

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JULIANA GIL FELIPPE

ARBITRAGEM E CONCORRÊNCIA: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS
DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS

CURITIBA

2022

JULIANA GIL FELIPPE

ARBITRAGEM E CONCORRÊNCIA: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS
DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Márcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Felippe, Juliana Gil

Arbitragem e concorrência: resolução de conflitos oriundos de condutas anticompetitivas / Juliana Gil Felipe. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro.

1. Arbitragem comercial. 2. Direito da concorrência. 3. Cláusulas (Direito). 4. Contratos. I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia nove de março de dois mil e vinte e dois às 14:30 horas, na sala 317, Universidade Federal do Paraná - Prédio Histórico, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **JULIANA GIL FELIPPE**, intitulada: **ARBITRAGEM E CONCORRÊNCIA: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS**, sob orientação da Profa. Dra. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALEXANDRE DITZEL FARACO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), OKSANDRO OSDIVAL GONCALVES (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 09 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

11/03/2022 14:54:33.0

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

09/03/2022 17:02:32.0

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

11/03/2022 15:32:36.0

OKSANDRO OSDIVAL GONCALVES

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **JULIANA GIL FELIPPE** intitulada: **ARBITRAGEM E CONCORRÊNCIA: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS**, sob orientação da Profa. Dra. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 09 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

11/03/2022 14:54:33.0

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

09/03/2022 17:02:32.0

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

11/03/2022 15:32:36.0

OXSANDRO OSDIVAL GONCALVES

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

À minha princesa guerreira, estrela eterna, Mila (*in memoriam*).

Ao meu reflexo de quatro patas, Sir Lilo.

Dois amores da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Eis que, seja por obra de Deus, do destino, ou do acaso, meus anos de mestrado foram contemporâneos a um momento trágico para toda a humanidade. 2020 e 2021 foram anos difíceis, tristes, fartos e atropelados. Por vezes, pensei que não conseguiria completar a trajetória do mestrado.

Contei com muitas pessoas. Foram anos de muitas surpresas e, apesar das distâncias, muitas presenças e muitas vitórias. Enfim, cheguei até aqui.

Agradeço, por isso, ao grande Deus, que me suportou, me reergueu, me abraçou e me acompanhou. Agradeço por ter aprendido a ser e a estar nos desconfortos que fazem parte da vida e a celebrar pequenas conquistas.

Agradeço à minha orientadora Marcia Carla, pela humanidade, pela compreensão e pelo apoio. Especialmente, agradeço pela confiança e por acreditar em mim quando eu mesma me punha à prova.

Agradeço aos meus pais Jáber e Adriana, pelo cuidado e pela dedicação, e aos meus irmãos, Bianca e Jáber, pelo companheirismo e pela parceria.

Ao meu irmão, Jáber, meu parceiro de morada, agradeço por compartilhar comigo os momentos diários de luta e de glória e por ser o pilar de sustentação em muitos deles.

Aos meus amores de quatro patas, meus companheiros, que enchem meus dias de amor e alegria, Mila (*in memorian*) e Lilo.

Aos meus avós, por sempre incentivarem o meu desenvolvimento pessoal e profissional, sendo compreensivos com a minha ausência.

Aos meus amigos e amigas, que não me atreverei a listar, pois foram muitos os que, de alguma forma, ajudaram-me a chegar até aqui. Não poderia, porém, deixar de prestar as minhas especiais homenagens à Thais Rocco, por não desistir jamais, acreditar em mim, ceder seu espaço, dedicar o seu tempo e sempre me incentivar a seguir em frente.

À Debora Visconte, pela confiança no meu trabalho, pelo suporte e pela compreensão.

Aos Professores que fizeram e fazem parte da minha jornada profissional, quem muito admiro.

Aos colegas com quem me deparei pessoal ou virtualmente ao longo dos estudos e dos trabalhos, com quem certamente aprendi virtudes, além do Direito, e pude compartilhar ideias.

RESUMO

O presente trabalho tem como fulcro o exame da utilização da arbitragem como meio de solução de litígios oriundos de práticas anticompetitivas. O estudo parte, primeiramente, da concepção do direito concorrencial no Brasil e sua compreensão como objeto do direito econômico. A partir da doutrina e da prática nacionais e internacionais, defende-se que o envolvimento da ordem econômica e de matérias de ordem pública não enseja a inarbitrabilidade dessas controvérsias. Com efeito, estuda-se a utilização da arbitragem como um remédio adotado junto às condições impostas a atos de concentração aprovados pelo Cade com restrições. As cláusulas arbitrais previstas em Acordos em Controle de Concentração são, então, confrontadas com as características da arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996. Uma vez identificada a existência de previsão de arbitragem e a possibilidade de expressão do consentimento mútuo, são examinadas as condições de execução das cláusulas compromissórias previstas nos ACCs. Estuda-se, ademais, os mecanismos prévios à instauração da arbitragem, bem como as especificidades procedimentais estabelecidas nas referidas cláusulas. Por fim, confronta-se a existência concomitante de autoridades frente às questões competitivas e a sua convivência harmoniosa, junto à aplicabilidade das normas concorrenciais.

Palavras-chave: Arbitragem; direito da concorrência; controle prévio de estruturas; Acordos em Controle de Concentrações cláusula compromissória.

ABSTRACT

This work aims to analyze the use of arbitration to solve disputes arising from anticompetitive practices. The study departs from the conception of the competition law in Brazil and its comprehension as a subject of economic law. Based on national and international doctrine and practice, it is argued that the involvement of the economic order and matters of public policy does not entail the inarbitrability of these controversies. In fact, the use of arbitration as a remedy adopted alongside the conditions adopted on mergers approved by Cade with restrictions is explored. The arbitration clauses provided for in Merger Control Agreements are then confronted with the characteristics of the arbitration provided for in Law No. 9,307/1996. Once the existence of arbitration provisions and the possibility of expression of mutual consent have been identified, the conditions for the implementation of the arbitration clauses provided for in the Merger Control Agreements are examined. Furthermore, the mechanisms prior to the establishment of arbitration are studied, as well as the procedural specificities established in these clauses. Finally, the harmonious coexistence of different authorities in the face of competitive issues is confronted, together with the applicability of the antitrust law.

Keywords: Arbitration; antitrust Law; pre-merger control; Merger Control Agreements; arbitration clause.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	10
II. A RECEPÇÃO DA ARBITRAGEM NA MATÉRIA CONCORRENCIAL	13
2.1. A concorrência como objeto do Direito Econômico	13
2.2. Arbitrabilidade e os litígios endereçados à arbitragem.....	18
III. O INCENTIVO DO CADE À ADOÇÃO DA ARBITRAGEM	34
3.1. Remédios concorrenciais e a solução arbitral.....	34
3.2. A caracterização das cláusulas compromissórias nos Acordos em Controle de Concentração: análise de casos	43
IV. O ÁRBITRO, A SENTENÇA E OS ÓRGÃOS REGULADORES	67
4.1. O procedimento arbitral conforme os ACCs.....	67
4.2. O papel do árbitro e os órgãos reguladores	75
V. CONCLUSÃO.....	94
REFERÊNCIAS.....	98

I. INTRODUÇÃO

Em que pese a jovialidade da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996 – “LBA”), a arbitragem é um meio de solução de controvérsias há muito utilizada no cenário mundial. Graças ao crescente registro de informações, é possível traçar caminhos históricos do seu desenvolvimento no Brasil e no mundo.

Não se nega a persistência e a frequência de questionamentos acerca do instituto, de sua validade, de sua eficiência, de sua confiabilidade. Mas fato é que a adoção da arbitragem é crescente e tem se ampliado. Esse avanço também incentiva novas discussões. A busca pela justiça privada, embora não seja suficiente para desafogar o Poder Judiciário, passa a ser considerada como alternativa adequada a diversas áreas do direito. É esse o caso do direito concorrencial.

Discussões travadas no cenário internacional remontam ao século XX, considerando-se os marcos evolutivos da história da relação da concorrência com a arbitragem. No Brasil, os debates são mais recentes, mas não deixam de acompanhar os novos prumos vislumbrados em outros países.

Isso se dá graças à evolução da concepção do direito concorrencial e do próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). A alocação da defesa da concorrência na ordem econômica acompanhou a evolução da ordem constitucional, o que nos permite aproximar o direito concorrencial da ideia do direito econômico. Essa é a primeira premissa do presente trabalho.

As teorias do direito econômico funcionam como uma base de sustentação para a compreensão histórico-evolutiva da ordem concorrencial sobre a qual se instalou a atual estrutura de defesa da concorrência. Serão elas abordadas de forma sintética neste trabalho, a fim de propiciar um revestimento sobre o qual serão desenvolvidas as discussões pertinentes à atual relação entre arbitragem e concorrência no Brasil. Com efeito, as teorias do direito econômico não serão foco de aprofundamento deste trabalho.

Essa relação ainda é recente e, por isso, enfrenta e ainda enfrentará turbulências. Por isso, a primeira barreira a ser superada é a preconcepção de que litígios oriundos de práticas anticompetitivas são inarbitráveis. Defender-se-á que inarbitrabilidade é uma ideia superada no atual cenário. Um dos fundamentos essenciais dessa superação é o fato de que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) tem fomentado a adoção de cláusulas arbitrais em

Acordos em Controle de Concentrações (“ACCs”), instrumentos que condicionam a aprovação de atos de concentração (“AC”) submetidos à autorização da autoridade concorrencial.

Para se chegar no estudo detalhado desses ACCs, porém, passar-se-á primeiramente pela compreensão do que eles representam e como se originam. Isso se dará por meio do estudo dos chamados remédios, aplicados no contexto do controle prévio de estruturas que surgiu com a nova Lei de Defesa da Concorrência de 2011 (Lei nº 12.529/2011 – “LDC”). Serão examinados os motivos que levam o Cade a adotar uma solução intermediária entre a aprovação e a completa reprovação de operações de fusões, aquisições, incorporações, entre outros.

Essa solução trouxe à baila a utilização do mecanismo arbitral para a solução de controvérsias atinentes aos ACCs. Isto é, além da novidade da relação entre os institutos arbitral e concorrencial, há no Brasil a especificidade da previsão de cláusulas arbitrais em documentos que condicionam atos de concentração entre empresas. Alguns percalços ainda existem, impondo-se a necessidade de se questionar se, de fato, está-se diante de um mecanismo de justiça privada nos moldes da LBA.

