial no julgamento, pelo STJ, do recurso mencionado.

Por fim, a última situação a ser analisada diz respeito à ausência de previsão na cláusula arbitral quanto à necessidade de aquiescência do terceiro, somado à hipótese de instauração da arbitragem pela empresa resultante da operação. Nesse caso, o terceiro também não seria obrigado a se submeter a essa via de resolução de litígios.

À semelhança do que ocorre na União Europeia, conforme explica Brozolo, o ACC que contém cláusula arbitral como remédio não tira dos terceiros atingidos pelo acordo o direito de recorrer ao Judiciário para solucionar a controvérsia <sup>153</sup>, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

A continuidade da presença do terceiro no procedimento e a ausência de renúncia, da mesma forma que ocorre quando a instituição da arbitragem é feita por ele, demonstra um consentimento pela opção de utilização dessa via de resolução da disputa. Caso contrário, teria havido desistência e recurso ao Judiciário.

Conforme será visto no próximo capítulo, as cláusulas arbitrais empregadas pelo CADE previam que cada uma das partes indicasse um árbitro. Nesse escopo, o ato da indicação para composição do tribunal arbitral também indica o consentimento da parte com a utilização do instituto.

---

<sup>153</sup> BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle. In: BLANKE, Gordon. European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues, Volume 19, Issue 1, Kluwer Law International, 2008, p. 14. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2008003>

## CAPÍTULO 3. A experiência dos órgãos antitruste quanto ao uso da arbitragem como remédio em ACCs

### 3.1.A experiência europeia com o uso da arbitragem em ACCs

A Europa possui experiência relativamente antiga com a aplicação de cláusulas arbitrais como remédios em acordos em controle de concentrações, quando comparado com o Brasil.

O estado inicial de medo e receio quanto à arbitrabilidade das questões antitruste mudou tão drasticamente que, hoje, é possível falar em uma atitude da Comissão Europeia no sentido de abraçar a arbitragem como um método alternativo de resolução de litígios complementar e auxiliar ao *enforcement* do direito da concorrência. Nesse sentido, na Europa, já foram proferidas uma série de decisões em atos de concentrações, que submeteram a aprovação das operações a certas condições e obrigações, sendo o recurso à arbitragem uma delas. Nesse cenário, a via arbitral foi e é usada como um remédio procedimental para garantia de que as partes cumprirão com, em grande parte das vezes, os acordos comportamentais<sup>154</sup>.

Não só do lado do direito antitruste ocorreram essas mudanças. Os próprios árbitros passaram a ter uma facilidade maior com as regras concorrenciais. E mais, surgiu, inclusive, uma visão positiva em relação ao uso da arbitragem nas decisões da Comissão<sup>155</sup>, até que o recurso foi primeiramente empregado no caso *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol*, datado do ano de 1992<sup>156</sup>.

O paradigma envolveu a aquisição da *Minol Mineralolhandel AG* (“Minol”) pela *Elf Mineralol GmbH* (“EMO”), subsidiária da *Société Nationale Elf Aquitaine* (“SNEA”). Como resultado da operação, a Elf investiria 4,5 bilhões na construção de uma nova refinaria e adquiriria a infraestrutura de distribuição de produtos petrolíferos da Minol na Alemanha Oriental. As atividades afetadas pela operação seriam as de refino e distribuição de produtos petrolíferos<sup>157</sup>.

A infraestrutura em questão consistia em rede de distribuição pertencente à Minol, a qual incluía cinquenta depósitos de tamanhos variados. Em razão da dependência dos concorrentes da Elf na Alemanha Oriental quanto a esses depósitos, foi firmado acordo que

<sup>154</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/2009, p. 5. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

<sup>155</sup> KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/2009, p. 6. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

<sup>156</sup> OECD. Policy Roundtables. Remedies in Merger Cases. Issues Paper by the Secretariat. DAF/COMP(2011)13, p. 26. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>

<sup>157</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Case n° IV/M.235 – Elf Aquitaine – Thyssen/Minol. 1992. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m235\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m235_en.pdf)



possibilitaria o uso dessas instalações por eles, sob condições comerciais aceitáveis. O procedimento arbitral, que teria o árbitro escolhido de comum acordo entre as partes, seria instaurado no caso da ocorrência de litígios relacionados à aplicação do acordo <sup>158</sup>.

O julgado refletiu o § 66 do Aviso da Comissão Europeia sobre os remédios aplicáveis a atos de concentração de acordo com Regulamento do Conselho Europeu n° 139/2004 (*Council Regulation (EC) n° 139/2004 - The EC Merger Regulation*) <sup>159</sup>, que disciplina o controle de concentrações entre empresas, e com o Regulamento do Conselho Europeu n° 802/2004 (*Council Regulation (EC) n° 802/2004*) <sup>160</sup>, responsável por implementar esse último <sup>161</sup>.

O mencionado dispositivo estabelece que acordos de acesso são, em geral, complexos por natureza e, necessariamente, incluem dispositivos para determinação dos termos e condições sob os quais o acesso é garantido. Para efetivação destes, é necessário implantar mecanismos para seu monitoramento <sup>162</sup>. O precedente considerou que o acesso a arbitragem, até mesmo por constituir mecanismo que opera de maneira rápida, seria medida que possibilitaria a imposição do acordo por terceiros <sup>163</sup>.

No contexto europeu, o controle de concentrações é regulado pelo *EC Merger Regulation*. Esse regulamento se baseia na necessidade de manutenção e fortalecimento da concorrência nos mercados internos <sup>164</sup>.

Nesse aspecto, a Comissão Europeia possui participação importante no procedimento de controle de concentrações de dimensão comunitária, atuando no sentido de evitar potenciais

<sup>158</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Case n° IV/M.235 – Elf Aquitaine – Thyssen/Minol. 1992. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m235\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m235_en.pdf)

<sup>159</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EC) n° 139/2004 – The EC Merger Regulation. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139>

<sup>160</sup> COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Regulation (EC) n° 802/2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0802>

<sup>161</sup> OECD. Policy Roundtables. Remedies in Merger Cases. Issues Paper by the Secretariat. DAF/COMP(2011)13, p. 26. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>

<sup>162</sup> EUROPEAN COMMISSION. Information from European Union Institutions and Bodies. Commission Notice on Remedies acceptable under Council Regulation (EC) n° 139/2004 and under Commission Regulation (EC) n° 802/2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>

<sup>163</sup> EUROPEAN COMMISSION. Information from European Union Institutions and Bodies. Commission Notice on Remedies acceptable under Council Regulation (EC) n° 139/2004 and under Commission Regulation (EC) n° 802/2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>

<sup>164</sup> GRAVA, Ioanna. Arbitration in the context of EU Merger Control and its interface with Brussels I Regulation: A New Era for arbitration in the EU Arena? *Global Antitrust Review*, p. 72. Disponível em: [http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou\\_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf](http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf)

obstáculos à concorrência resultantes das operações, os quais prejudicariam significativamente o equilíbrio do mercado interno <sup>165</sup>.

Para atingir esse objetivo, como tipo de mecanismo ideal para o monitoramento dos remédios e garantia de cumprimento dos acordos assumidos pelas partes, a Comissão Europeia abraçou a arbitragem para resolução de controvérsias <sup>166</sup>.

### **3.2. A experiência norte-americana relativa ao uso da arbitragem como remédio em ACC**

Assim como na Europa, a aplicação de arbitragens como remédio em acordos em controle de concentrações teve a sua primeira utilização, nos Estados Unidos, há algum tempo.

Como visto, no cenário norte-americano, não há uma distinção tão clara entre *enforcement* público e o *enforcement* privado. Pode-se dizer que há uma cultura maior quanto à aplicação privada do direito da concorrência em comparação com o Brasil. Isso se dá nos tribunais americanos em uma intensidade que não é comum no cenário brasileiro.

Além da aplicação do direito da concorrência ocorrer, nos Estados Unidos, em muitos casos, pelas cortes, lá a persecução do direito antitruste também é feita por duas agências, a *Federal Trade Commission* (FTC) e o *Department of Justice* (DOJ), as quais estão autorizadas a usar a arbitragem e a mediação em algumas circunstâncias <sup>167</sup>.

O DOJ já implementou previsões relativas à aplicação da arbitragem em alguns casos de fusões. Isso envolve, tipicamente, desinvestimentos em relação a um comprador em específico ou questões relativas a acordos de fornecimento. Portanto, esses tipos de cláusulas arbitrais geralmente prevêm que, quando o comprador e o vendedor não conseguem acordar em relação a questões relativas ao preço de mercado, a lide poderá ser solucionada pela arbitragem <sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> GRAVA, Ioanna. Arbitration in the context of EU Merger Control and its interface with Brussels I Regulation: A New Era for arbitration in the EU Arena? *Global Antitrust Review*, p. 72. Disponível em: [http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou\\_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf](http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf)

<sup>166</sup> GRAVA, Ioanna. Arbitration in the context of EU Merger Control and its interface with Brussels I Regulation: A New Era for arbitration in the EU Arena? *Global Antitrust Review*, p. 72. Disponível em: [http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou\\_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf](http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf)

<sup>167</sup> OECD. Arbitration and Competition. Working Party n° 3 on Cooperation and Enforcement. Hearing on arbitration and competition. United States. DAF/COMP/WP3/WD(2010)74, p. 6. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1010arbitrationcompetition.pdf>

<sup>168</sup> OECD. Arbitration and Competition. Working Party n° 3 on Cooperation and Enforcement. Hearing on arbitration and competition. United States. DAF/COMP/WP3/WD(2010)74, p. 6. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1010arbitrationcompetition.pdf>

Apesar do FTC não ter incluído muitas previsões relativas à aplicação da arbitragem no controle de estruturas, como o DOJ, em algumas situações, a agência determinou que a resolução de certos conflitos fosse submetida à arbitragem. Um dos motivos que justificam esse fator é que a FTC prefere deixar as partes decidirem como pretendem resolver os seus litígios. Assim, a determinação da resolução de conflitos por meio da arbitragem foi realizada, em geral, mediante requisição dos terceiros envolvidos na lide. Em todos os casos, a instauração do procedimento dependeria da concordância dos terceiros envolvidos <sup>169</sup>.

Apesar de os Estados Unidos já terem vivenciado a aplicação da arbitragem nos acordos em controle de concentrações, o mecanismo permaneceu em desuso por algum tempo. Somente em setembro de 2019, no julgamento do caso *United States v. Novelis, Inc. and Aleris Corporation* <sup>170</sup>, a cláusula arbitral foi novamente empregada em acordos em controle de concentrações, mecanismo que permanecia sendo adotado na Europa.

O caso envolveu a aquisição da *Aleris Corporation* pela *Novelis Inc.* O problema antitruste envolvido na operação dizia respeito à diminuição substancial da competição no mercado de produção e venda de chapas de alumínio para automóveis no norte dos Estados Unidos, o que causaria uma violação ao *Clayton Act* <sup>171</sup>. Isso ocorreria porque a operação resultaria na combinação de duas das quatro produtoras do produto norte-americanas <sup>172</sup>.