A resposta a essa questão exigirá dedicação de um tópico específico para o estudo de cada cláusula arbitral proposta no âmbito do controle de estruturas. Serão abordadas características da convenção de arbitragem, aludindo-se ao necessário consentimento das partes para se estabelecer a competência arbitral. Além da caracterização da arbitragem, também se deve enfrentar a realidade da coexistência de autoridades voltadas às mesmas questões. Com efeito, almeja-se a identificação das atribuições do Cade, do Tribunal Arbitral e das agências reguladoras, separadamente, sem que necessariamente haja conflito entre as suas atuações.

Por fim, e não menos importante, ganhará relevo a discussão acerca da aplicabilidade das normas concorrenciais pelo Tribunal Arbitral, quando confrontado com temas a elas relacionados. Em especial, dedicar-se-á ao destaque da atuação dos árbitros frente aos litígios objeto dos ACCs em exame.

Sobre o poder dos árbitros, não se aprofundará a discussão acerca dos seus deveres de reportar condutas ilícitas sobre as quais tiveram ciência ao longo da instrução arbitral. Embora se compartilhe da ideia de que a arbitragem não pode constituir meio de chancela de condutas ilícitas, considera-se que essa questão não

é exclusiva do direito concorrencial, além de envolver demasiados elementos que são alheios ao objetivo desse trabalho.

Também não constituem o escopo central desse estudo o controle *ex post* de práticas anticompetitivas e infrações à ordem econômica. Com efeito, por extravasar a matéria, não serão detalhadamente conceituados todos os possíveis ilícitos concorrenciais e tampouco aventada a questão no âmbito penal.

Tendo em vista que, no Brasil, o tema é incipiente e ainda pouco debatido na academia, não se ambiciona alcançar conclusões definitivas. Todavia, a doutrina levantada já tratou de abordar temas de extrema relevância para o avanço das discussões. A jurisprudência, especialmente do Cade, muito tem contribuído para a observação da recepção da arbitragem para resolver litígios concorrenciais.

Foram realizados estudos bibliográficos de abrangência nacional e internacional, adotando-se discussões já aventadas como ponto de partida para o alcance das conclusões expostas nesse trabalho. Os estudos do panorama brasileiro foram direcionados para a análise de atos de concentração aprovados sob condições pelo Cade, analisando-se detalhadamente o conteúdo dos processos, além de outros que tenham abordado o tema da arbitragem.

Para tanto, foram utilizadas diversas ferramentas de pesquisa incluindo bases de dados, especialmente aquelas fornecidas pela própria autoridade concorrencial, decisões judiciais, administrativas ou arbitrais – estas por referência indireta, diante da confidencialidade das arbitragens.

Ademais, o aprofundamento do exame somente foi possível graças à especificidade das publicações em revistas e periódicos, além de obras relacionadas às questões da arbitragem, do direito concorrencial, da ordem econômica, da análise econômica do direito, entre outros. Outras fontes desta dissertação foram os debates, seminários e palestras direcionados especialmente a temas relevantes, em que foram aventados caminhos a se seguir, ou que já vêm sendo seguidos na prática.

Buscar-se-á, com fundamento nesses estudos, identificar o atual estado da relação entre arbitragem e concorrência no direito brasileiro, apresentando-se conclusões alcançadas por meio do exame da prática jurisprudencial e das exposições doutrinárias já existentes.

II. A RECEPÇÃO DA ARBITRAGEM NA MATÉRIA CONCORRENCIAL

Arbitragem e concorrência são duas matérias por cujo histórico se concebe uma suposta incompatibilidade. Todavia, essa questão vem há muito sendo superada no cenário internacional. No Brasil, apesar de incipiente, essa relação já é concebida e é merecedora de muitos debates.

Para adentrar nessa questão, o presente tópico partirá da caracterização da concorrência como objeto do Direito Econômico, como parte da evolução histórica da ordem econômica constitucional. De outra parte, defender-se-á que isso não representa a impossibilidade de submissão, à arbitragem, de litígios relacionados à concorrência.

2.1. A concorrência como objeto do Direito Econômico

A concepção do direito concorrencial no Brasil confunde-se com a presença da ordem econômica no contexto constitucional¹. Historicamente, a evolução constitucional passa pela realidade da atuação direta do Estado na economia, a qual ganhou considerável relevância no contexto social de modo que, ao lado das normas de organização do Estado e dos direitos e liberdades, “são acrescentadas as normas mais importantes da Ordem Econômica e Social”². Na atual ordem constitucional nacional, o Estado atua como agente normativo e regulador, exercendo função fiscalizatória e de incentivo no ensejo da ordem econômica brasileira³.

O rearranjo constitucional promovido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CF/88”) trouxe novas concepções sobre o papel do Estado na economia⁴, dando lugar, por exemplo, à criação das agências reguladoras,

¹ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Direito da concorrência: a experiência brasileira e portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 32, p. 1-18, 2007. p. 2-3. VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16/2009, p. 353-385, jan. 2009. (paginação irregular)

² CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann. CÂMARA, Heloisa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. **Fundamentos do direito constitucional brasileiro: novos horizontes brasileiros**. Salvador: Editora Juspoivm, 2021. p. 111-114. “A preocupação com o tema influenciou parcela da doutrina a considerar que o Estatuto da Economia na estrutura jurídica constitucional do Estado permitiu a qualificação do Estado Contemporâneo como ‘Estado Econômico’”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. **Revista de Direito Privado**, v. 60/2014, p. 257-275, out./dez. 2014. (paginação irregular)

³ Artigo 174, CF/88.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 141-146. MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente

nos anos 1990⁵. Nesse mesmo ensejo foi sancionada a Lei nº 8.884/1994, cujo conteúdo moldou a atual estrutura concorrencial brasileira. O direito antitruste adentrou aos poucos na evolução legislativa, assumindo traços básicos entre o final dos anos de 1930 e os anos de 1940, quando foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, predecessora do atual Cade⁶.

Em meio aos esforços direcionados à repressão legal do abuso do poder econômico, o artigo 148 da Constituição brasileira de 1946 aludiu ao tema, considerando contrárias à ordem econômica as finalidades de “dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”⁷. Em 1962, foi promulgada a Lei nº 4.137/1962, marco inicial da legislação concorrencial no Brasil, ao qual se seguiram as leis nº 8.158/1991 e 8.884/1994, constituindo-se esta última a instauração sólida de um sistema de defesa de concorrência no país⁸. Com a Lei de 1994, o Cade passou a constituir uma autarquia, revolucionando-se o ordenamento concorrencial brasileiro⁹.

A regulamentação do poder econômico parte da premissa de que o Estado organizado sob a economia de mercado deve contar com um conjunto de regras a garantir “um nível mínimo de controle das relações econômicas”¹⁰. As discussões acerca de uma teoria do direito concorrencial perpassam os ideais estruturalistas e

e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, p. 87-118, out./dez. 2013. p. 88-90.

⁵ COSTA, Maria D’Assunção. A arbitragem e o direito regulatório brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 55, 2017. p. 39. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 26. BARROSO, Luis Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 13, n. 8, p. 507-515, ago. 1997. p. 515. FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**: Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência. AAFDL: Lisboa, 2008. p. 95-99.

⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34-35.

⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 88, p. 311-340, out./dez. 1985. p. 320.

⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36.

⁹ SOUZA, Alexandre Barreto de; MAHON, Ana Luiza Lima. Novas perspectivas da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Desafios e prioridades da autoridade antitruste. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência**: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. IBRAC, 2017. p. 52. Embora a própria doutrina reconheça a ineficiência dos processos, o que também constou na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.937/2004, que visou alterar a Lei nº 8.884/1994: “Concluiu-se que, não obstante os avanços já obtidos pelo SBDC nos poucos anos que se haviam seguido à edição da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, tal sistema padecia de sérias dificuldades estruturais que lhe comprometiam o desempenho.”

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 35.

aqueles defendidos pela Escola de Chicago, mas vão além¹¹. A ideia da pura eficiência, o utilitarismo e a concorrência perfeita não se eximem de críticas. Autores da doutrina brasileira ressaltam que não se pode limitar a concorrência à eficiência, critério esse que tampouco goza de significado único e definido¹².

Fala-se em um período pós-Chicago, cujos defensores são favoráveis à “inclusão de outros valores, que não meramente econômicos, na análise antitruste”¹³. Seria a evolução do direito antitruste pela transformação de uma atuação passiva do Estado para um direito concorrencial mais ativo e intervencionista no domínio econômico¹⁴. Não obstante, como destaca Maria Paula dos Reis Vaz Freire, deve-se ter em mente a ponderação entre uma tênue e uma forte intervenção, que pode “conduzir à não verificação de formas desejáveis de concorrência”¹⁵. A autora defende que as normas concorrenciais não visam à concorrência perfeita, mas à concorrência efetiva, fundada no funcionamento dinâmico dos mercados¹⁶. A resposta acerca dos preceitos e dos objetivos a serem perseguidos pelo direito concorrencial brasileiro, para Ana Frazão, deve se aproximar da disciplina jurídica conferida à ordem econômica pela Constituição¹⁷.

No Brasil, o Título VII da CF/88 dedicou-se a tratar “Da Ordem Econômica e Financeira”. Dentre os seus fundamentos está a livre iniciativa, observados os

¹¹ Os primeiros, preocupados com a maior ou menor concentração das estruturas dos mercados e os segundos dedicados à análise das eficiências e à autorregulação dos mercados. PIMENTA, Roberto de Castro. Considerações de interesse público no controle de concentrações. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 123-143, dez. 2020. p. 126-127.

¹² Veja-se, por exemplo FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 44. Marcus de Freitas Gouvêa pontua: “Em geral, a concorrência é representada pela curva de oferta e demanda em um mercado competitivo de um produto ou serviço, em que há muitos ofertantes, muitos compradores e onde o preço e a quantidade produzida não podem ser influenciados por qualquer dos agentes. É o que se chama de concorrência perfeita. Ocorre que este mercado plenamente competitivo é um ideal, que não existe na realidade”. GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017. p. 220.

¹³ PIMENTA, Roberto de Castro. Considerações de interesse público no controle de concentrações. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 123-143, dez. 2020. p. 140.

¹⁴ Egon Bockmann Moreira alerta, porém, que “as aqui defendidas *funcionalizações da liberdade empresarial e da intervenção do Estado* na economia não podem resultar num desvirtuamento da Ordem Econômica celebrada pela Constituição. (...) A manifestação do Estado na economia permanece sendo uma exceção e assim deve ser compreendida”. MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 74-77.

¹⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**: Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência. AAFDL: Lisboa, 2008. p. 102.

¹⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**: Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência. AAFDL: Lisboa, 2008. p. 123-129.

¹⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46.

princípios listados pelo artigo 170. A CF/88 também garante o “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos”¹⁸. A livre concorrência é um princípio da ordem econômica brasileira resguardado pelo inciso IV do artigo 170, segundo o qual as empresas devem competir nas mesmas condições entre si, sem gozar de privilégios ou abusar do poder econômico¹⁹. Assim, permitindo a interferência nas estruturas econômicas, o direito concorrencial visa a garantir o funcionamento mais justo e equilibrado do sistema econômico²⁰, dificilmente dissociado da política econômica²¹.

Em 2011, foi promulgada a nova LDC, que “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [SBDC]; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”²². O novo SBDC sofreu mudanças estruturais, como a concentração de funções antes divididas entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”) do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) do Ministério da Justiça, mas também funcionais.

O órgão representativo do SBDC é o Cade, uma autarquia federal que “tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”²³. Nas divisões internas do Cade, a Superintendência-Geral do Cade “assumiu as antigas competências da SDE e Seae”, enquanto o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (“Tribunal do Cade”) assumiu a função de julgador²⁴. A nova LDC também contribuiu para o andamento dos processos administrativos, as negociações, os acordos de leniência e os Termos de

¹⁸ Artigo 170, parágrafo único, CF/88.

¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 9-43, out./dez. 2019. p. 25

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 45.

²¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 413.

²² Artigo 3º, LDC.

²³ **Cade**. Histórico do Cade. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acao-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em 02 fev. 2022.

²⁴ “A elaboração de um planejamento estratégico único afetou positivamente uma série de variáveis, dentre as quais se destacam (i) os critérios de investigação, (ii) a política de negociação de acordos de leniência e TCCs, (iii) a forma de abordagem de cartéis internacionais e (iv) a priorização de cartéis em licitação. O objetivo era construir uma autoridade una, com estratégias dissuasórias coordenadas, aptas a gerar impacto na efetividade da política”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A evolução do antitruste no Brasil: A política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017. p. 26.

Compromisso de Cessação (“TCCs”)²⁵, isto é, na atuação do Cade na análise de condutas anticompetitivas²⁶.

O direito da concorrência brasileiro institui normas específicas para a prevenção e a repressão de práticas contrárias à livre concorrência²⁷. Trata-se do controle de condutas e de estruturas no ambiente concorrencial, contra a criação de barreiras de entrada e as práticas predatórias. Nesse sentido, medidas que representem a dominação de mercado ou o abuso do poder econômico, que ensejem ameaça à concorrência ou que visem ao aumento arbitrário de lucros são previstas e recriminadas como práticas abusivas por determinação constitucional²⁸.

Não se trata apenas da regulação sobre os concorrentes e tampouco o direito antitruste é dedicado especialmente para a eles garantir alguma forma de tratamento especial, pois atua na proteção da concorrência como um todo²⁹. A garantia da competitividade, nesses termos, considera tanto os concorrentes quanto os consumidores, envolvendo todos os componentes do mercado³⁰. Não por acaso é que o artigo 170 da CF/88 incluiu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da ordem econômica, assim como fez a LDC³¹.

Com efeito, são muitos os elementos envolvidos na ordem concorrencial, como a manutenção da possibilidade de escolha, o acesso à entrada no mercado, as condições mínimas de permanência no mercado, a observância das leis, o resguardo de aspectos relevantes a cada setor, os reflexos gerados pelas atividades tanto em seu setor específico, como em outros que possam ser afetados de alguma forma. A defesa da concorrência, portanto, atua em várias frentes, prevenindo atos que possam acarretar riscos, mas também coibindo aqueles que já tenham incorrido em violações.

²⁵ “O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) é um acordo firmado entre o Cade e empresas ou pessoas físicas investigadas por suposta infração à ordem econômica. Por meio deste instrumento, os signatários comprometem-se a suspender as práticas que geraram as suspeitas das condutas anticompetitivas e também se sujeitam ao pagamento de contribuições pecuniárias. Além disso, podem ser estabelecidas outras medidas que estimulem ou reestabeleçam a concorrência no mercado”. Cade. Requerimentos de TCC. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/processos-1/requerimentos-de-tcc>. Acesso em: 03 fev. 2022.

²⁶ RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei n. 12.529/11: A defesa da concorrência avança no Brasil. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017. p. 40-44.

²⁷ JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

²⁸ Artigo 173, §4º, CF/88. “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 56.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 68.

³¹ Conforme o artigo 1º da LDC.

O direito antitruste brasileiro, nesse sentido, disciplina as estruturas e os comportamentos no ambiente competitivo. O controle de estruturas, ao que se dedica especialmente o presente trabalho, empenha-se em afastar a dominação de mercados pela formação de monopólios. Essa ferramenta, todavia, examina, além das estruturas envolvidas, comportamentos que possam ter alguma implicação no mercado em decorrência das operações em análise.

Desde 2011, instituiu-se a análise prévia de determinados atos de concentração pelo Cade, antes da concretização da operação. Essa prática pode significar uma restrição à liberdade econômica, diante da sujeição das operações pretendidas à autorização do Cade, considerando seus efeitos no mercado relevante³². Como se verá no tópico 3.1 a seguir, o controle prévio de estruturas pode ensejar a adoção também de elementos comportamentais para coibir abusos ou condutas desleais³³.

Isso ocorre por meio da aprovação de atos de concentração condicionados à observância de algumas determinações, estabelecidas por meio dos chamados Acordos em Controle de Concentração. É nesse ensejo que se origina a discussão central deste trabalho. A celebração de ACCs no âmbito do Cade, no exercício de sua atuação preventiva, trouxe mais visibilidade à discussão acerca da utilização da arbitragem para resolver litígios que envolvam, diretamente ou de forma incidental, matérias atinentes à concorrência.

Com efeito, partir-se-á, primeiramente, ao exame e à defesa de uma relação compatível e harmoniosa entre o direito antitruste e a via arbitral.

2.2. Arbitrabilidade e os litígios endereçados à arbitragem

No Brasil, arbitragem e concorrência têm estado lado a lado em discussões recentes, mormente quanto à possibilidade de submissão de litígios que envolvam a matéria concorrencial à arbitragem³⁴. A utilização da arbitragem vem sendo fomentada

³² MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78-103, dez. 2020. p. 80.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 109.

³⁴ Veja-se, por exemplo: BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010. BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Comercialista**, v. 4, n. 12, p. 12-25, 2014. GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-

pelo próprio Cade, ao aprovar atos de concentração condicionados à celebração de ACCs com a previsão de cláusulas arbitrais³⁵. Essa prática corrobora com o desenvolvimento do debate no Brasil, pois propõe situações concretas em que a via arbitral é escolhida como meio para resolver controvérsias, ao mesmo tempo em que se vislumbram desafios à sua consolidação.

É essencial, neste momento, a compreensão do instituto da arbitragem³⁶. A arbitragem é um meio privado para a resolução de litígios, que, por escolha das partes envolvidas, são afastados da apreciação do Poder Judiciário³⁷. Para isso, as partes celebram uma cláusula compromissória, prévia à existência da disputa, ou um compromisso arbitral, quando entre as partes já há uma controvérsia instalada. Por versar sobre convenções de arbitragem contidas em ACCs celebrados no âmbito do Cade, este estudo não explorará condições específicas do compromisso arbitral, remetendo-se somente à cláusula compromissória.

No Brasil, a arbitragem é regulamentada pela LBA, segundo a qual a cláusula compromissória pode estar contida em um contrato ou em documento apartado³⁸. Ao celebrar esse contrato de arbitragem, as partes convencionam que determinadas controvérsias serão submetidas ao julgamento de um ou mais árbitros³⁹, apartando-se a atuação do Poder Judiciário sobre a lide. A arbitragem é escolhida pelo exercício da autonomia da vontade das partes⁴⁰, que buscam um mecanismo de solução de

32, 2014. CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 28-45, 2015. Ou estudos anteriores em: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional: Questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁵ DANTAS, Iuri; POMBO, Bárbara. **Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas**. Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, 2015. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>. Acesso em 20 dez. 2020.

³⁶ Sobre o instituto da arbitragem ver: LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Kluwer Law International, 2003. LEE, JOÃO BOSCO. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2006. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1999. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

³⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: Uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 33/2012, p. 245-269, abr./jun. 2012. (paginação irregular)

³⁸ Artigo 4º, LBA. “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15-19.

⁴⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: Uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 33/2012, p. 245-269, abr./jun. 2012. (paginação irregular)

controvérsias eficaz, célere, especializado e, na maioria das vezes, sigiloso⁴¹, por meio da justiça privada.

Essa autonomia também é exercida no momento de escolha do julgador no processo arbitral. A LBA prevê que os árbitros são, basicamente, pessoas de confiança das partes⁴². Porém, é justamente na escolha desses profissionais que reside uma das principais características da arbitragem: a especialidade. Profissionais com alta *expertise* na matéria em litígio, sejam advogados, engenheiros, contadores, economistas, entre outros, são nomeados para assumirem essa função. Para isso, esses profissionais devem atender aos deveres de imparcialidade e independência de um julgador⁴³.

Os procedimentos de nomeação dos árbitros resultam na constituição de um Tribunal Arbitral – sempre com um número ímpar de árbitros⁴⁴ – ou de um Árbitro Único, revestidos de poder jurisdicional para julgar a controvérsia⁴⁵. Os árbitros são responsáveis pela apreciação de impugnações acerca da existência, da validade e da eficácia da cláusula compromissória. São julgadores de sua própria competência, o que implica, inclusive, no exame do escopo da convenção arbitral⁴⁶. Dela somente podem ser objeto, conforme a LBA, direitos patrimoniais disponíveis⁴⁷, “assim entendidos aqueles que, simultaneamente, sejam passíveis de expressão econômica

⁴¹ A LBA não prevê a confidencialidade dos procedimentos arbitrais, porém ela pode ser determinada na própria cláusula arbitral ou por meio da utilização de regulamentos de arbitragem de instituições arbitrais.