Nesse cenário, o caminho que seria tipicamente seguido pelo Departamento de Justiça americano seria recorrer ao Tribunal Federal que, por sua vez, bloquearia a operação. Contudo, nesse caso, o órgão adotou posição distinta e determinou à aplicação da arbitragem para resolução da questão da definição do mercado relevante na dimensão do produto <sup>173</sup>.

A base legal utilizada para aplicação da arbitragem foi o *Administrative Dispute Resolution Act* que autoriza as agências federais a usar a arbitragem quando as partes

<sup>169</sup> OECD. Arbitration and Competition. Working Party n° 3 on Cooperation and Enforcement. Hearing on arbitration and competition. United States. DAF/COMP/WP3/WD(2010)74, p. 6. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1010arbitrationcompetition.pdf>

<sup>170</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF OHIO. Plaintiff United States' Explanation of Plan to Refer this Matter to Arbitration. *United States v. Novelis, Inc. and Aleris Corporation*. No.: 1:19-cv-02033-CAB. Decided: September 9, 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1200821/download>

<sup>171</sup> UNITED STATES. FEDERAL TRADE COMMISSION. Clayton Antitrust Act of 1914. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section12&edition=prelim>

<sup>172</sup> ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>

<sup>173</sup> ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>

consentirem e houver um balanço positivo no interesse público que favoreça o seu uso. Ainda, de acordo com os regulamentos da Divisão Antitruste americana, o Departamento de Justiça fará o uso do procedimento arbitral nos casos em que o tempo permitir, em que houver probabilidade razoável de que os meios alternativos de resolução de disputas diminuam o tempo necessário para resolver o litígio e em que forem agregados resultados benéficos aos Estados Unidos <sup>174</sup>.

Assim, o compromisso arbitral estabeleceu que, caso o tribunal arbitral determine que o mercado relevante na dimensão produto é mais amplo do que o mercado de produção e vendas de chapas de alumínio para automóveis, então, a operação será aprovada. Por outro lado, se o árbitro estabelecer que o mercado relevante é o alumínio, as partes requerentes deverão alienar parte dos ativos responsável por preocupações competitivas a um comprador, condicionado à aceitação do Departamento de Justiça. A decisão poderá ser submetida à revisão judicial <sup>175</sup>.

### **3.3. A experiência brasileira relativa ao uso da arbitragem como remédio em ACCs**

Diversamente da Europa e dos Estados Unidos, o Brasil é dotado de prática ainda incipiente quanto ao uso das cláusulas arbitrais como remédios no âmbito do controle de estruturas. Isso se deve ao que Luciano Timm diz ser um estranhamento mútuo entre os profissionais das duas áreas. Essa timidez, em geral, decorre de um desconhecimento do direito antitruste pelos arbitralistas e vice-versa <sup>176</sup>.

Todas as vantagens do mecanismo levaram o *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), autoridade de defesa da concorrência australiana, a também empregá-lo inúmeras vezes como parte de seus procedimentos. Inclusive, em decorrência desse uso, o órgão ganhou um prêmio da alta administração australiana <sup>177</sup>.

Até hoje, foram apreciados pela autoridade brasileira apenas quatro atos de concentração com aplicação de cláusulas arbitrais. São eles: caso ICL Brasil – Fosbrasil (Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47), caso ALL – Rumo (Acordo em Controle de

<sup>174</sup> ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. Kluwer Arbitration Blog, 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>

<sup>175</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF OHIO. Plaintiff United States' Explanation of Plan to Refer this Matter to Arbitration. United States v. Novelis, Inc. and Aleris Corporation. No.: 1:19-cv-02033-CAB. Decided: September 9, 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/casedocument/file/1200806/download>

<sup>176</sup> TIMM, Luciano. Seminário CADE Arbitragem e concorrência. Realização em 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

<sup>177</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. BRASIL. CADE. Seminário Arbitragem e Concorrência. Realizado em: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

Concentração nº 08700.000871/2015-32), caso BM&F Bovespa – Cetip (Ato de Contração nº 08700.004860/2016-11) e caso AT&T – Time Warner (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14), como se passa a apresentar a seguir.

### 3.3.1. Análise comparativa dos precedentes do CADE relativa à aplicação da arbitragem como remédio em ACCs

Quando comparados os casos nacionais de utilização da arbitragem como remédio em ACCs, torna-se evidente a existência de diversos pontos de contato entre eles, o que sugere um padrão seguido pelo CADE quanto a alguns aspectos.

A partir do exame de dez critérios de análise, o quadro abaixo encarrega-se de sistematizar as especificidades de cada precedente. Os dois primeiros critérios expõem, respectivamente, a nomenclatura e a relatoria de cada caso. O terceiro critério expõe a data de julgamento dos atos de concentração e o quarto critério mostra os conselheiros que integraram a sessão. No quinto critério de análise, está demonstrado o voto condutor de cada precedente. O sexto critério nomeia as partes compromissárias e o sétimo critério mostra o contexto das operações. O oitavo critério de análise comporta os problemas concorrenciais a serem combatidos pelo remédio. No nono critério, por sua vez, foram enumerados os tipos de sobreposições alcançadas pela concretização das operações. Por fim, o décimo critério expõe que tipo de remédio consistiu a cláusula arbitral empregada no acordo.

Quadro 1 – Comparação dos casos em que a arbitragem foi aplicada em ACCs pelo CADE

<b>Caso</b>	<b>Caso Fosbrasil - ICL Brasil (2014)</b>	<b>Caso ALL – Rumo (2014)</b>	<b>Caso BM&amp;FBovespa – Cetip (2016)</b>	<b>Time Warner – AT&amp;T (2017)</b>
<b>Relatoria</b>	Conselheira Relatora Ana de Oliveira Frazão.	Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.	Conselheira Relatora Cristiane Alckmin Junqueira Schmidt.	Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.
<b>Data do julgamento</b>	Dezembro de 2014	Fevereiro de 2015	Março de 2017	Outubro de 2017
<b>Composição da sessão de julgamento</b>	Ana de Oliveira Frazão, Márcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.	Ana de Oliveira Frazão, Márcio de Oliveira Júnior e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.	João Paulo de Resende, Paulo Burnier da Silveira e Cristiane Alekmin Junqueira Schmidt.	Paulo Burnier da Silveira, Alexandre Cordeiro, Gilvandro Vasconcelos

				Coelho de Araújo e Maurício Oscar Bandeira Maia.
<b>Voto condutor do julgamento</b>	O plenário aprovou, por unanimidade, a operação condicionando-a ao cumprimento do ACC, nos termos do voto da relatora.	O plenário aprovou, por unanimidade, a operação condicionando-a ao cumprimento do ACC, nos termos do voto do relator.	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e a aprovou, por maioria, condicionando-a ao cumprimento do ACC, nos termos do voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Foi vencida a Conselheira relatora.	O plenário aprovou, por unanimidade, a operação condicionando-a ao cumprimento do ACC, nos termos do voto do relator.
<b>Partes compromissárias do ACC</b>	Bromisa Industrial e Comercial Ltda. ("Bromisa"), ICL Brasil Ltda. ("ICL Brasil"), Vale Fertilizantes S.A. ("Vale") e Fosbrasil S.A. ("Fosbrasil").	Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. ("Rumo") e ALL – América Latina Logística S.A. ("Grupo ALL").	BMF&Bovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros ("BM&F") e CETIP S.A. – Mercados Organizados ("CETIP").	AT&T Inc. ("AT&T") e Time Warner Inc. ("TW").
<b>Contexto da operação</b>	A Fosbrasil era a principal empresa produtora de ácido fosfórico alimentício (PPA), matéria-prima utilizada para a produção de sais de fosfato. Por sua vez, estes tinham como principal produtora, no Brasil, a ICL Brasil.	A Rumo atuava no setor de distribuição de gás natural canalizado, açúcar, etanol, lubrificantes e outros combustíveis. A ALL, por sua vez, prestava serviços de transporte de cargas, por meio dos modais ferroviário e rodoviário. Ela possuía concessões ferroviárias em seis estados, sendo responsável pelo	Além de outros ramos, a BM&F atuava no mercado de bolsa e de balcão. A Cetip também prestava diversos serviços, entre eles o de balcão. Ambos os segmentos dependiam do serviço de central depositária que consistia em infraestrutura com característica de <i>essential facility</i> de posse da BM&F. Portanto, esta era monopolista no mercado de central	A AT&T atuava, através da Sky, nos mercados de TV por assinatura via satélite e banda larga fixa. A TW prestava serviços de licenciamento de canais de operadoras de TV por assinatura e de conteúdo de programação. Os serviços da AT&T dependiam dos serviços prestados pela TW.

		serviço prestado aos quatro principais portos brasileiros.	depositária e no mercado de bolsa. Em contrapartida, no mercado de balcão, havia um duopólio entre as duas empresas.	
<b>Problema concorrencial identificado na operação</b>	<p>O problema concorrencial identificado pelo CADE correspondeu à possibilidade de fechamento do mercado <i>downstream</i> de ácido fosfórico (PPA) de grau alimentício, por parte da Fosbrasil, aos concorrentes da ICL.</p> <p>A concretização da operação poderia acarretar a elevação das barreiras à entrada e a cobrança de preços discriminatórios aos concorrentes da ICL e a eventuais entrantes.</p>	<p>O problema concorrencial levantado na operação diz respeito à possibilidade de que a empresa resultante tivesse atuação no sentido de discriminar os concorrentes da Rumo Logística, dependentes do serviço de transporte ferroviário prestado pela ALL.</p>	<p>O problema concorrencial foi identificado no segmento de central depositária, o qual consistia em infraestrutura de posse da BM&amp;F com característica de <i>essential facility</i>. Nesse escopo, qualquer potencial entrante no mercado de balcão ou de bolsa, necessariamente, teria que contratar a infraestrutura que somente a empresa resultante, com papel monopolístico nesse mercado, possuiria. Disso resulta a preocupação em relação a realização de prática exclusionária e discriminatória de novos entrantes por parte da companhia resultante.</p>	<p>O CADE preocupou-se com a possibilidade de que a relação vertical entre as duas empresas, ambas dotadas de elevado poder de mercado nos segmentos em que atuavam, pudesse resultar em alinhamento de interesses, através do intercâmbio de informações sensíveis, bem como de vantagens de negociação.</p> <p>Isso poderia resultar em discriminação de outros agentes, concorrentes da Time Warner. Para além disso, possível direcionamento de conteúdos entre as duas empresas poderia ter como resultado o fechamento do</p>

				mercado de programação de TV por assinatura.
<b>Tipo de relação alcançada pela operação, relacionada ao problema concorrencial.</b>	A operação resultou em uma sobreposição vertical entre as duas requerentes.	A operação resultou em uma sobreposição vertical entre as duas requerentes.	A operação resultou em uma sobreposição horizontal entre as duas requerentes.	A operação resultou em uma sobreposição vertical entre as duas requerentes.

Fonte: a autora (2019).

O critério da relatoria teve o intuito de testar se houve a influência de algum relator em específico na aplicação do mecanismo pelo CADE. Em especial, tal parâmetro de análise objetivou o exame da interferência do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, enquanto entusiasta da aplicação da arbitragem aos litígios de matéria de direito concorrencial, no uso de cláusulas arbitrais em ACCs pela autoridade de defesa da concorrência brasileira.

Tal apoio ao emprego da via arbitral é muito evidenciado em seus votos, nos casos de sua participação, que vão além de um percurso pelo tema de uma forma mais branda para um enfrentamento mais detalhado da questão relativa às interfaces entre arbitragem e concorrência, bem como da utilização da arbitragem como remédio no âmbito do controle de estruturas.

No tocante a esse critério, o quadro expõe, contudo, que não houve um padrão de relatoria seguido. Para além disso, nenhum dos precedentes foi relatado pelo conselheiro mencionado. Inclusive, os dois primeiros julgamentos são datados de dezembro de 2014 e de fevereiro de 2015, quando ele ainda não compunha o órgão.

Logo, existiram variações na relatoria dos casos, tendo sido um deles relatado pela Conselheira Ana de Oliveira Frazão, o outro pela Conselheira Cristiane Alckmin Junqueira Schmidt e os demais pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos de Coelho Araújo. Isso demonstra que há uma interferência maior dentro do órgão antitruste em relação à aplicação da via arbitral aos ACCs, a qual não ocorreu exclusivamente da parte do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.

Isto posto, tiveram participação, ainda que somente por meio do voto em favor da aplicação do mecanismo e enquanto integrantes das sessões, os Conselheiros Gilvandro Vasconcelos de Coelho Araújo, Ana de Oliveira Frazão, João Paulo de Resende, Márcio de Oliveira Júnior, Cristiane Alckmin Junqueira Schmidt, Paulo Burnier da Silveira, Maurício Oscar Bandeira Maia e Alexandre Cordeiro.



Dentro desse quadro das influências diversas em benefício do uso das cláusulas arbitrais no controle de estruturas, é necessário destacar a atuação do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos de Coelho Araújo, que relatou dois dos quatro casos os quais foram aprovados nos termos de seu voto, por unanimidade, e, ainda, integrou mais uma sessão de julgamento em que votou pela aprovação da operação condicionada ao cumprimento do ACC que previa o mecanismo da arbitragem.

Evidencia-se também, como participação relevante, a da Conselheira Ana de Oliveira Frazão que foi responsável por relatar um dos casos, cuja operação foi aprovada nos termos de seu voto, bem como integrou o julgamento de outro precedente em que votou pela aprovação da operação condicionada ao cumprimento do ACC que previa o uso da via arbitral.

Portanto, as conclusões relacionadas às interferências em favor da aplicação do mecanismo da parte desses dois conselheiros podem ser constatadas pela análise dos critérios do voto condutor das decisões e da composição das sessões de julgamento.

No que tange à composição das sessões em que os precedentes foram julgados, nota-se que houve um padrão somente nos dois primeiros casos. Nos dois últimos, as composições do plenário foram distintas.

Além disso, ressalta-se que, apesar de não ter sido possível aferir a influência do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no emprego do mecanismo, a partir do critério da relatoria, foi possível concluir que este interferiu relevantemente quanto ao emprego do mecanismo no Brasil, a partir do exame do critério do voto condutor.

Isso porque, no julgamento do precedente BM&F Bovespa – Cetip, foi por ele proferido o voto-vogal condutor do julgamento. Inclusive, o caso se tornou o *leading case* da matéria no Brasil. Conforme será demonstrado pela análise das cláusulas arbitrais, o novo modo de uso do instituto inaugurado no caso BM&F Bovespa – Cetip, no que tange à evolução do emprego de uma arbitragem “imprópria” para uma arbitragem mais próxima de sua acepção tradicional, consistiu uma tendência que foi seguida pelo caso AT&T – Time Warner.

Quanto ao critério das partes requerentes da operação, este permite concluir que o CADE não segue um padrão em relação ao tipo de mercado relevante de atuação das compromissárias.

Entretanto, percebe-se que, quanto ao contexto fático dos atos de concentrações estudados nesse capítulo, a proposta de emprego de arbitragem, em todos os acordos mencionados, surgiu junto a uma preocupação concorrencial relacionada à possibilidade de discriminação de concorrentes e fechamento do mercado. Portanto, existe um modelo seguido

quanto a esse critério. É importante ressaltar que o emprego do mecanismo não se restringe a essa hipótese, como demonstrado no caso *United States v. Novelis, Inc. and Aleris Corporation*, apenas indicando um padrão que foi seguido pelo CADE em seus julgamentos.

Tal fato tornou necessária a imposição de cláusulas arbitrais na forma de remédios comportamentais pelo CADE, conforme demonstrado na última linha, o que guarda consonância com o que sugere a OCDE. Conforme mencionado no Capítulo 1, entre as possibilidades de emprego da arbitragem em ACCs expostas pela Organização, se encontra, justamente, o uso dessa via em acordos de acesso a infraestruturas monopolísticas, tal qual foi verificado no caso BM&F Bovespa – Cetip.

O próprio paradigma que marcou a aceitação do emprego da arbitragem como remédio no controle de estruturas, na Europa, o caso *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol*, exposto no Capítulo 2, tinha como intuito permitir o acesso de concorrentes à infraestrutura pertencente à Minol.

É também no cenário das *essential facilities* que a autoridade de defesa da concorrência australiana tem muito empregado o mecanismo arbitral, inclusive, em acordos cujas compromissárias são atuantes, à semelhança do caso brasileiro, no mercado de capitais <sup>178</sup>.

Por fim, como ponto de convergência entre os julgados do CADE, há que se considerar também que, nos casos Fosbrasil – ICL Brasil, ALL – Rumo e AT&T – Time Warner, as operações resultaram em sobreposições verticalizadas. Diversamente, o caso BM&F Bovespa – Cetip resultou em uma integração horizontal, conforme exposto na penúltima linha. Isso demonstra que não há um padrão na autarquia quanto ao emprego da arbitragem para casos que resultem em sobreposições específicas.

### **3.3.2. A evolução das cláusulas arbitrais empregadas pelo CADE em ACCs**

Entrando em um enfoque mais específico de análise das cláusulas arbitrais, o quadro abaixo objetiva analisar a evolução destas.

O primeiro critério de análise diz respeito à existência de previsões de mecanismos a serem acionados anteriormente à instauração do procedimento arbitral. O segundo critério especifica quem foi encarregado da iniciação da arbitragem e a terceiro critério expõe o que desencadearia, em cada caso, o procedimento. Nos critérios quarto e quinto, estão expostas informações relacionadas à composição e nomeação dos tribunais arbitrais, respectivamente. O

<sup>178</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD.jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD.jWNZZ)

restante do quadro adota critérios relativos à classificação das arbitragens empregadas, das cláusulas arbitrais e dos remédios representados por elas. Estão também presentes disposições a respeito do local das arbitragens, da duração, dos custos do procedimento, da concordância do terceiro atingido pelo ACC, da recorribilidade e da vinculação da decisão arbitral.

Quadro 2 – Evolução das cláusulas arbitrais empregadas pelo CADE.

Caso	Caso Fosbrasil - ICL Brasil (2014)	Caso ALL – Rumo (2014)	BM&F Bovespa – Cetip (2016)	Time Warner – AT&T (2017)
<p><b>Mecanismos prévios ao acionamento do procedimento arbitral.</b></p>	<p>Seria oportunizada à Fosbrasil a possibilidade de manifestação, antes da decisão do CADE sobre a instauração do procedimento arbitral, sobre a alegada recusa no fornecimento de PPA de grau alimentício.</p>	<p>Aquele que se sentisse discriminado na contratação ou prestação de qualquer serviço, previamente à instauração do procedimento arbitral, deveria reportar o caso ao Supervisor. Isso consistia condição para o acatamento dos pedidos de instauração da arbitragem pela companhia resultante da operação. O acordo previa a criação do cargo de Supervisor, encarregado de assegurar a isonomia na prestação de serviços pela nova companhia e pela</p>	<p>Aspectos relacionados ao preço ou escopo das regras de acesso à prestação de serviços CSD deveria ser objeto de negociação entre as partes durante o período de negociação, para obtenção de acordo comercialmente razoável, previamente a instauração do procedimento.</p>	<p>A cláusula continha previsão de que deveria ter existido tentativa de negociação prévia por ao menos 3 (três) meses, antes da instauração do procedimento.</p>

		fidedignidade de suas informações.		
<b>Instauração do procedimento arbitral.</b>	A decisão sobre a instauração do procedimento arbitral ficou a cargo do CADE que, <u>se julgasse apropriado</u> , solicitaria à ICL Brasil que iniciasse o procedimento.	O usuário que se sentisse discriminado, entendendo que a resposta do Supervisor é insatisfatória poderia iniciar o procedimento.	Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderia instaurar o procedimento arbitral.	Qualquer programadora de canais de programação ou prestadora de TV por assinatura não filiada à AT&T ou à Sky poderá acionar o mecanismo arbitral.
<b>Contexto de instauração do procedimento arbitral.</b>	A arbitragem seria iniciada nos casos de recusa pela Fosbrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício.	A arbitragem seria iniciada caso algum usuário se sentisse discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços.	A arbitragem seria iniciada nos casos de fracasso nas negociações no período de até 120 (cento e vinte) dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços CSD.	A arbitragem seria iniciada para resolução de litígios relacionados às condições comerciais de contratação, após tentativa de negociação entre as partes de 3 (três) meses.
<b>Composição do tribunal arbitral.</b>	O acordo não deixa clara a composição do tribunal arbitral. Pode-se inferir, pela leitura dos dispositivos, que este pode ser composto por um árbitro ou mais.	O tribunal arbitral seria constituído por três árbitros, nos casos de demandas de valor ao menos igual a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).	O tribunal arbitral seria constituído por 3 (três) árbitros.	O tribunal arbitral seria constituído por 1 (um) ou 3 (três) árbitros, nomeados de acordo com as regras da CAM-CCBC. Os árbitros deveriam ter experiência em contratos dessa natureza. A cláusula aconselhou a nomeação de 1 (um) árbitro, a não ser que o valor da disputa