⁴² Artigo 13, LBA. “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

⁴³ Artigo 14, LBA. “Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

⁴⁴ Artigo 13, §1º, LBA. “As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”.

⁴⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: Uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 33/2012, p. 245-269, abr./jun. 2012. (paginação irregular)

⁴⁶ Artigo 8º, LBA. “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

⁴⁷ Artigo 1º, LBA. “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

e possam ser objeto de renúncia ou transação⁴⁸. A isso se dá o nome de arbitrabilidade objetiva⁴⁹.

Os árbitros são também responsáveis pela condução da arbitragem, na condição de juízes de fato e de direito, conforme previsto em lei⁵⁰. A eles caberá a decisão dos temas submetidos pelas partes, suas alegações, pleitos e provas produzidas. O processo arbitral se encerra com a prolação de uma sentença pelos árbitros, constituindo-se uma decisão final, irrecorrível, com a correspondência de um título executivo judicial⁵¹.

Ocorre que, historicamente, o direito concorrencial e a arbitragem eram considerados essencialmente incompatíveis⁵². Isso se dá devido à concepção da proteção do livre mercado por meio da lei antitruste como uma norma de ordem pública⁵³ ou de caráter cogente. Sob a vigência da Lei nº 8.884/1994, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney ressaltaram a sua essencial relevância na ordem jurídica, “amparando um interesse público, um interesse da sociedade, coletivamente considerada, que sobreleva a interesses individuais, e constitui uma *lei de ordem pública*”⁵⁴. Com efeito, somente as autoridades ou Cortes estatais poderiam analisar questões que pudessem afetar ou fossem afetadas pela legislação de livre concorrência, antimonopólio e restrições de comércio⁵⁵.

Refutava-se a ideia da arbitrabilidade e presumia-se que a submissão de controvérsias sobre práticas anticompetitivas, abuso do poder econômico e proteção

⁴⁸ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 336.

⁴⁹ Sobre arbitrabilidade, ver: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, Andre Luis. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 219-256.

⁵⁰ Artigo 18, LBA. “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

⁵¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: Uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 33/2012, p. 245-269, abr./jun. 2012. (paginação irregular). Embora possam ser proferidas sentenças parciais, questão recepcionada pela reforma da LBA pela Lei nº 13.129/2015.

⁵² BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Comercialista**, v. 4, n. 12, p. 12-25, 2014. p. 13.

⁵³ BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010. (paginação irregular)

⁵⁴ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 340.

⁵⁵ LEW, Julian D. M.. Competition Laws - Limits to Arbitrators Authority. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. International Arbitration Law Library, v. 19, part II, chapter 12, p. 241-262. Kluwer Law International, 2009. p. 241.

à livre concorrência à arbitragem acarretaria a violação da ordem pública⁵⁶. Segundo esse entendimento, a escolha da arbitragem como representação da autonomia da vontade das partes não coadunaria com o conceito da concorrência como um princípio da ordem econômica⁵⁷, conteúdo de normas imperativas.

Objecções à arbitrabilidade de questões atinentes à concorrência têm, como uma de suas consequências, a eventual possibilidade de anulação ou de denegação de reconhecimento de sentenças arbitrais que, de algum modo, enfrentem essa matéria⁵⁸. No caso do direito brasileiro, por exemplo, a LBA prevê como uma das hipóteses de rejeição de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) a ofensa à ordem pública⁵⁹. No âmbito internacional, a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”), contém previsão semelhante⁶⁰, embora a definição de “ordem pública” seja objeto de debates⁶¹.

Primeiramente, é de fundamental importância observar que a anulação de sentenças arbitrais ou a denegação de sua homologação são medidas excepcionais, não se permitindo a revisão do seu mérito⁶². Em segundo lugar, deve-se atentar às

⁵⁶ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 335.

⁵⁷ SUVANTO, Sanna. Party autonomy and the mandatory rules of competition law in international commercial arbitration. **Transnational Dispute Management Review**, v. 3, issue 3, p. 1-17, jul. 2004. p. 2-3.

⁵⁸ Nos termos dos artigos 2º, §2, e 39, II, da LBA. Ainda, sobre a nulidade de sentenças arbitrais contrárias à ordem pública, segundo Pedro A. Batista Martins, “não se pode negar que a lista do art. 32 da Lei de Arbitragem reflete, em si, matérias elevadas à condição de ordem pública, frente ao ordenamento jurídico nacional. Daí supor-se que a sentença que viola a ordem pública se insere numa concepção interpretativa ampla e analógica dos itens que compõem a lista do art. 32 da Lei”. MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 319.

⁵⁹ Artigo 39, LBA. “A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

(...)

II - a decisão ofende a ordem pública nacional”.

⁶⁰ Artigo V.2(b). “O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

(...)

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

⁶¹ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud explica que ordem pública é “um conceito jurídico indeterminado, na medida em que seu elevado grau de ambiguidade e vagueza exige do intérprete constante preenchimento valorativo” sendo “mutáveis as circunstâncias particulares a cada caso e as concepções do aplicador da norma”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 204.

⁶² BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010. (paginação irregular)

concepções de ordem pública e se a sua configuração enseja, por si só, a inarbitrabilidade de um litígio.

Uma das formas de se conceber o significado de ordem pública é compreendê-la como os princípios fundamentais dos sistemas jurídico, econômico ou social de um país⁶³. Segundo Carlos Alberto Carmona, “normas de ordem pública são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social”, nelas se enquadrando as regras referentes às bases econômicas ou políticas da vida social⁶⁴.

Como já exposto, a concorrência integra a ordem econômica brasileira. Porém, este trabalho defende a premissa de que isso não enseja a inarbitrabilidade das matérias que lidem com o direito antitruste⁶⁵. Para tanto, parte-se da superação dessa discussão no direito comparado⁶⁶, o que também é defendido no Brasil⁶⁷. Ademais, a incidência de norma de ordem pública não é suficiente a implicar a inarbitrabilidade do litígio⁶⁸.

Portanto, entende-se que a barreira inicial da submissão de litígios concorrenciais à arbitragem se deve à delimitação do direito tutelado, o que se passa a analisar. Não obstante o quarto capítulo deste trabalho se ocupe propriamente dos limites de atuação do Tribunal Arbitral e do Cade, o ponto de partida para essa análise é a compreensão sobre as diferentes formas por meio das quais o direito concorrencial se revela.

⁶³ SUVANTO, Sanna. Party autonomy and the mandatory rules of competition law in international commercial arbitration. **Transnational Dispute Management Review**, v. 3, issue 3, p. 1-17, jul. 2004. p. 6.

⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69.

⁶⁵ “A incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) não torna a matéria inarbitrável. A presença de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) em determinado ramo do Direito apenas e tão somente impõe a sua indeclinável aplicação pelo julgador, sem espaço para que as partes possam abrir mão de sua incidência ou modificar-lhe o conteúdo e/ou a eficácia”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, Andre Luis. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 252. No mesmo sentido: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration. Kluwer Law International, 1999. p. 339.

⁶⁶ MOURRE, Alexis. Arbitrability of antitrust law from the European and US perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. **EU and US antitrust arbitration**: A handbook for practitioners. Kluwer Law International, 2011. p. 5-67.

⁶⁷ Veja-se, por exemplo: BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010.

⁶⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 7. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 351.

A defesa da concorrência é descrita em “duas facetas” por Silvia Pachikoski, uma de atuação do Estado e outra “que atinge diretamente o patrimônio de indivíduos específicos na sociedade”⁶⁹. Esta segunda é justamente a que deu origem ao presente trabalho. Isso porque a prática de condutas anticompetitivas pode ensejar controvérsias, dentre elas aquelas atinentes, na esfera cível, à reparação de danos. Essas são disputas cuja resolução entende-se ser passível de submissão à arbitragem. Já no caso dos ACCs analisados nesta oportunidade, há previsão de arbitragem para a resolução de controvérsias específicas, que envolvem o direito concorrencial.

Deve-se distinguir a atuação do órgão antitruste como protetor da ordem econômica das demandas indenizatórias decorrentes da prática de ilícitos concorrenciais (as chamadas ações reparatórias de danos concorrenciais, ou “ARDCs”), como aqueles decorrentes de cartéis⁷⁰. Trata-se do denominado *private antitrust enforcement*⁷¹, que no Brasil ainda representa uma parcela pequena de casos⁷². Essa hipótese está prevista no artigo 47 da LDC, segundo o qual:

Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990⁷³, poderão ingressar em juízo para, em

⁶⁹ PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues P. **Antitruste e arbitragem**. 16 set. 2011. Disponível em: <http://direitoao ponto.com.br/antitruste-e-arbitragem/>. Acesso em: 06 jun. 2020. A autora conclui que “do comportamento antitruste, cuja natureza é indisponível, surgem consequências patrimoniais disponíveis e passíveis de reparação”.

⁷⁰ DANTAS, Yane Pitangueira. A arbitragem como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis e a minuta de Resolução do Cace. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 231-246, mai. 2017. p. 223.

⁷¹ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: Um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 43/2014, p. 171-207, out./dez. 2014. (paginação irregular). Isto é, a aplicação coercitiva privada do direito concorrencial, visando especialmente a reparação de danos. GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017. p. 206. OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competitions Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 jun. 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 05 nov. 2020. p. 2.

⁷² GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: Um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 43/2014, p. 171-207, out./dez. 2014. (paginação irregular)

⁷³ Artigo 82, Lei nº 8.078/90. “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica⁷⁴, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (“PLS”) nº 283/2016 que, entre outras alterações, propõe a inclusão de uma disposição no parágrafo primeiro do artigo 47, a determinar o ressarcimento em dobro aos prejudicados pelas infrações previstas no artigo 36, § 3º, incisos I e II, da LDC⁷⁵. A reparação de danos também corresponde àquela prevista no artigo 944 e seguintes do Código Civil⁷⁶.

Essas demandas são encorajadas pelo Cade, especialmente em relação às vítimas de cartel. No Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 instaurado perante o órgão, o Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan determinou o encaminhamento da decisão do Tribunal do Cade a várias organizações, a fim de divulgar a possibilidade de ajuizamento de demandas indenizatórias e estimulá-las⁷⁷. Elas também podem ocorrer em paralelo a eventual investigação no âmbito da atuação repressiva do Cade, ou independentemente da existência de inquérito ou processo administrativo⁷⁸. Assim, é possível que haja tanto a condenação à reparação civil quanto as sanções determinadas administrativamente pelo órgão concorrencial⁷⁹.