				seja superior a R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) e a CCBC entenda que o conflito é complexo.
<b>Forma de nomeação dos árbitros.</b>	A escolha do(s) árbitro(s) seria feita pela ICL Brasil e referendada pelo CADE.	Cada parte nomearia um árbitro e os árbitros indicados pelas partes deveriam escolher, em conjunto, um terceiro árbitro, o qual seria o Presidente do Tribunal.	Cada parte indicaria um árbitro, os quais indicariam um terceiro para ser o Presidente do Tribunal Arbitral.	A nomeação dos árbitros ocorreria de acordos com as regras da CAM – CCBC. Segundo o que dispõe o Regulamento da CAM-CCBC, as partes indicarão árbitros e estes nomearão um terceiro árbitro. A nomeação dos árbitros pelos co-árbitros seria acompanhada de consulta prévia às partes que poderiam indicar nomes em potencial, bem como vetar ao menos um dos nomes.
<b>Competência do tribunal arbitral.</b>	<u>A opinião dos árbitros</u> seria limitada a definir se a Fosbrasil teve justificativa objetiva para a recusa no fornecimento de PPA de grau alimentício.	O tribunal arbitral teria competência para decidir se a contratação e a prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória.	O tribunal arbitral teria competência para decidir a respeito de quaisquer aspectos relacionados ao preço e escopo das regras de acesso à prestação de serviços CSD.	A competência do tribunal arbitral seria a resolução de conflitos relativos às condições comerciais de contratação.
<b>Instituição arbitral.</b>	O procedimento consistiria em algo	O procedimento consistiria em algo	Centro de Arbitragem e	Centro de Arbitragem e

	mais próximo a uma arbitragem <i>ad hoc</i> .	mais próximo a uma arbitragem <i>ad hoc</i> .	Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC).	Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC).
<b>Sede da arbitragem.</b>	A cláusula empregada não contém disposições acerca da sede da arbitragem.	A cláusula empregada não contém disposições acerca da sede da arbitragem.	A sede da arbitragem seria em São Paulo.	A sede da arbitragem seria em São Paulo, mas haveria a possibilidade de realização de procedimento em outras localidades.
<b>Custos da arbitragem.</b>	Os custos seriam pagos pela ICL Brasil, com exceção dos casos de má-fé ou de alegações falsas e enganosas. Nesse caso, o produtor deveria fazer o reembolso dos custos da arbitragem. A má-fé, a falsidade ou enganiosidade <u>deverão ser atestadas pelo CADE</u> que levará em consideração a <u>opinião não vinculante do árbitro.</u>	Os custos ficarão a cargo da empresa resultante da operação, caso haja constatação de discriminação.	A cláusula arbitral prevê a observação, no que couber, do Regulamento da CAM-CCBC. Não há previsão relacionada aos custos na arbitragem na própria cláusula. Portanto, aplica-se o disposto no mencionado regulamento, o qual distribui os custos da arbitragem para ambas as partes.	As compromissárias arcarão com os custos do procedimento se o grupo econômico da prestadora de TV por assinatura ou o grupo econômico da programadora de canais de programação não tiver mais de 20% (vinte por cento) de participação em qualquer mercado relevante. Caso fosse constatada que a reclamação era de má-fé ou que se baseou em informações falsas, a AT&T deverá ser reembolsada pelos custos da arbitragem.

<p><b>Concordância do terceiro atingido pelo ACC.</b></p>	<p>Há na cláusula previsão expressa relativa à necessidade de <u>concordância</u> expressa quanto à vinculação ao procedimento arbitral por parte do produtor que protocolou a reclamação.</p>	<p>A cláusula não contém previsão relativa à concordância dos terceiros atingidos pelo acordo, no entanto, são estes os responsáveis por instaurar o procedimento arbitral.</p>	<p>A cláusula não contém previsão relativa à concordância dos terceiros atingidos pelo acordo, no entanto, são estes os responsáveis por instaurar o procedimento arbitral.</p>	<p>A cláusula não contém previsão relativa à concordância dos terceiros atingidos pelo acordo, no entanto, são estes os responsáveis por instaurar o procedimento arbitral.</p>
<p><b>Duração da arbitragem.</b></p>	<p>Não há, na cláusula, previsão acerca da duração do procedimento arbitral.</p>	<p>O procedimento não poderia ter duração superior a 6 (seis) meses.</p>	<p>A arbitragem deveria ter duração razoável, preferencialmente, inferior a 6 (seis) meses.</p>	<p>A arbitragem deveria durar, de preferência, menos de 6 (seis) meses, contados desde a constituição do tribunal arbitral. O prazo para emissão da sentença poderia ser prorrogável, sob circunstâncias excepcionais.</p>
<p><b>Recorribilidade da decisão arbitral.</b></p>	<p>A cláusula não contém previsão sobre a recorribilidade da decisão arbitral.</p>	<p>A cláusula não contém previsão sobre a recorribilidade da decisão arbitral.</p>	<p>A decisão do tribunal arbitral seria irrecorrível.</p>	<p>Ao procedimento aplicaria-se, no que coubesse, o Regulamento da CAM-CCBC. Este vincula-se à Lei nº 9.307/1996 que estabelece que a sentença é irrecorrível.</p>
<p><b>Vinculação da decisão arbitral em relação às partes.</b></p>	<p>A cláusula não contém previsão sobre a vinculação da decisão arbitral em relação às partes.</p>	<p>A cláusula não contém previsão sobre a vinculação da decisão arbitral em relação às partes.</p>	<p>A decisão teria caráter vinculante às compromissárias.</p>	<p>Ao procedimento aplicaria-se, no que coubesse, o Regulamento da CAM-CCBC. Este</p>

				vincula-se à Lei nº 9.307/1996 que estabelece que a sentença tem caráter vinculante em relação às partes.
<b>Vinculação da decisão arbitral em relação ao CADE.</b>	O CADE não se vincularia à decisão arbitral que foi tratada no caso como uma opinião.	O CADE não se vincularia a qualquer deliberação arbitral e nem se obrigaria a manifestar ou tomar providências a cada decisão prolatada. As decisões arbitrais seriam fornecidas ao CADE.	O CADE não vincularia a qualquer deliberação arbitral para proferir suas decisões e não estaria obrigado a tomar qualquer providência em relação a elas. As partes deveriam enviar cópia da sentença arbitral ao CADE.	O CADE não se vincularia a qualquer decisão arbitral para formação de suas decisões. Além disso, também não se obrigaria a se manifestar ou a tomar providências em relação a elas.
<b>Classificação da cláusula arbitral.</b>	A cláusula constitui cláusula arbitral patológica.	A cláusula constitui cláusula arbitral patológica.	A cláusula possui proximidade com as cláusulas arbitrais escalonadas.	A cláusula possui proximidade com as cláusulas arbitrais escalonadas.
<b>Classificação do remédio representado pela cláusula arbitral.</b>	A cláusula arbitral constituiu remédio comportamental.	A cláusula arbitral constituiu remédio comportamental.	A cláusula arbitral constituiu remédio comportamental.	A cláusula arbitral constituiu remédio comportamental.

Fonte: a autora (2019).

A análise do quadro será feita em duas fases. Na primeira delas, faz-se necessário a realização de um exame de oito critérios, quais sejam a instauração do procedimento arbitral, a composição do tribunal arbitral, a forma de nomeação dos árbitros, os custos da arbitragem, a concordância do terceiro atingido pelo ACC, a duração da arbitragem, a vinculação da decisão arbitral em relação ao CADE, a classificação do remédio representado pela cláusula arbitral e o contexto de instauração do procedimento.

Quanto ao critério da composição do tribunal arbitral, nota-se que, apesar do acordo pactuado, no caso Fosbrasil - ICL Brasil, não conter previsão exata da sua composição, os ACCs



com hipótese de resolução de conflitos por meio da arbitragem seguem o padrão que, em geral, é observado nas arbitragens tradicionais, conquanto a Lei de Arbitragem não estabeleça um número específico de árbitros para compor o tribunal arbitral. De modo geral, a mesa julgadora é composta por três ou por um membro. Os ACCs dos casos ALL – Rumo e AT&T – Time Warner prevêm a possibilidade de variação da composição de três membros, de acordo com o montante monetário envolvido na lide.

No que tange ao caso Fosbrasil - ICL Brasil, a redação da cláusula abre margem para conclusão de que a mesma linha pode ser seguida, pois pode ser escolhido um ou mais de um árbitro. A possibilidade de nomeação de um árbitro apenas, nesse caso, é reforçada pelo fato de que a Lei de Arbitragem prevê que, quando a cláusula nada dispôr sobre a indicação, poderá o conflito ser resolvido por um único nome.

A mesma ideia é aplicável à forma de nomeação dos árbitros. Genericamente, cada parte indica um nome e o terceiro é escolhido de comum acordo entre os árbitros indicados por elas. Isso segue a previsão do § 2º do art. 13 da Lei de Arbitragem e do Regulamento da CAM-CCBC. Quando a lide é julgada por apenas um nome, este é, comumente, escolhido também de comum acordo entre as partes. Tal proximidade entre os envolvidos no conflito, quando analisada sob o aspecto da nomeação do tribunal arbitral, foi mitigada, contudo, no ACC do caso Fosbrasil – ICL Brasil, pela previsão de que os nomes seriam indicados pela ICL Brasil.

Em relação à concordância do terceiro atingido pelo acordo com a instauração da arbitragem, percebe-se que os casos firmados com o CADE, com exceção do primeiro precedente julgado pela autarquia, seguiram um padrão de não inclusão de previsão expressa relacionada a essa anuência no ACC.

Nem por isso, contudo, houve uma afronta à disposição relacionada à concordância das partes com a instituição do procedimento contida na Lei de Arbitragem. Isso porque, conquanto não esteja prevista uma aquiescência expressa em três dos quatro acordos, neles, foi estabelecido que a arbitragem seria instaurada pelo terceiro.

Isso indica, conforme mencionado no capítulo anterior, o consentimento da parte quanto ao mecanismo, pois, caso contrário, em atenção à inafastabilidade da jurisdição estatal, teria sido provocado o Judiciário e não uma corte arbitral. Portanto, aplica-se aqui, tal qual no julgamento pelo STJ do Recurso Especial nº 1.733.370/GO, analogicamente, o disposto no § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem que associa a concordância à instauração do procedimento.

As previsões relacionadas aos custos da arbitragem sugerem que há um modelo seguido pelo CADE no sentido de atribuí-los à empresa resultante do ato de concentração. Tal constitui

um meio de a autoridade de defesa da concorrência brasileira evitar as práticas discriminatórias de novos entrantes nos mercados, visto que, caso realizada a tentativa de discriminação, a empresa teria que arcar com os custos do procedimento. Apenas o caso BM&F Bovespa – Cetip atribui os custos a ambas as partes, conforme previsão do Regulamento da CAM-CCBC.

Quanto ao tipo de remédio representado pela cláusula e à duração da arbitragem, também há um padrão seguido pelo CADE. As cláusulas consistiram, em todos os casos, em remédios comportamentais e dispuseram sobre uma previsão máxima de 6 (seis) meses para duração do procedimento. Apenas o primeiro caso não continha previsão sobre a extensão da arbitragem.

No tocante à vinculação da autoridade de defesa da concorrência em relação à sentença arbitral, em todos os casos, o CADE seguiu um padrão de não vinculação. Para tanto, as cláusulas preveram que as deliberações arbitrais não teriam caráter vinculante, tampouco o CADE se obrigaria a se manifestar ou a tomar providências acerca delas.

Isso objetivou o resguardo de sua competência. Nesse sentido, o voto-vogal condutor do julgamento BM&F Bovespa – Cetip, proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, foi claro ao afirmar que a arbitragem representa apenas um auxílio ao cumprimento do ACC, a qual não tem como intuito a substituição dos reguladores ou da intervenção órgão antitruste para proteção à livre concorrência <sup>179</sup>.

Assim, um terceiro independente é encarregado de discutir um litígio baseado em premissas privadas que podem influenciar, em último caso, a livre concorrência. Nessa linha, o procedimento arbitral foi empregado, nos quatro precedentes, “sem prejuízo das competências do CADE acerca da repressão de abusos na seara concorrencial” <sup>180</sup>. Conforme exposto no Capítulo 3, trata-se da resolução de uma lide privada que projeta resultados sobre o *enforcement* público exercido pelo autoridade antitruste.

Ainda, o mencionado voto estebeceu que a utilização do mecanismo não significa uma delegação do poder de polícia do CADE acerca da fiscalização do cumprimento do acordo <sup>181</sup>.

<sup>179</sup> CADE. Ato de Concentração n. 08700.004860/2016-11. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4i188XIK8ynD.jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4i188XIK8ynD.jWNZZ)

<sup>180</sup> CADE. Ato de Concentração n. 08700.004860/2016-11. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4i188XIK8ynD.jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4i188XIK8ynD.jWNZZ)

<sup>181</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF)

É, justamente, o objetivo de cumprir esse dever pela autarquia que fez com que os ACCs trouxessem previsões relacionadas ao envio de relatórios acerca do cumprimento dos acordos, bem como ao envio das decisões proferidas em sede arbitral, ambos ao CADE.

Por fim, o padrão seguido pelo CADE, no critério do contexto da instauração do procedimento, relaciona-se ao modelo de problemas concorrenciais identificado nas operações, exposto no tópico anterior. Nesse sentido, os precedentes do CADE seguiram o padrão de instauração da via arbitral no caso de insucesso no fornecimento de produtos ou serviços pela empresa resultante da operação em relação aos terceiros que com eles desejassem negociar.

Após o exame dos oito critérios citados acima, passa-se ao estudo do restante da composição do quadro, ou seja, dos mecanismos prévios à instauração do procedimento arbitral, do contexto da instauração da arbitragem, da competência do tribunal arbitral, da instituição arbitral, do local da arbitragem, da recorribilidade e da vinculação da decisão em relação às partes e da classificação da cláusula arbitral.

Da segunda etapa de análise, percebe-se que, em cada um dos mencionados critérios, dois padrões diferentes foram seguidos pelo CADE. O primeiro deles foi verificado nos dois primeiros casos e o segundo nos dois últimos. Portanto, entende-se que a nomeação do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira para integrar o CADE, o que se deu em julho de 2015, influenciou uma mudança no modelo de arbitragem que, até então, era seguido pela autarquia. Uma das manifestações da sua contribuição, como já dito, consistiu na condução do julgamento do caso Bovespa – Cetip pelo seu voto. Pelos motivos que serão expostos nessa segunda análise, a mudança de padrão representou uma evolução das cláusulas arbitrais empregadas pelo CADE.

Foi, justamente, esse precedente o responsável por inaugurar, no órgão antitruste brasileiro, uma tendência que foi seguida, posteriormente, pelo caso AT&T – Time Warner. Nela, houve um abandono da adoção de uma arbitragem imprópria e o início da utilização de arbitragens mais próximas a arbitragens tradicionais pelo CADE. O caso foi tão emblemático que, inclusive, se tornou o *leading case* da matéria no Brasil.

Portanto, adota-se, como marco temporal para a mudança de modelo verificado nas cláusulas arbitrais utilizadas pela autoridade da concorrência brasileira, a entrada do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no CADE. Sendo assim, essa fase de análise se presta demonstrar o avanço das cláusulas empregadas, a partir do exame da mudança de padrão verificada em cada critério de análise.

---

hBt-n3BfPPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hOgkUY9R25HIWBLEAVCDE4o\_JFB04yvsOA8LHGSI\_BO2wesFo6hf

A constatação da mencionada evolução, em primeiro lugar, relaciona-se ao critério relativo à previsão de mecanismos prévios à instauração do procedimento arbitral. Nesse quesito, percebe-se que houve uma mudança de padrão positiva. Assim, os dois últimos casos prevêem que o mecanismo arbitral somente poderá ser instaurado caso tenha existido efetiva tentativa de negociação prévia entre elas. Esse fator aproxima às cláusulas arbitrais empregadas, nos dois últimos acordos, de uma cláusula escalonada.

Nesse sentido, ainda que, nesses casos, o CADE não tenha empregado uma cláusula escalonada propriamente dita, porquanto não foram previstos mecanismos de mediação ou conciliação, mas uma negociação prévia, nota-se um intuito do órgão antitruste em estimular a autocomposição entre as partes anteriormente à iniciação do procedimento arbitral. Veja-se:

Com esses pressupostos e acompanhando as melhores tendências de negócios, é importante priorizar a negociação espontânea entre as partes potencialmente contratantes a fim de que elas cheguem a um ponto comum e satisfatório a ambas em relação à precificação de seus produtos e serviços. O estímulo à autocomposição é, sem dúvida, um dos maiores objetivos do ACC e está previsto como primeiro instrumento para que o arranjo permita ao entrante o acesso à infraestrutura da BM&F/Cetip <sup>182</sup>.

Selma Lemes designa esse tipo de cláusula como uma “simbiose entre formas autocompositivas e heterocompositivas”. Ou seja, esta constitui uma cláusula arbitral que prevê modalidades conjugadas de métodos alternativos de resolução de disputas, as quais exigem uma mediação ou conciliação como requisito prévio para instauração da arbitragem <sup>183</sup>.

Em relação à competência do tribunal arbitral, também houve uma mudança de padrão após o julgamento do segundo caso. Nos dois primeiros precedentes, a atuação dos árbitros se limitaria à definição da ocorrência ou não de discriminação. Os dois últimos casos apresentam uma evolução, pois foi dado ao tribunal arbitral poderes bem mais amplos.

Nesse sentido, as cláusulas estabeleceram que a competência deste abrangeria quaisquer aspectos relacionados ao preço e escopo das regras de acesso, no caso BM&F Bovespa – Cetip, e a quaisquer aspectos relacionados às condições comerciais de contratação, no caso AT&T –

<sup>182</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD\\_jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD_jWNZZ)

<sup>183</sup> LEMES, Selma. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem, p. 2. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/C1%C3%A1usula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem.pdf>

Time Warner. Contudo, ainda que os poderes tenham aumentado, a competência dos árbitros permaneceu restrita ao âmbito privado.

Quanto à instituição arbitral, o avanço proporcionado pela mudança de padrão consistiu no abandono de uma arbitragem que mais se aproximava de um procedimento *ad hoc* para a adoção de arbitragens institucionais, nos últimos dois casos. Além disso, as cláusulas dos casos BM&F Bovespa – Cetip e AT&T – Time Warner contém previsões relativas à irrecorribilidade das decisões arbitrais, característica que marca a essência do direito arbitral e que representou um aspecto de aproximação a uma arbitragem propriamente dita. Por outro lado, os dois primeiros precedentes nada estabeleceram sobre isso. Esse ponto também pode ser considerado como agregador de mais complexidade aos compromissos usados pelo CADE.

No tocante ao critério da vinculação da decisão em relação à autoridade antitruste, já examinado na primeira fase, nota-se que, em nenhum deles, a decisão final do órgão dependeria do resultado da arbitragem. Apesar de todas as cláusulas adotarem essa ideia, pode-se, ainda assim, notar uma mudança de padrão entre elas, quanto outro aspecto. A linguagem dos dois primeiros casos indica que a atuação do árbitro teria caráter meramente consultivo. Isso é reforçado por alguns termos empregados no acordo como “opinião do árbitro”, em vez de decisão arbitral ou sentença. No caso ALL-Rumo, utilizou-se, ainda, o termo “parecer” para se referir a decisão que entende pela existência de conduta discriminatória. Isso demonstra o caráter não vinculante dos laudos arbitrais. Tal característica desvirtua a essência do instituto. Por sua vez, a partir do terceiro precedente, isso não mais aparece.

Além de consistir em uma proteção à competência do CADE, a razão dessa não vinculação relaciona-se também ao fato de que a sentença arbitral, nos termos da Lei nº 9.307/1996, tem caráter de título executivo extrajudicial. Como resultado, a coisa julgada se faz somente às partes envolvidas no procedimento <sup>184</sup>.

Assim, na opinião de Paulo Burnier da Silveira, não se pode falar em delegação do poder de polícia do CADE acerca da fiscalização do cumprimento do acordo. Este permanece sendo feito por essa autoridade, a partir das informações obtidas na decisão arbitral <sup>185</sup>.

<sup>184</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF\\_hBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4\\_o\\_JFB04yvsOA8LHGSI\\_BO2wesFo6hf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF_hBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4_o_JFB04yvsOA8LHGSI_BO2wesFo6hf)

<sup>185</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF\\_hBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4\\_o\\_JFB04yvsOA8LHGSI\\_BO2wesFo6hf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF_hBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4_o_JFB04yvsOA8LHGSI_BO2wesFo6hf)

Quanto à vinculação das partes, no que tange à decisão arbitral, os dois primeiros casos não possuem previsão a esse respeito, enquanto, nos dois últimos, está claro que a decisão teria caráter vinculante em relação a elas. Nesse aspecto, mais uma vez, a mudança de padrão seguido pelo CADE representou uma aproximação do mecanismo à arbitragem propriamente dita, porquanto os dois últimos precedentes enfatizaram essa característica que também é fundamental à caracterização de um mecanismo de resolução de litígios como um procedimento arbitral.

Levando em consideração a mudança de paradigma verificada nos casos de arbitragem em ACCs do CADE, a segunda fase da análise permite concluir que, nos casos Fosbrasil – ICL Brasil e ALL - Rumo, as arbitragens empregadas se distanciam da acepção tradicional do instituto, prevista na Lei nº 9.307/1996.

Portanto, elas se encaixam na classificação de arbitragem imprópria adotada no início desse trabalho. Isso porque, apesar de o CADE ter rotulado esses mecanismos como arbitragens, como visto, houve o desvirtuamento de algumas das características que marcam a essência do instituto. Cita-se, como exemplo, o caráter não vinculante e não definitivo dos laudos arbitrais.

Portanto, apesar de serem intitulados arbitragens, os dois primeiros casos empregam mecanismos alternativos interessantes de resolução de litígios que não envolvem procedimentos arbitrais propriamente ditos. À decisão arbitral, não eram atribuídos poderes suficientemente amplos para que esta fosse vista como irrecorrível e definitiva, o que também constitui uma das características principais da arbitragem <sup>186</sup>.