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

⁷⁴ Isto é, atos que visem ou que possam “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”. Artigo 36, LDC. “Quando surge no mercado agentes com poder econômico, que se utilizam deste poder para retirar a liberdade e a possibilidade de competição de outros, surge também, em termos concretos, a violação da concorrência”. GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017. p. 220.

⁷⁵ O PLS nº 283/2016 encontra-se atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com vista conjunta às Deputadas Erika Kokay e Fernanda Melchionna, conforme andamento de 15.12.2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-283-2016>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

⁷⁷ **Cade**. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda, Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., Relator Conselheiro Fernando de Magalhães. data de registro: 19 dez. 2003. p. 7150.

⁷⁸ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Comercialista**, v. 4, n. 12, p. 12-25, 2014. p. 18.

⁷⁹ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014. p. 10.

Sobre isso, Tercio Sampaio Ferraz Junior defende que o *enforcement* público não subsume o prejuízo individual causado pela conduta abusiva à liberdade e ao patrimônio dos sujeitos. Ao mesmo tempo, o *enforcement* privado também confronta infrações à ordem econômica, sem, no entanto, representar mera compensação pecuniária. Nesse sentido, explica que o valor protegido ainda é a competitividade e a liberdade de escolha do prejudicado, que pode, inclusive, obter a cessão de práticas que constituam infração à ordem econômica⁸⁰.

Segundo o autor, a restrição ao patrimônio e à liberdade, vedada por lei, corresponde a um ato ilícito causador de lesão. São “práticas *per se* condenáveis por força de lei, em face do dano que provocam. A lesão ocorre e é qualificada por força da ilegalidade da conduta”, isto é, há uma correlação direta⁸¹. Já a configuração do abuso do poder econômico não exige a ilicitude da prática, bastando que o exercício de prerrogativas, ainda que legítimas e dentro dos limites da lei, viole “princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade”, ferindo interesses e lesando terceiros⁸².

Como se verá a seguir, esse trabalho examina cláusulas arbitrais previamente estabelecidas no âmbito de ACCs celebrados entre o Cade e as empresas envolvidas em operações de concentração (“compromissárias”) sujeitas à sua aprovação. Trata-se da atuação preventiva do órgão por meio do controle de estruturas em que, ao invés de obstar a aprovação de operações, decide aprová-las sob determinadas condições. Tais acordos não são previamente submetidos à assinatura de terceiros, ou seja, potenciais litigantes em face dessas compromissárias, sendo negociados entre o Cade e as compromissárias ou unilateralmente impostos pelo Cade.

Ademais, como cláusulas compromissórias, essas previsões delimitam o escopo das demandas a serem submetidas ao juízo arbitral, prevendo situações específicas passíveis de serem afastadas da jurisdição estatal. O conteúdo específico dessas convenções de arbitragem, quando assim efetivamente caracterizadas, não

⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. p. 18-23.

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. p. 13.

⁸² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. p. 14.

necessariamente remete à indenização de danos, embora isso possa decorrer do deslinde da controvérsia.

O gatilho da utilização da arbitragem geralmente é, nesses casos, o tratamento discriminatório das compromissárias, como a imposição de barreiras de acesso ao mercado, condições abusivas de contratação e elevação de preços. Isso porque o ACC resulta da aprovação de um ato de concentração que sabidamente tem potenciais riscos anticompetitivos, inclusive com a geração de monopólios, duopólios ou posições dominantes em determinados mercados.

Terceiros que não firmaram os ACCs, mas que atuam nesses mercados, terão necessariamente que contratar serviços prestados pelas compromissárias, ou, ao menos, as compromissárias terão de se abster do abuso de sua posição dominante no mercado. Ou seja, para que essas concentrações sejam aprovadas pelo Cade, as compromissárias se comprometem a implementar as condições estabelecidas, incluindo a não supressão da concorrência, para que os riscos das operações sejam compensados pelas eficiências oferecidas ao mercado.

Nos ACCs em estudo, as convenções de arbitragem são especificamente direcionadas a determinadas partes: de um lado, as compromissárias, e, de outro, aquelas identificadas como potenciais demandantes, em face da dispensa de tratamentos anticompetitivos pré-delimitados. Não são, por isso, quaisquer empresas ou pessoas que podem se utilizar da arbitragem contra as compromissárias, assim como não são quaisquer matérias passíveis de serem submetidas à via arbitral, nos termos dos ACCs.

Isso significa que, por exemplo, não se aplica a este trabalho a hipótese do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), sobre as entidades legitimadas à “defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas (...) a título coletivo”⁸³. Não são os consumidores destinatários das cláusulas arbitrais estabelecidas nos ACCs.

Conquanto o exame de tais convenções de arbitragem seja realizado mais detalhadamente nos tópicos adiante, para se compreender melhor a sua especificidade, transcreve-se trechos de algumas delas abaixo:

AC nº 08700.005719/2014-65 (ACC ALL-Rumo)

⁸³ Conforme o artigo 81 do CDC.

2.30. Sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT, **caso algum Usuário se sinta discriminado** na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação.

(...)

2.32. Caso o Usuário entenda que a resposta apresentada pelo Supervisor é insatisfatória, o Usuário poderá iniciar procedimento arbitral privado.

§ 1º. A NOVA COMPANHIA acatará, se satisfeita a condição do caput, todos os pedidos de arbitragem formulados **pelos Usuários de serviço de transporte ferroviário**.

§ 2º A decisão do Tribunal Arbitral será de **constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória**, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas.⁸⁴ (grifou-se)

AC nº 08700.004860/2016-11 (ACC BVMF-CETIP)

2.8. As Compromissárias se comprometem a **oferecer a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias**, o que inclui os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura.

2.9. Para efeitos desse ACC “Prestação de Serviços de CSD” significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal.

2.10. As Compromissárias se comprometem a empreender período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias **com qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD**.

2.11. **Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem** previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”).⁸⁵ (grifou-se)

AC nº 08700.001390/2017-14 (ACC AT&T-Time Warner)

6.1. Qualquer **programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por Assinatura não afiliada à AT&T ou à SKY** poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver **conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo** (“Arbitragem”).⁸⁶ (grifou-se)

Cada uma dessas cláusulas, portanto, tem suas delimitações objetivas e subjetivas. Porém, o detalhe comum é que todas elas versam sobre condições concorrenciais não discriminatórias de contratação. Não se questiona a arbitrabilidade subjetiva nesses casos, por ser suficiente que as partes sejam “pessoas capazes de contratar”⁸⁷.

⁸⁴ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015.

⁸⁵ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017.

⁸⁶ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017.

⁸⁷ Artigo 1º, LBA.

Na forma do artigo 1º da LBA, está presente o requisito da patrimonialidade do direito, haja vista tratar-se de direitos “que têm um objeto avaliável pecuniariamente”⁸⁸, que “são, via de regra, disponíveis”⁸⁹. A disponibilidade do direito⁹⁰, embora presente, é o que pode ser confundido com a possibilidade de enfrentamento de questões atinentes às normas cogentes por meio da arbitragem, não obstante sejam conceitos jurídicos diversos⁹¹.

No direito comparado, casos como *Mitsubishi*⁹² e *Eco Swiss*⁹³ representaram marcos dos entendimentos da Suprema Corte Estadunidense e do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) pela arbitrabilidade de litígios concorrenciais.

No primeiro caso, *Mitsubishi Motors Co.*⁹⁴ (“Mitsubishi”) e *Soler Chrysler-Plymouth*⁹⁵ (“Soler”) eram partes de um contrato de vendas de automóveis fabricados pela Mitsubishi à Soler, sobre o qual se instaurou um litígio. Diante da existência de cláusula arbitral, a Mitsubishi requereu que o Poder Judiciário estadunidense compelissem a Soler à arbitragem. Em resposta, a Soler apresentou pedidos contrapostos, incluindo questões concorrenciais, objeto do *Sherman Act*, que dispõe sobre a liberdade econômica e a preservação da livre concorrência nos Estados Unidos, além da Lei de Concorrência de Porto Rico. Soler argumentou que questões endereçadas por lei com vistas a proteger determinada classe (“*statutory claims*”) somente poderiam ser decididas por arbitragem caso a parte pertencente à referida classe houvesse expressamente concordado⁹⁶.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil**. 20. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Arbitragem e Regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 70-102, out./dez. 2010. (paginação irregular)

⁹⁰ “(...) são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

⁹¹ “Direito indisponível e ordem pública são, repita-se, conceitos distintos. Enquanto a ordem pública implica sua obediência pelo árbitro, a indisponibilidade torna inviável a jurisdição arbitral”. MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. **Interesse Público**, ano X, n. 50, p. 86-102, 2008. p. 101-102.

⁹² Suprema Corte dos Estados Unidos. *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 105 S.Ct. 3346, 02 jul. 1985.

⁹³ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, C-126/97, 01 jun. 1999.

⁹⁴ Uma *joint venture* formada pela suíça Chrysler International, S.A. (CISA) e pela japonesa Mitsubishi Heavy Industries, Inc..

⁹⁵ Empresa constituída em Porto Rico.

⁹⁶ Versão original: “Instead, it argues that as a matter of law a court may not construe an arbitration agreement to encompass claims arising out of statutes designed to protect a class to which the party resisting arbitration belongs “unless [that party] has expressly agreed” to arbitrate those claims (...)”.

Essa concepção significa que a Soler poderia se beneficiar das disposições da norma antitruste, mas, por não se referir a ela, a cláusula arbitral não poderia contemplar litígios a seu respeito. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a alegação Soler não procedia e que não havia razão para se distorcer a interpretação contratual e desfavorecer a arbitragem, ante a inexistência de proteção contra a renúncia à jurisdição estatal.

Em um segundo momento, a Suprema Corte passou a analisar a alegação de inarbitrabilidade de litígios concorrenciais. A Corte relatou que, historicamente, a chamada *American Safety doctrine* defende que, dado o interesse público envolvido na execução do direito antitruste e a natureza dos litígios que surgem na seara competitiva, essas disputas revelam um caráter inapropriado à submissão à arbitragem⁹⁷. Já no caso *Scherk v. Alberto-Culver*, a Suprema Corte decidiu pela arbitrabilidade de disputas oriundas da Lei Americana de Valores Mobiliários de 1934, por meio de cláusula arbitral prevista em contrato internacional⁹⁸.