É por esses motivos que, nas palavras de Selma Lemes, esses casos não tratam da arbitragem regulada pela Lei nº 9.307/96, mas se assemelham a uma arbitragem híbrida ou a uma opinião técnica. Ainda, a própria Conselheira Ana de Oliveira Frazão reforça essa opinião ao afirmar que o CADE utilizou uma arbitragem “imprópria”, onde há atuação de um parecerista ou *expert* para dar opinião sobre o caso e prestar informações ao órgão antitruste <sup>187</sup>. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira apenas comprova a ideia exposta anteriormente no presente trabalho, de que, muitas vezes, coloca-se o rótulo de arbitragem em determinados mecanismos que não constituem, em realidade, procedimentos arbitrais. Nesse

<sup>186</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD.jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD.jWNZZ)

<sup>187</sup> FRAZÃO, Ana. Questões concorrenciais podem resolvidas pela arbitragem? Publicado em: 18/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-3-18042018>

sentido, apenas uma análise mais detalhada das cláusulas empregadas, tal qual feita no presente estudo, permite aferir se constitui uma arbitragem ou outro método de resolução de litígios semelhante.

A distorção de fatores que marcam a essência do direito arbitral leva a conclusão de que as cláusulas empregadas nos casos ICL Brasil – Fosbrasil e ALL – Rumo podem ser categorizadas como patológicas, conforme exposto na penúltima linha. Segundo Joaquim Muniz, essa categoria remete a seguinte ideia:

[...] Embora o dispositivo ostente denominação que remeta à cláusula compromissória, não está claro se a vontade das partes foi no sentido de escolha do foro arbitral. Por exemplo, algumas vezes se chama de arbitragem procedimento mais semelhante à mediação ou a avaliação neutro do terceiro <sup>188</sup>.

Mais uma vez, verificou-se uma mudança no molde com que eram redigidas as cláusulas, a partir do precedente BM&F Bovespa – Cetip, de modo que, nos dois últimos casos, não mais foi adotado esse tipo de cláusula. Aplicou-se, em verdade, um modelo mais próximo a uma cláusula escalonada, conforme exposto.

Quanto à evolução discutida no presente tópico, conclui-se que houve uma preocupação cada vez maior do CADE em utilizar-se da arbitragem na forma mais próxima de sua concepção técnica, enquanto mecanismo heterocompositivo de solução de litígios previsto na Lei de Arbitragem. Nesse sentido, o caso BM&F Bovespa-Cetip foi o primeiro acordo que atribuiu à decisão arbitral caráter definitivo e irrecorrível <sup>189</sup>, ainda que a cláusula arbitral contenha previsão quanto à não vinculação da autoridade antitruste à decisão arbitral.

Nesse sentido, controvérsia específica será submetida ao tribunal arbitral que poderá definir o objeto do conflito, sem possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, ponto dos dois últimos casos que, na visão do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, distancia o mecanismo do arbitramento, citado no início desse trabalho e ressalta o caráter definitivo e final do mecanismo <sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 92.

<sup>189</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF\\_hBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4\\_o\\_JFB04yvsOA8LHGSi\\_BO2wesFo6hf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF_hBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4_o_JFB04yvsOA8LHGSi_BO2wesFo6hf)

<sup>190</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF)

O alcance de uma maior complexidade pelas cláusulas arbitrais dos ACCs do CADE também se comprova por outros fatores, tais como a existência de previsões acerca do local da arbitragem e da duração do procedimento, e outras especificidades como a previsão de que as sentenças se baseariam apenas em documentos, contida na cláusula arbitral do caso AT&T – Time Warner. Evidencia-se também que as primeiras cláusulas arbitrais utilizadas pelo CADE eram mais simples e dotadas de um número menor de disposições, em contraposição às duas últimas que podem ser consideradas mais detalhistas.

### **3.3.3. Andamento posterior dos precedentes relativos ao uso da arbitragem em ACCs pelo CADE**

Embora tenham sido inseridas quatro cláusulas arbitrais em acordos pactuados pela autoridade de defesa da concorrência brasileira, o procedimento arbitral foi efetivamente instaurado apenas uma única vez.

Pela análise dos autos do caso ICL Brasil – Fosbrasil, nota-se que os relatórios inseridos no processo que tratam sobre o cumprimento do acordo pela companhia resultante da operação mostram que não houve recusa por parte da Fosbrasil quanto ao fornecimento de PPA em grau alimentício. Nesse sentido, aponta o Parecer nº 193/2016/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU da Procuradoria Geral Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

Lembrando que eventual denúncia de descumprimento por parte dos produtores de sais de fosfato possui procedimento próprio (cláusula 3.6) e, não havendo notícia até o momento de recusa de fornecimento, não há razões para não conferir o devido crédito à compromissária <sup>191</sup>.

Por outro lado, ao contrário do caso Fosbrasil – ICL Brasil, os autos do caso ALL – Rumo indicam uma denúncia de recusa de negociação realizada pela empresa Agrovía S.A. Contudo, até esse momento, não havia sido nomeado nenhum ocupante para o cargo de

---

[hBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4o\\_JFB04yvsOA8LHGSI\\_BO2wesFo6hf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh)

<sup>191</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnQLOx1zSd5Ar7d64C\\_WYx8-DLg3Asdb\\_5X6gWUEG46fh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh)



Supervisor que, segundo o acordo, deveria ser consultado previamente à iniciação do procedimento arbitral <sup>192</sup>.

Além disso, apesar da denúncia, o Parecer nº 507/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU da Procuradoria Geral Federal Especializada junto ao CADE opina que a questão relativa era estritamente privada e, portanto, não caberia à autoridade antitruste se manifestar. A Superintendência-Geral do CADE acatou as razões desse parecer em seu despacho. Portanto, em razão disso, nesse caso, a arbitragem também não foi iniciada.

Não obstante, o procedimento arbitral decorrente de um ACC foi primeiro instaurado, no Brasil, como resultado do caso BM&F Bovespa – Cetip. Após a pactuação do acordo, a empresa ATS S.A., a qual participou do ato de concentração que resultou na B3 S.A. como terceiro interessado, instaurou o procedimento.

A ATS constitui empresa norte-americana que tenta entrar no mercado de bolsa de valores no Brasil. A arbitragem foi iniciada sob alegação de que a B3 estaria cobrando preços abusivos pelo seu serviço de central depositária. O procedimento corre sob sigilo da CAM – CCBC <sup>193</sup>.

Em contraposição, no caso AT&T – Time Warner, a arbitragem também não foi iniciada. Isso porque a operação tinha como peculiaridade a necessidade de aprovação, após o aval do CADE, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional do Cinema (Ancine).

Do ponto de vista de ambas, isso ocorreria sob a ótica da Lei nº 12.485/2011, a Lei do Seac, que veda que um mesmo grupo de empresas tenha o controle de todas as fases da cadeia produtiva de TV por assinatura <sup>194</sup>. A operação ainda está pendente de análise em ambas as agências.

<sup>192</sup> CADE. Ato de Concentração nº 08700.000871/2015-32. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcna3brf1NE7yRKqHsFekK4d8v2N3N1BBJvXR6AoqrGjL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcna3brf1NE7yRKqHsFekK4d8v2N3N1BBJvXR6AoqrGjL)

<sup>193</sup> PIMENTA, Guilherme. Adriana Braghetta vai presidir arbitragem entre bolsa de valores B3 e ATS. Publicado em 16/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/adriana-braghetta-presidira-arbitragem-entre-bolsa-de-valores-b3-e-ats-16032018>

<sup>194</sup> NASCIMENTO, Luciano. Anatel adia decisão sobre a compra da Time-Warner pela AT&T. Publicado em 22/08/2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-08/anatel-adia-decisao-sobre-compra-da-warner-pela-att#:~:targetText=A%20compra%20da%20Warner%20Media,operadora%20de%20telecomunica%C3%A7%C3%B5es%20norte%20Americana>.

## CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou concluir que, conquanto, à primeira vista, a arbitragem e o direito da concorrência pareçam opostos, ambos constituem ramos muito conectados, de modo que, hoje, a arbitrabilidade do direito da concorrência é ideia aceita em todo o mundo.

Especificamente quanto ao emprego da arbitragem como remédio em ACCs, a doutrina demonstra a existência de características peculiares das cláusulas compromissórias utilizadas. Tais especificidades não são, muitas vezes, verificadas quando feita uma análise de uma cláusula arbitral tradicional. Cita-se como exemplos dessas particularidades a eficácia *erga omnes*, ou seja, o fato de seus efeitos recaírem sobre terceiros não participantes do acordo, bem como o seu caráter semi-compulsório e aberto.

Sob o enfoque do direito da concorrência, a experiência mostra que uma das principais vantagens do emprego desse mecanismo está relacionada à redução dos custos de monitoramento dos acordos pelos órgãos antitruste. Nesse sentido, uma vez que, no momento de celebração do ACC, não há como prever todos os efeitos anticoncorrenciais e todos os litígios que dele possam resultar, o procedimento arbitral se presta a definir os parâmetros do “justo e razoável” a serem aplicados em cada caso individual e garante uma maior flexibilização do acordo.

Por meio da análise do direito comparado, foi possível concluir que a União Europeia possui um sistema de *enforcement* descentralizado, pautado na cooperação entre a Comissão Europeia e as autoridades concorrenciais dos Estados Membros. O cenário demonstra uma nitidez na diferenciação da aplicação pública e da aplicação privada do direito da concorrência.

Já os Estados Unidos possuem realidades um pouco diferentes, pois não há uma diferenciação tão clara do *enforcement* público e do *enforcement* privado. Em verdade, existe um claro estímulo à realização do *enforcement* privado do direito concorrenciais, o que se comprovou pelo surgimento do instituto das *treble damages*. Isso mostra que, nesse cenário, discussões relativas ao direito da concorrência estão muito presentes nos tribunais americanos, diversamente do Brasil, em que o Judiciário não julga tantos casos afetos a essa matéria.

De modo distinto do caso europeu, em que a arbitrabilidade da disputa antitruste só é permitida caso não haja interferência na competência exclusiva da autoridade de defesa da concorrência e caso a lei permita, no contexto norte-americano, ela possui ainda outro requisito: não pode ser prejudicial aos *statutory rights* dos requerentes. Isso tornou a arbitrabilidade de litígios de matéria antitruste mais restrita nos Estados Unidos do que na Europa.

Apesar disso, em termos procedimentais e institucionais, o controle de estruturas nos dois lugares é semelhante. Tal também ocorre em relação ao Brasil. Além disso, não há, na legislação da União Europeia, previsão de aplicação da arbitragem no âmbito do controle de estruturas. Contudo, também não existe vedação legal. Isso embasou a aceitabilidade da ideia nesse cenário.

Para aferir se o CADE possui competência para aplicação das cláusulas arbitrais em ACCs, foi feita uma análise sob a ótica de três prismas: o do CADE, o do tribunal arbitral e o dos terceiros indeterminados atingidos pelo ACC.

O CADE possui como competências legais o exercício do controle de condutas, o exercício do controle de estruturas e o exercício de uma função educativa. Somente o controle de estruturas é de competência exclusiva dessa autarquia. Este é realizado por meio da aplicação pública do direito concorrencial. O controle de condutas, por sua vez, pode ocorrer via *enforcement* público, o qual é exercido pelo CADE ou pelo Judiciário, ou via *enforcement* privado, que pode se operar pelo Judiciário ou por um tribunal arbitral.

Concluiu-se que o fato de o controle de estruturas ser de competência exclusiva da autoridade de defesa da concorrência não implica dizer que as arbitragens não possam ser empregadas pelo CADE nos ACCs. Tampouco isso consistiria em invasão, pelo tribunal arbitral, dessa competência ou delegação indevida de poderes por parte da autoridade de defesa concorrência. Isso porque as arbitragens, nesses casos, são empregadas para resolução de litígios privados que emergem no exercício da persecução pública do direito da concorrência.

A competência das autoridades antitruste é resguardada ainda pelo fato de que, tanto no exercício do *public enforcement*, quanto no exercício do *private enforcement*, a arbitragem somente poderá ser empregada, caso a lei antitruste assim permitir.

Seguindo esse raciocínio, o CADE, enquanto componente da Administração Pública, atua por meio de atos administrativos. Portanto, deve agir de acordo com princípio da legalidade. Isso permitiria concluir que ele só pode atuar caso haja previsão legal. Portanto, à primeira vista, o que pode parecer é que a autoridade concorrencial brasileira não possuiria competência para a utilização da arbitragem nos seus procedimentos, pois, assim como na União Europeia, apesar de não haver vedação, não há, na lei, previsão expressa que autorize.

Ocorre que o crescimento do emprego da arbitragem no âmbito do controle de estruturas, no Brasil, desenvolve-se a partir de um acompanhamento de tendências mundiais. Assim, ainda que o CADE esteja adstrito à legalidade, não há porque pensar que a ausência de

vedação legal para o uso da arbitragem não constitui a possibilidade de emprego dessa via como auxiliar aos procedimentos próprios do órgão antitruste, como ocorreu na Europa.

Ademais, ainda que fosse essa ideia desconsiderada, a competência do CADE para aplicar a arbitragem em ACCs se comprovou pelo exame da discricionariedade ou vinculação dos atos relacionados à atribuição de remédios a esses acordos. Quanto aos ACCs, o legislador abriu espaço para que essa autarquia atue no exercício de um juízo de conveniência e oportunidade, característica marcante dos atos discricionários. A discricionariedade dá maior liberdade para a atuação da autarquia, ou seja, não a restringe somente às hipóteses previstas em lei, desde que respeitados os demais princípios que norteiam o direito administrativo.

Ainda, o dispositivo da Lei nº 12.529/2011 que enumera os remédios passíveis de aplicação pelo órgão antitruste aos ACCs constitui rol exemplificativo e, além disso, há disposição relativa à tomada de medidas para o cumprimento do ACC por instituição independente. Portanto, existe margem para a inclusão da arbitragem como opção de remédio nos ACCs, tanto pela Lei nº 12.529/2011, quanto pela Resolução nº 1/2012 do CADE.

Após concluir que o CADE possui competência para aplicação da arbitragem como remédios em ACCs, o tema foi analisado sob o prisma do tribunal arbitral, pois de nada adiantaria concluir que a utilização da via arbitral não extrapola a competência do CADE, caso os árbitros não pudessem aplicar essas regras do direito para resolver a lide.

Foi constatado que algumas particularidades da arbitragem poderiam parecer meios de burlar a aplicação das regras antitruste pelos árbitros. Cita-se, como exemplo, o elevado valor que se dá, no direito arbitral, à autonomia da vontade, o que poderia levar a pensar que as partes poderiam convencionar que não fossem aplicadas tais regras, e o princípio da competência – competência, o qual poderia levar o árbitro a concluir que ele não possui competência para utilização do direito antitruste.

Apesar desses fatores, concluiu-se que o árbitro não só possui um poder de emprego do direito da concorrência, mas também é dotado de um dever nesse sentido. Isso porque a lei limita a autonomia das partes, no direito arbitral, à noção de ordem pública e o direito concorrencial se insere nesse conceito. Em razão disso, os tribunais arbitrais devem aplicar o direito da concorrência em seus procedimentos e não podem as partes convencionar a sua não aplicação.

Quanto à análise sob o prisma dos terceiros atingidos pelo ACC, levou-se em consideração que a lei de arbitragem exige a concordância expressa dos participantes do procedimento, em relação à utilização da via arbitral, em detrimento do Judiciário. Contudo, o

acordo impacta terceiros indeterminados. Portanto, estes se submeterão ao procedimento arbitral, mas não anuíram com a opção por essa forma de resolução de litígios, pois não integraram a pactuação do acordo.

Relativamente a esse ponto, contudo, é necessário enfatizar que, apesar de nem todas as cláusulas arbitrais empregadas em ACCs conterem previsões relativas à concordância dos participantes do procedimento, são esses terceiros indeterminados que, muitas vezes, são responsáveis pela instauração do procedimento arbitral ou pela nomeação dos árbitros. Tanto a instauração, quanto a nomeação, indicam um consentimento do participante quanto ao uso do mecanismo. Nos casos, entretanto, em que a arbitragem é iniciada pela outra parte, o terceiro pode renunciar a essa via de resolução de conflitos. A ausência de renúncia representa a aquiescência da parte quanto à arbitragem.

A manifestação da anuência com o procedimento por meio da instauração da arbitragem está prevista da lei para os contratos de adesão. Adotou-se, no presente trabalho, analogicamente, essa disposição para concluir que as arbitragens instituídas dessa forma tiveram a concordância do participante, ainda que de modo não expresso. Tal analogia também foi empregada pelo STJ em um julgamento que envolvia uma convenção condominial. Logo, conclui-se que, quanto aos terceiros atingidos pelo acordo, também não há problemas quanto ao emprego do mecanismo arbitral no âmbito do controle de estruturas. Por óbvio, ele só poderá ser iniciado caso esteja claro o consentimento destes.

A análise da experiência norte-americana, europeia e brasileira quanto ao emprego da arbitragem em ACCs mostrou que a Europa e os Estados Unidos possuem experiências antigas nesse quesito. Contudo, nos Estados Unidos, este caiu em desuso por anos, somente voltando a ser empregado em setembro de 2019 pelo Departamento de Justiça norte-americano. No Brasil, a prática também é recente e foram julgados apenas quatro casos.

A análise comparativa e evolutiva dos precedentes julgados pelo CADE levou a algumas conclusões. A análise comparativa foi feita pelo exame dos seguintes critérios de análise: a relatoria dos casos, a data do julgamento, o voto condutor do julgamento, as partes compromissárias do ACC, o contexto da operação, o problema concorrencial a ser combatido pelo remédio, o tipo de sobreposição alcançada pela operação e a classificação do remédio.

A partir daí, foi possível concluir que o CADE seguiu um padrão relativo ao emprego da arbitragem nos ACCs para evitar discriminação nos mercados. Não há, contudo, um modelo seguido pelo CADE no que diz respeito ao ramo da atividade desempenhada pelas requerentes, tampouco quanto ao tipo de sobreposição alcançada pela operação.

A partir do critério da relatoria, verificou-se que há um interesse maior dentro da autarquia para utilização do mecanismo arbitral como remédio em ACCs, em contraposição ao pensamento de que ele poderia ter sido influenciado, em sua maior parte, pelo Conselheiro Paulo Burnier, enquanto entusiasta da aplicação do direito arbitral para lides de direito concorrencial.

Ressaltou-se, principalmente, a atuação, no sentido de contribuir para a aplicação do mecanismo pelo órgão antitruste brasileiro, do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, enquanto relator de dois casos e participante do julgamento de três dos quatro casos e da Conselheira Ana de Oliveira Frazão, como relatora de um caso e participante do julgamento de dois.

Ainda que tenha sido constatada a influência dos dois conselheiros mencionados e conquanto o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira não tenha relatado nenhum dos precedentes julgados pelo CADE, como os outros dois nomes citados, mesmo assim, concluiu-se pela sua enorme contribuição no que diz respeito à evolução do mecanismo que já vinha sendo utilizado pela autoridade antitruste brasileira, anteriormente.

Isso porque foi inaugurado um novo paradigma relativo à aplicação do instituto, no caso BM&F Bovespa – Cetip, o que o levou a se tornar o *leading case* da matéria no CADE. A influência do conselheiro no caso comprova-se pelo fato de que, apesar de não ser ele o relator, ele proferiu voto condutor do julgamento. Tal mudança de paradigma consistiu no abandono de uma arbitragem imprópria, que havia sido verificada nos dois primeiros casos, para a utilização de uma arbitragem mais próxima de sua acepção tradicional. Essa tendência foi, ainda, seguida no julgamento do caso AT&T – Time Warner.

Portanto, a evolução das arbitragens empregadas coincidiu com o período em que o conselheiro em questão integrou o CADE e foi inaugurada no caso BM&F Bovespa – Cetip. Nos dois primeiros precedentes, portanto, ele ainda não havia sido nomeado para compor o órgão. Nesse sentido, o trabalho adotou como marco temporal para essa mudança de paradigma seguido pelas cláusulas arbitrais, que representaram um avanço das arbitragens empregadas, a sua nomeação para integrar a autoridade de defesa da concorrência brasileira, o que ocorreu em julho de 2015.

Foram verificadas evoluções significativas em termos de complexidade das cláusulas, as quais continham previsões mais específicas e em maior número, nos dois últimos casos. Além disso, ao contrário dos dois primeiros precedentes, os dois últimos casos ressaltaram a vinculação das partes à decisão arbitral, bem como o seu caráter definitivo e irrecorrível, características que marcam a essência do instituto. Em virtude da importância que têm esses

atributos para caracterização do mecanismo como uma arbitragem, por não conterem essas previsões, os dois primeiros julgados se distaciavam da sua concepção tradicional.

Além disso, pela análise de cada um dos critérios, notou-se que os julgamentos do CADE seguem um padrão também quanto ao tipo de remédio representado pelas cláusulas que, em todos os casos, representou remédios comportamentais. Houve um padrão também quanto à composição do tribunal arbitral, o qual teria, em geral, um ou três árbitros e em relação à forma de nomeação dos árbitros.

Quanto à concordância do terceiro atingido pelo acordo, as cláusulas, em geral, não continham previsões expressas no sentido da anuência deste, com exceção do primeiro precedente. Contudo, pela leitura dos votos dos julgados, restou claro o respeito a regra da aquiescência quanto a iniciação do procedimento, em detrimento da provocação do Judiciário, prevista na Lei de Arbitragem.