Ao decidir pela possibilidade de submissão de litígios concorrenciais à arbitragem, a Suprema Corte americana sublinhou que

O mero aparecimento de uma disputa antitruste não leva, por si só, à invalidade do foro selecionado com base em uma suposição não comprovada de que a cláusula arbitral está contaminada. Da mesma forma, a complexidade potencial das questões antitruste não é suficiente para afastar a arbitragem; nem um tribunal arbitral representa um grande perigo de hostilidade às restrições à conduta empresarial que a lei antitruste impõe. E a importância da resolução dos danos privados à aplicação do direito concorrencial não implica a conclusão de que tal remédio não possa ser buscado fora das Cortes americanas.⁹⁹ (tradução livre)

Suprema Corte dos Estados Unidos. *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 105 S.Ct. 3346. p. 3355-3361.

⁹⁷ *"American Satety doctrine"*. Tribunal de Apelações do Segundo Circuito. Estados Unidos. *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 20 mar. 1968.

⁹⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 41 L.Ed.2d 270, 17 jun. 1974. Na ocasião, a Corte entendeu, entretanto, que poderia não ser esse o posicionamento em caso de arbitragem doméstica.

⁹⁹ Versão original: "The mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assumption that the arbitration clause is tainted. So too, the potential complexity of antitrust matters does not suffice to ward off arbitration; nor does an arbitration panel pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes. And the importance of the private damages remedy in enforcing the regime of antitrust laws does not compel the conclusion that such remedy may not be sought outside an American court". Suprema Corte dos Estados Unidos. *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 105 S.Ct. 3346. p. 3355-3361.

Afastada a *American Safety doctrine*, embora reconhecidos os impactos do direito concorrencial em políticas públicas, “prevalecem nas demandas indenizatórias a disponibilidade e arbitrabilidade relacionadas ao direito daquele que foi prejudicado e busca a devida reparação pelo dano que sofreu”¹⁰⁰.

No caso *Eco Swiss*, o TJUE se deparou com a análise do cabimento da anulação de uma sentença arbitral que condenou a Benetton International NV (“Benetton”) a pagar danos em decorrência do encerramento antecipado do contrato de licença junto à Eco Swiss China Time Ltda. (“Eco Swiss”). Ao pleitear a anulação da sentença, Benetton argumentou que a sentença incorreu em violação à ordem pública, pois o contrato encerrado era contrário ao antigo artigo 85º do Tratado da Comunidade Europeia (“TCE”)¹⁰¹, que dispõe sobre a concorrência¹⁰². Nesse sentido, a sentença proferida em inobservância à norma concorrencial europeia deveria ser anulada.

A caracterização do referido artigo do TCE como norma de ordem pública foi confirmada pelo TJUE, constituindo um fundamento para a anulação da sentença arbitral, na hipótese de o direito nacional prever essa hipótese¹⁰³. Destaca-se que a sentença arbitral não havia abordado o dispositivo do TCE que fundamentaria a sua anulação.

Nesses casos, considerados os *leading cases* no tema de arbitragem e concorrência, verifica-se o afastamento da preconcepção de inarbitrabilidade. Assim como no Brasil, a classificação do direito concorrencial como defensor da ordem econômica não constitui, por si só, um óbice à arbitrabilidade. Em verdade, a avaliação de práticas e condições discriminatórias decorre justamente de uma ordem concorrencial visada pelo SBDC e, neste ensejo, pelos ACCs.

¹⁰⁰ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014. p. 23.

¹⁰¹ Atual artigo 81º do TCE (versão portuguesa): “1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: (...)”.

¹⁰² A sentença arbitral condenou a Benetton a pagar à Eco Swiss e à Bulova Watch Company Inc. uma reparação pelos prejuízos sofridos, diante do término antecipado do contrato de licença celebrado entre as partes em 01.07.1986, por um prazo de 10 (dez) anos. Na ação anulatória, a Benetton argumentou que o referido contrato era nulo, à luz do artigo 85 do TCE, o que não foi alegado na arbitragem e, conseqüentemente, não apreciado pelo Tribunal Arbitral.

¹⁰³ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, C-126/97, 01 jun. 1999.

Caberá ao Tribunal Arbitral, dentro da sua competência, interpretar e aplicar as normas de ordem pública no ensejo específico, resguardando-se ao Poder Judiciário a atuação no exame de demandas anulatórias, conforme a lei¹⁰⁴. De outra parte, advoga-se pela análise cuidadosa do Judiciário sobre essa questão, de modo que não se justifiquem anulações de sentenças arbitrais por quaisquer desvios alegados em relação às normas ou à autoridade concorrencial, pois não haverá, necessariamente, transgressão à ordem pública¹⁰⁵.

Em dezembro de 2011, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) publicou um relatório que resultou de discussões do Grupo de Trabalho nº 3 do Comitê de Concorrência, em reunião realizada em 26 de outubro de 2010, especificamente sobre arbitragem e concorrência, enfatizando uma tendência de crescimento de arbitragens sobre a matéria¹⁰⁶. Vale ressaltar que não se confunde a utilização da arbitragem como meio para o *enforcement* privado por sujeitos lesados com a “arbitragem” como uma ferramenta do *enforcement* público pelas autoridades concorrenciais¹⁰⁷. Não se defende, nesse caso, a substituição das competências do Cade pela autoridade arbitral, mas a observância dos limites determinados nos ACCs¹⁰⁸.

Portanto, observadas as esferas de competência de cada autoridade, entende-se pela arbitrabilidade de litígios em matéria concorrencial. Especificamente, são os árbitros competentes para analisar os argumentos e os fundamentos implicados no caso, para decidir acerca da controvérsia no âmbito privado.

¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. Arbitragem e Regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 70-102, out./dez. 2010. (paginação irregular)

¹⁰⁵ Para Luca Radicati Di Brozolo, “[a]s únicas infrações ao direito da concorrência capazes de se qualificar como violações à ordem pública, e por isso de implicar a anulação ou recusa de execução de uma sentença, são portanto aquelas que seriamente põem em risco os objetivos da política concorrencial”. BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010. (paginação irregular)

¹⁰⁶ OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 12.

¹⁰⁷ O relatório da OCDE esclarece que não se trataria propriamente da arbitragem privada, nesse caso, mas de uma espécie de monitoramento. OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 80.

¹⁰⁸ Conforme destacado pela OCDE, “há um espaço muito limitado para a arbitragem na aplicação *ex ante* do direito concorrencial, como por exemplo nas fusões e no auxílio estatal”. (tradução livre). Versão original: “There is a very limited role for arbitration in the *ex ante* application of competition law, for example in mergers and state aid (...)”. OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 11.

A relação entre o órgão concorrencial e a arbitragem, ou o Tribunal Arbitral, será estudada mais detalhadamente no quarto capítulo desta dissertação. Nele também serão abordadas as indagações acerca do poder e do dever do árbitro de examinar e aplicar normas concorrenciais. Neste momento, porém, passa-se à compreensão sobre o que representam as condições estabelecidas nos ACCs e, especificamente, as cláusulas de arbitragem neles inseridas.

III. O INCENTIVO DO CADE À ADOÇÃO DA ARBITRAGEM

A superação da premissa de inarbitrabilidade de litígios concorrenciais, no Brasil, também se dá pela observação das práticas e das discussões engendradas pela autoridade concorrential. Não por outra razão é que se concebe a previsão da arbitragem como meio de solução de eventuais controvérsias que possam se originar de atos de concentração previamente aprovados pelo Cade. Com efeito, as cláusulas arbitrais são concebidas dentre os chamados remédios, adotados como condições à aprovação de operações submetidas à autarquia.

Entretanto, essas cláusulas podem não corresponder àquela arbitragem prevista pela LBA, devendo ser destrinchadas para que se examine a sua configuração como cláusulas compromissórias. As questões pertinentes a esse tema serão analisadas nos tópicos a seguir.

3.1. Remédios concorrenciais e a solução arbitral

No caso do Brasil, o Cade vem há alguns anos se aproximando da solução arbitral. A arbitragem está em debate no atual Projeto de Lei (“PL”) nº 11.275/2018¹⁰⁹, cujo artigo 1º prevê o acréscimo do §16º no artigo 85 da LDC. Esse novo dispositivo determina que os termos de compromisso de cessação de práticas anticompetitivas incluam a obrigação do compromissário de se submeter à arbitragem¹¹⁰. Embora os TCCs não sejam objeto desse estudo, a iniciativa demonstra a crescente aceitação da utilização da arbitragem em matéria concorrential.

¹⁰⁹ O Projeto é de autoria do então Senador Aécio Neves e teve, em 13.12.2021, parecer favorável do Relator Deputado Aguinaldo Ribeiro na Constituição e Justiça e de Cidadania (“CCJC”). Em 15.12.2021, foi realizada reunião deliberativa na CCJC, ocasião em que foi concedida vista conjunta às Deputadas Erika Kokay e Fernanda Melchionna. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em 05 jan. 2022.

¹¹⁰ Artigo 1º do PL nº 11.275/2018. “A Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

‘Art. 85.

§ 16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição.’.”

Antes disso, o controle prévio de estruturas também pode propor mecanismos preventivos contra a práticas de ilícitos concorrenciais, dentre os quais pode estar a arbitragem. A partir da nova LDC, o SBDC passou a contar com o controle *ex ante* de atos de concentração econômica pelo Cade¹¹¹. Com isso, determinadas operações somente se concretizam após o exame prévio dos seus efeitos potenciais no mercado, pela autoridade concorrencial, que pode autorizá-las sem qualquer restrição, aprová-las sob determinadas condições ou vetá-las¹¹². Conforme o artigo 90 da LDC, incluem-se nessas operações as fusões, aquisições, incorporações, os contratos associativos¹¹³, os consórcios e as *joint ventures*.

O artigo 88 da LDC determina quais operações devem ser submetidas à análise prévia do Cade, conforme as condições de faturamento dos seus incisos I e II¹¹⁴. Os valores foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/2012¹¹⁵. Ademais, a Resolução nº 2/2012 do Cade estabelece diretrizes acerca de grupos econômicos e do cálculo dos faturamentos, considerando as empresas envolvidas na operação¹¹⁶. Essa Resolução também trata da documentação e das informações necessárias ao requerimento da operação perante a autoridade concorrencial.

A LDC veda operações “que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”¹¹⁷. O §6º do artigo 88, porém,

¹¹¹ ZIEBARTH, José Antonio Batista de Moura. A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: Perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 20, p. 471-514, 2011. (paginação irregular)

¹¹² MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78-103, dez. 2020. p. 80.

¹¹³ Sobre os contratos associativos, a Resolução do Cade nº 17, de 18 de outubro de 2016, disciplina as hipóteses de notificação em caso de concentração. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy_of_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view. Acesso em 03 fev. 2021.

¹¹⁴ Artigo 88, LDC Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

¹¹⁵ Os valores indicados nos incisos I e II do artigo 88 foram atualizados para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), respectivamente.

¹¹⁶ Artigo 4º, Resolução nº 2/2012. Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view. Acesso em 03 fev. 2021.

¹¹⁷ Artigo 88, § 5º, LDC.

permite “a ponderação de efeitos e contrapartidas, considerando a utilidade representada por uma concentração econômica e eventuais prejuízos concorrenciais”¹¹⁸. Diante disso, cabe à autoridade concorrential ponderar os impactos da operação no mercado, sopesando danos e ganhos potenciais e a possibilidade de neutralização de riscos à ordem concorrential.

Por meio de um exame detalhado, a autarquia pode vislumbrar benefícios à concorrência advindos da operação que justifiquem a autorização da concretização de um ato potencialmente lesivo. Calixto Salomão Filho explica que “a exagerada ênfase no controle estrutural pode ter consequências extremamente negativas, proibindo a formação de estruturas eficientes para o mercado e, em última análise, benéficas para o consumidor”¹¹⁹.

Nesse sentido, há espaço na LDC para a flexibilização¹²⁰ no controle dessas operações, a despeito de eventuais riscos identificados. É nesse ensejo que se aplica uma solução intermediária entre a aprovação sem restrições e a total reprovação dos atos de concentração. Projetadas eficiências, sinergias e compensações, a aprovação de operações de concentração com restrições vislumbra “ganhos econômicos gerados pela operação que podem contrabalancear as restrições à concorrência decorrentes do ato e, assim, justificar a sua aprovação”¹²¹.

Com efeito, ao balancear riscos e benefícios potenciais, a autoridade concorrential pode chegar à conclusão de que as vantagens da operação superam o seu potencial lesivo, de modo a aprovar a concentração sem qualquer restrição¹²².

¹¹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FELIPPE, Juliana Gil. Remédios do antitruste e efetividade do direito concorrential. **Revista de Análise Econômica do Direito**, ano 1, v. 1, jan./mai. 2021. (não paginado)

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrential**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 111.

¹²⁰ MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78-103, dez. 2020. p. 81. “Mitigam-se, com isso, as condições do §5º, visando a: (a) aumentar a produtividade ou a competitividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; desde que repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FELIPPE, Juliana Gil. Remédios do antitruste e efetividade do direito concorrential. **Revista de Análise Econômica do Direito**, ano 1, v. 1, jan./mai. 2021. (não paginado)

¹²¹ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Método, 2012. p. 212. No mesmo sentido: FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 422. Sobre a questão, ainda no ensejo da Lei nº 8.884/1994, ver: ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Direito da concorrência: a experiência brasileira e portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 32, p. 1-18, 2007.

¹²² A exemplo do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, aprovado pelo Tribunal do Cade, que foi avocado pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira após recomendação de não-conhecimento da Superintendência-Geral. O Conselheiro Relator, cujo voto foi adotado por unanimidade, entendeu que “[a] pesar dos riscos concorrenciais apontados, (...) é forçoso reconhecer que a operação, ou seja, o contrato de compartilhamento de rede, traz inequívocos ganhos de eficiência”. Ao optar pela

Todavia, diante elevados potenciais lesivos ou concentrações que efetivamente gerem sobreposições horizontais ou verticais¹²³, com eventuais riscos aos concorrentes, é possível a aprovação com a adoção de restrições, os remédios, a fim de preservar as condições de competição existentes¹²⁴.

Esses remédios, no caso dos ACCs, são estabelecidos antes da concretização da operação. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Vinicius Marques de Carvalho apontam a dificuldade de implementação, *a posteriori*, dos remédios às operações como um dos motivos da adoção da análise prévia dos atos de concentração pela nova LDC, além do incentivo à cooperação das empresas, já que a consumação da operação passou a depender da aprovação do Cade¹²⁵.

A aprovação de atos de concentração com restrições tem como objetivo maximizar os benefícios das operações no mercado, que são contrabalanceados por meio de remédios aptos a mitigar eventuais efeitos nocivos. Esses remédios são exaustivamente discutidos no âmbito do processo, com a participação das empresas requerentes.

Para se chegar à propositura dessa solução, dá-se início, primeiramente, ao requerimento de ato de concentração perante a Superintendência-Geral do Cade, nos termos dos artigos 53 e seguintes da LDC. As empresas requerentes prestam informações detalhadas sobre a operação pretendida, incluindo faturamentos, mercados envolvidos, demais empresas envolvidas, fornecedores e empresas com as quais compartilham atividades e negociações, entre outros. A muitos desses dados é conferida confidencialidade, diante dos segredos de negócio envolvidos na operação.

Todavia, algumas informações são publicadas em edital, para ciência de agentes econômicos, setores envolvidos e terceiros interessados, que podem solicitar

aprovação sem restrições da operação, o Relator ressaltou o papel da agência reguladora (Anatel), que “está em melhores condições” de aplicar limites ao processo de integração das operadoras de serviços de telecomunicação. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.002276/2018-84. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A. Relator Conselheiro João Paulo de Resende, j. em 07 nov. 2018. p. 36.

¹²³ “As *práticas restritivas*, ou *anticompetitivas*, *verticais* são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços – ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção”. FAGUNDES, Jorge. Restrições verticais: Efeitos anticompetitivos e eficiências. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 12.2005, p. 107-128, jan. 2005. (paginação irregular)

¹²⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 159.

¹²⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A evolução do antitruste no Brasil: A política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017. p. 26.

a sua inclusão para acompanhamento do processo¹²⁶. Após detalhada instrução dos autos, a Superintendência-Geral pode declarar a complexidade da operação. Cabe também à Superintendência-Geral aprovar o ato de concentração sem restrições ou, se entender pertinente, impugná-lo perante o Tribunal do Cade¹²⁷. Nessa ocasião, a Superintendência-Geral poderá se manifestar pela reprovação da operação, sugerir a sua aprovação com a imposição de condições ou apontar a insuficiência de elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado¹²⁸.

Ao Tribunal do Cade, portanto, caberá a conclusão do processo, em que ocorre a aprovação integral da operação, sua rejeição ou sua aprovação sob determinadas condições de validade e eficácia do ato, em atenção ao artigo 61 da LDC. Na hipótese de aprovação com restrições, as empresas requerentes e o Cade celebram um Acordo em Controle de Concentração, que estabelece remédios “no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados”¹²⁹. Essas restrições podem representar condições consensualmente estabelecidas entre o Cade e as compromissárias, ou unilateralmente impostas pelo Cade¹³⁰. Os incisos I a VI do §2º do artigo 61 da LDC arrola alguns dos possíveis remédios a serem adotados¹³¹.

¹²⁶ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012. p. 200.

¹²⁷ “Com a Lei 12.529/11 (art. 53 e ss.), o Tribunal passou a analisar tão somente os atos de concentração particularmente complexos, principalmente os impugnados pela Superintendência-Geral (SG), nos casos em que se recomendou rejeição, aprovação com restrições ou nos quais não foi possível avaliar os efeitos concorrenciais”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A evolução do antitruste no Brasil: A política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência**: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. IBRAC, 2017. p. 30.

¹²⁸ Artigo 57, incisos I e II, LDC.

¹²⁹ Artigo 61, LDC.

¹³⁰ “Para além disso, o direito positivo abriu caminho para um procedimento negocial entre a autarquia e os requerentes com vistas à viabilização de compromissos. Trata-se de um caminho pró-consensual voltado à elaboração conjunta das estipulações obrigacionais”. MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78-103, dez. 2020. p. 81.

¹³¹ Artigo 61, § 2º, LDC. “§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II – a cisão de 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 ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

São instrumentos que visam a remediar “uma situação estrutural que poderia inviabilizar a aprovação da operação analisada”¹³². Assim, impõem-se medidas ao ato de concentração, em defesa da livre concorrência. O procedimento de propositura e aprovação dos ACCs observa o previsto no Regimento Interno do Cade (“RICADE”), especialmente os artigos 120, 124 e 125.

Embora o dispositivo da LDC que versava sobre os ACCs tenha sido vetado (artigo 92), a LDC faz referências expressas aos ACCs em outros dispositivos. O artigo 9º, V e X, da LDC, por exemplo, versa sobre a competência do Plenário do Tribunal do Cade para fixar ou aprovar os termos do ACC e determinar a sua fiscalização pela Superintendência-Geral. As competências da Superintendência-Geral sobre os ACCs, por sua vez, constam no artigo 13, X, da LDC.

Sobreposições horizontais¹³³ ou verticais¹³⁴ oriundas dessas concentrações e seus eventuais prejuízos à concorrência podem demandar a aplicação dos remédios no controle prévio de estruturas. É possível, ainda, que ambas as sobreposições ocorram simultaneamente¹³⁵. As primeiras resultam da reunião de empresas do mesmo segmento, tendo como riscos potenciais, por exemplo, o aumento do poder de controle (efeitos unilaterais) ou a formação de cartéis e estratégias conjuntas (efeitos coordenados)¹³⁶. O fechamento do mercado, com restrições de acesso e discriminação – ou até mesmo a eliminação – de concorrentes também pode advir das concentrações verticais.

Em outubro de 2018¹³⁷, o Cade lançou o Guia de Remédios Antitruste (“Guia de Remédios”), após prévias contribuições públicas sobre o tema. Esse Guia esclarece que a determinação dos remédios “envolve (i) a delimitação de ações e comandos para as partes envolvidas na operação, (ii) a forma de aplicação dessas ações, (iii) seu monitoramento e (iv) a verificação de cumprimento”¹³⁸. Para tanto, são

¹³² Definição trazida pelo Cade. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>. Acesso em: 05 jan. 2021.