No que tange ao critério dos custos da arbitragem, mostrou-se que há um padrão, nos casos do CADE, de atribuir estes à empresa resultante da operação, no caso de ter sido efetivamente comprovada a discriminação. Isso foi empregado pela autarquia como mais uma forma de evitar tais práticas discriminatórias.

No tocante à vinculação da decisão arbitral, os casos do CADE seguiram um modelo de não vinculação da autoridade antitruste aos laudos arbitrais, com objetivo de resguardar a sua competência. A explicação adotada pelo órgão refere-se ao fato de que, de acordo com a lei, a sentença arbitral faz coisa julgada entre as partes. Portanto, uma vez que o CADE não integra o procedimento, ele não está vinculado ao laudo arbitral.

Contudo, quanto a esse mesmo critério de análise, percebeu-se que, ainda que o CADE tenha seguido um modelo em todos os casos, houve uma mudança de padrão com o julgamento do *leading case* matéria. Isso foi verificado na linguagem em que foi redigida a disposição relativa a essa não vinculação. Nos dois primeiros casos, a leitura das cláusulas leva a concluir que o laudo arbitral teria caráter opinativo e consultivo. Em contrapartida, após o marco temporal adotado no presente trabalho, a vinculação das decisões arbitrais foi ressaltada, ainda que aplicada somente às partes.

A mudança de padrão após a entrada do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no CADE foi observada, ainda, quanto à troca da adoção de cláusulas patológicas para a utilização de cláusulas próximas a uma concepção de cláusula escalonada, as quais previam mecanismos autocompositivos prévios à iniciação da via arbitral, pelo abandono de uma arbitragem que se aproximava de um procedimento *ad hoc* para uma arbitragem institucional, pela mudança de

competência do tribunal arbitral, o qual passou a ter poderes mais amplos, ainda que sempre adstritos a uma lide de cunho privado, e pela existência de previsões sobre a irrecorribilidade da sentença arbitral, que se verificou nos dois últimos precedentes, mas não nos dois primeiros.

Por todos esses fatores, conclui-se que a evolução do modelo de arbitragem empregado pelo CADE teve grande influência da entrada do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira para integrar a autarquia. A tendência, inaugurada por ele, pode, contudo, ser mitigada com a sua saída do órgão, a qual se deu em julho de 2019. Nesse sentido, anteriormente a julho de 2015, os mecanismos empregados consistiam em arbitragens impróprias que mais se assemelhavam a uma avaliação por um *expert*, a um arbitramento ou a parecer técnico, por exemplo. Posteriormente a essa data, contudo, passou a ser empregado um procedimento mais próximo ao mecanismo regulado pela Lei nº 9.307/1996.

Quanto à análise da extrapolação da competência do CADE, feita a partir dos precedentes julgados pela autoridade concorrencial brasileira, conclui-se que o órgão preocupou-se, em todos os casos, em resguardar a sua competência. Portanto, não houve delegação de seu poder de polícia, tampouco de suas competências exclusivas. Isso porque o monitoramento dos acordos continuou sob responsabilidade da autarquia, que somente teve os árbitros como seus auxiliares. Além disso, ainda que algumas cláusulas possam não conter previsões específicas no sentido da concordância dos terceiros, o CADE expôs clareza, nos seus precedentes, quanto à necessidade de anuência destes em relação à instauração da arbitragem e à limitação da atuação do árbitro para lides de cunho privado apenas.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. Kluwer Arbitration Blog, 2019. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 9ª edição, revisada, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221720/cfi/136!/4/4@0.00:56.3>

BAKER, Donald I.; STABILE, Marl R. Arbitration of Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel. *The Business Lawyer*, vol. 48, no. 2, 1993, pp. 395 – 436. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/40687379?seq=4#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/40687379?seq=4#metadata_info_tab_contents)

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1 (2015), nº 2. Disponível em: <https://usp-br.academia.edu/BBecker>

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BORN, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. 2nd edition. The Netherlands. Kluwer Law International, 2016.

BRASIL. TCU. Relatório de Auditoria nº 005.651/2002-9. Acórdão nº 391/2008. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=fdcacfc0-f039-11e9-8743-dd5153876c4b](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=fdcacfc0-f039-11e9-8743-dd5153876c4b)

BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem. Artigo 4º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 08/10/2019

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm)

BRASIL. 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/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)

BRASIL. CADE. Seminário Arbitragem e Concorrência. Realizado em: 04/08/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD\\_jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD_jWNZZ)

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4o\\_JFB04yvsOA8LHGSI\\_BO2wesFo6hf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNGyJ34LHcQQsse7LZ5jpEHHqNdZDEMqBu1hQgkUY9R25HIWBLEAVCDE4o_JFB04yvsOA8LHGSI_BO2wesFo6hf)

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G)

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.000871/2015-32. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcna3brf1NE7yRKqHsFekK4d8v2N3N1BBJvXR6AoqurGjL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcna3brf1NE7yRKqHsFekK4d8v2N3N1BBJvXR6AoqurGjL)

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.733.370/GO. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723821&num\\_registro=201800025298&data=20180831&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723821&num_registro=201800025298&data=20180831&formato=PDF)

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.569.422/RJ. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58602470&num\\_registro=201501776949&data=20160520&tipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58602470&num_registro=201501776949&data=20160520&tipo=3&formato=PDF)

BRAUN, Bruce R. The Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine? *Pepperdine Law Review*. Volume 16. Issue 5 Symposium Alternative Dispute Resolution. Article 9. 1989, p. 201. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1786&context=plr>

BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration and Competition. In: OECD. *Arbitration and Competition*. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40, p. 35. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle. In: BLANKE, Gordon. *European Business Law Review Special Edition – Arbitrating Competition Law Issues*, Volume 19, Issue 1, Kluwer Law International, 2008, p. 7. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2008003>

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia. *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 2, 2013, p. 225. Disponível em: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/2/223/204173>

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, p. 36. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/222>

CORDEIRO, Alexandre. Arbitragem na Concorrência. Publicado em 26/05/2017. Atualizado em 01/06/2017. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrenca-26052017](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrenca-26052017)

CORNEL LAW SCHOOL Information Institute. Treble Damages. Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/wex/treble\\_damages](https://www.law.cornell.edu/wex/treble_damages)

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação de normas do direito antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem internacional: questões de doutrina e de prática*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 01.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/20!/4/140/2/2/2@0:78.1>

EUROPEAN UNION. EUROPEAN COMMISSION. Information from European Union Institutions and Bodies. Commission Notice on Remedies acceptable under Council Regulation (EC) nº 139/2004 and under Commission Regulation (EC) nº 802/2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>

EUROPEAN UNION. EUROPEAN COURT. *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*. Case C – 126/97. Decided: June 1, 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126#I1>

EUROPEAN UNION. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Case nº IV/M.235 – Elf Aquitaine – Thyssen/Minol. 1992. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m235\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m235_en.pdf)

EUROPEAN UNION. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EC) nº 139/2004 – The EC Merger Regulation. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139>

EUROPEAN UNION. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Regulation (EC) nº 802/2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0802>

EUROPEAN UNION. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EC) n° 1/2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 1. Publicado em 21/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Parte 2. Publicado em 04/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-2-04042018>

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte. Fórum: 2013.

GOMES, Orlando. Contratos. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAVA, Ioanna. Arbitration in the context of EU Merger Control and its interface with Brussels I Regulation: A New Era for arbitration in the EU Arena? Global Antitrust Review. Disponível em: [http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou\\_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf](http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2010/Pub6912-GARJou_3-Arbitration-In-The-EU-Arena.pdf)

IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: OECD. Arbitration and Competition. Note by the Secretariat. DAF/COMP(2010)40. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

JÚNIOR, Danilo Brum de Magalhães. Arbitragem e Direito Concorrencial: A Arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos. Porto Alegre. 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7344/Danilo%20Brum%20de%20Magalhães%20Júnior.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

KOMNINOS, Assimakis P. Arbitration and EU Competition Law. Publicado em 12/04/2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105)

LEMES, Selma. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/C1%C3%A1usula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem.pdf>

MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000566/cfi/27!/4/4@0.00:1.18>

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Editora RT. São Paulo. 16ª Edição. 1990.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015.

NASCIMENTO, Luciano. Anatel adia decisão sobre a compra da Time-Warner pela AT&T. Publicado em 22/08/2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-08/anatel-adia-decisao-sobre-compra-da-warner-pela-att#:~:targetText=A%20compra%20da%20Warner%20Media,operadora%20de%20telecomunica%C3%A7%C3%B5es%20norte%20Americana>.

OECD. Arbitration and Competition. Note from the Secretariat. DAF/COMP(2010)40. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>

OECD. Arbitration and Competition. Working Party nº 3 on Cooperation and Enforcement. Hearing on arbitration and competition. United States. DAF/COMP/WP3/WD(2010)74. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1010arbitrationcompetition.pdf>

OECD. Policy Roundtables. Remedies in Merger Cases. Issues Paper by the Secretariat. DAF/COMP(2011)13. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>

PIMENTA, Guilherme. Adriana Braghetta vai presidir arbitragem entre bolsa de valores B3 e ATS. Publicado em 16/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/adriana-braghetta-presidira-arbitragem-entre-bolsa-de-valores-b3-e-ats-16032018>

ROST, Maria Augusta. A arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação pública no Brasil. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>

SEGAL, Ilya R.; WHINSTON, Michael D. Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey. John M. Olin Program in Law and Economics. Stanford Law School. Working Paper nº 335. December 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=952067>

UNIÃO EUROPEIA. Tipos de atos jurídicos da EU. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_pt)

UNITED STATES. UNITED STATES SUPREME COURT. Mitsubishi Motors Co. vs. Soler Chrysler-Plymouth (1985). Nº 83 – 1569. Argued: March 18, 1985. Decided: July 2, 1985.

UNITED STATES. FEDERAL TRADE COMMISSION. The Antitrust Laws. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

UNITED STATES. UNITED STATES COURT OF APPEALS. American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co (1968). Case nº 391 F. 2nd 821. Argued November 22, 1967. Decided March 20, 1968. Disponível em: <https://casetext.com/case/american-safety-equipment-corp-v-jp-maguire-amp-co>

UNITED STATES. UNITED STATES COURT OF APPEALS, FIRST CIRCUIT. Kristian v. Comcast Corp. Nos. 04-2619, 04-2655. Decided: April 20, 2006. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1437496.html>

UNITED STATES. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF OHIO. Plaintiff United States' Explanation of Plan to Refer this Matter to Arbitration. United States v. Novelis, Inc. and Aleris Corporation. No.: 1:19-cv-02033-CAB. Decided: September 9, 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1200821/download>

UNITED STATES. FEDERAL TRADE COMMISSION. Clayton Antitrust Act of 1914. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section12&edition=prelim>

UNITED STATES. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF OHIO. Plaintiff United States' Explanation of Plan to Refer this Matter to Arbitration. United States v. Novelis, Inc. and Aleris Corporation. No.: 1:19-cv-02033-CAB. Decided: September 9, 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/casedocument/file/1200806/download>