¹³³ A concentração de “empresas concorrentes no mesmo mercado”. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

¹³⁴ Isto é, entre “empresas situadas em níveis diferentes de uma mesma cadeia produtiva”. SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

¹³⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117.

¹³⁶ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 29.

¹³⁷ Cade. Cade lança guia sobre remédios antitruste. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-guia-sobre-remedios-antitruste>. Acesso em: 05 jan. 2021.

¹³⁸ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 9.

estudadas as medidas possíveis diante das condições existentes, além dos bens e direitos envolvidos e os custos de transação e de *enforcement*¹³⁹. A aplicação desses remédios exige cautela, em face dos riscos de efeitos inversos, que podem operar como desincentivos e limitar a livre atuação das empresas¹⁴⁰.

Os remédios são classificados em comportamentais ou estruturais, a serem aplicados isoladamente ou em conjunto. O Guia de Remédios menciona vários exemplos de ambos os tipos¹⁴¹. São remédios estruturais a transmissão de direitos e ativos, como aqueles previstos nos incisos I a III do § 2º do artigo 61 da LDC. Os remédios comportamentais representam “obrigações de práticas comerciais, financeiras ou econômicas”, como a separação contábil ou jurídica prevista no inciso IV do § 2º do artigo 61 da LDC¹⁴².

Para a eleição dos remédios adequados a cada caso, são considerados fatores como a proporcionalidade, a tempestividade, a factibilidade e a verificabilidade. Essas medidas devem atender a critérios de necessidade, adequação, suficiência, custo, possibilidade de monitoramento, possibilidade de estudo e de implementação de todas as etapas e a fixação de um prazo razoável¹⁴³. Também são ponderados os

¹³⁹ Trata-se tanto do *enforcement* público quanto privado, isto é, a execução ou exequibilidade de sanções e determinações do órgão antitruste e a persecução da reparação de danos por pessoas/empresas prejudicadas. Sobre o tema, ver FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013.

¹⁴⁰ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 17. A fixação de preços máximos, por exemplo, representa um alto risco à atividade empresarial, gerando um controle excessivo do Cade.

¹⁴¹ Sobre os remédios estruturais, o Guia também menciona a “transmissão definitiva de direitos de propriedade intelectual, inclusive patentes, marcas e outros”. Já os remédios comportamentais incluem também “obrigações de transparência negocial com e para terceiros em atividades de fornecimento e compra de insumos e produtos; comportamento não discriminatório e/ou concorrencialmente inapropriado com terceiros nas atividades de fornecimento e compras, em relação a partes relacionadas por meio do AC; suspensão ou eliminação de cláusulas de exclusividade de fato ou de direito em relações comerciais com partes relacionadas por meio do AC; obrigação de fornecimento de insumos ou acesso a ativos-chave para concorrentes verticalmente relacionados; obrigação de notificação de AC, mesmo não notificável por critérios de faturamento; suspensão de direitos políticos ou societários advindos de participações ou dos efeitos concorrenciais derivados de instrumentos financeiros; impedimentos no acesso e transmissão de informações concorrencialmente relevantes entre partes relacionadas dos Requerentes do AC; licenciamento obrigatório de propriedade intelectual, inclusive marcas”. Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 12.

¹⁴² Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 11-12.

¹⁴³ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 14-15. CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 1, 2016. p. 60-61.

riscos que podem se originar da própria aplicação dos remédios, a fim de evitar distorções e ineficiências indesejadas¹⁴⁴.

Segundo o Guia de Remédios, os remédios estruturais são mais efetivos, apresentando “menor custo de monitoramento e menor risco de distorções”¹⁴⁵. Esses remédios incidem no gerenciamento de ativos, com a segmentação da propriedade, mitigando efeitos oriundos da centralização de decisões. Por sua vez, os remédios comportamentais “podem ser mais apropriados para preservar potenciais eficiências de um AC – e.g., redução de custos de transação e internalização de externalidades –, ao mesmo tempo que diminuem os riscos de fechamento de mercado”¹⁴⁶ nas concentrações verticais.

Exemplo relevante ao presente trabalho são as obrigações relativas às condições de acesso de concorrentes à infraestrutura das empresas, como as *essential facilities*. Faz parte desse conjunto de remédios a não discriminação, determinada nos ACCs objeto do presente estudo. Essas condições podem ser monitoradas por um *trustee*, empresas ou pessoas externas responsáveis pela fiscalização do seu cumprimento, cuja indicação e atuação se dá conforme os termos dos ACCs¹⁴⁷. Entretanto, incidem nessa hipótese os custos de monitoramento – embora suportados pelas empresas¹⁴⁸ –, além das dificuldades de implementação e da assimetria informacional¹⁴⁹.

O setor interno responsável pelo monitoramento dos ACCs no Cade é a Superintendência-Geral, conforme o artigo 52 da LDC e a Resolução Cade nº 6/2013. Essa atividade é compartilhada com outros órgãos, como a Procuradoria Federal

¹⁴⁴ Cade. Departamento de Estudos Econômicos. ATTAYDE, Maria Cristina de Souza Leão; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Documento de Trabalho nº 002/2020. **Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência**. Brasília: 2020. p. 16-17.

¹⁴⁵ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 15-16.

¹⁴⁶ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 39.

¹⁴⁷ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 41.

¹⁴⁸ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 49-52.

¹⁴⁹ Cade. **Guia Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 07 nov. 2020. p. 41. Sobre o tema, Shavell explica que, em um contexto de maior domínio de informações por partes privadas, o alcance de informações pelo regulador exigiria um acompanhamento contínuo do comportamento das partes, podendo gerar obstáculos de caráter prático. SHAVELL, Steven. Liability for Harm versus Regulation of Safety. **Journal of Legal Studies**, v. XIII, jun. 1984. p. 360.

Especializada junto ao Cade (“PROCADE”), que poderão emitir relatórios e promover estudos sobre o cumprimento dos ACCs.

Conforme o Documento de Trabalho nº 002/2020 elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”) do Cade, a nova LDC funciona como um incentivo à negociação. O Documento ressalta que não é “atrativo para as partes recorrerem a uma revisão judicial”¹⁵⁰. Dessa forma, houve um incremento na determinação de remédios mais incisivos pela autoridade, por meio do sistema de notificação prévia estabelecido pela LDC, “em prol de maior *enforcement* da defesa da concorrência”¹⁵¹.

Com efeito, as empresas requerentes participam e auxiliam a instrução dos autos do ato de concentração, enquanto os órgãos do Cade atendem a prazos durante a condução e para a apreciação dos pedidos submetidos pelas partes interessadas. Instaura-se um incentivo à cooperação, que trabalha a favor da efetividade dos remédios do antitruste¹⁵². Os remédios, por sua vez, têm como fulcro contribuir para a minimização dos potenciais efeitos prejudiciais decorrentes dessas operações, tendo em vista os benefícios potenciais ao mercado. Em outra ocasião, tomou-se nota da relação entre a efetividade dos remédios e a cooperação dos entes atuantes nos processos de concentração:

Portanto, as empresas interessadas em realizar uma concentração econômica deverão envidar esforços caso a autoridade concorrencial demonstre preocupação com a nocividade da operação. Por sua vez, o Cade e outras empresas e instituições interessadas no desenvolvimento econômico também poderão cooperar para que a operação resulte em maior utilidade a todos os envolvidos: o mercado relevante, os consumidores, entre outros.¹⁵³

Nesse ensejo, a arbitragem é considerada junto aos demais remédios propostos no condicionamento da aprovação de atos de concentração¹⁵⁴. As cláusulas

¹⁵⁰ No mesmo sentido: CARVALHO, Patricia Bandouk. Remédios antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 21, p. 181-205, 2012. (paginação irregular)

¹⁵¹ Cade. Departamento de Estudos Econômicos. ATTAYDE, Maria Cristina de Souza Leão; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Documento de Trabalho nº 002/2020. **Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência**. Brasília: 2020. p. 53-54.

¹⁵² AXELROD, Robert. **A Evolução da Cooperação**. Tradução: Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010. p. 117 e 126.

¹⁵³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FELIPPE, Juliana Gil. Remédios do antitruste e efetividade do direito concorrencial. **Revista de Análise Econômica do Direito**, ano 1, v. 1, jan./mai. 2021. (não paginado)

¹⁵⁴ Como nos Atos de Concentração nº 08700.000344/2014-47 (Caso ICL-Fosbrasil), nº 08700.005719/2014-65 (Caso ALL-Rumo), nº 08700.004860/2016-11 (Caso BVMF-CETIP) e nº 08700.001390/2017-14 (Caso AT&T-Time Warner). Sobre o tema: CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em

de arbitragem são então recebidas como um mecanismo célere, eficaz e especializado para a resolução de litígios previstos nos termos dos ACCs.

A eficácia dessas cláusulas e a sua efetiva caracterização como convenção arbitral, todavia, merece ser estudada separadamente. Entende-se que a redação adotada em algumas delas não refletiu exatamente a ideia de se utilizar a arbitragem da LBA para dirimir disputas oriundas dos ACCs. De outra parte, é possível perceber a evolução dessa concepção ao longo dos anos, o que revela um cenário favorável para a atuação conjunta dos institutos da arbitragem e do direito concorrencial.

O conteúdo dessas cláusulas e o que elas realmente exprimem será objeto de análise a seguir.

3.2. A caracterização das cláusulas compromissórias nos Acordos em Controle de Concentração: análise de casos

A convenção de arbitragem configura um negócio jurídico, dotado de condições de existência, validade e eficácia. O contrato arbitral é fundado no consentimento¹⁵⁵ e se constitui pela existência de manifestação volitiva válida, expressão da autonomia da vontade das partes em recorrer à via arbitral para resolver determinados litígios¹⁵⁶.

Ao se examinar a iniciativa do Cade de incluir cláusulas compromissórias em ACCs, a primeira observação a ser feita é a de que a instauração de eventual arbitragem se dará entre as compromissórias – ou a empresa resultante da operação – e outras partes que, até então, eram terceiros em relação aos ACCs. Isto é, esses terceiros não terão, de início, firmado a cláusula arbitral.

A cláusula compromissória é regida pelo artigo 4º da LBA, cujo §1º exige a sua apresentação na forma escrita, seja no próprio contrato ou em documento apartado¹⁵⁷. Essa é a única formalidade legal atribuída à cláusula compromissória.

controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 28-45, 2015.

¹⁵⁵ BACELLAR, Roberto P. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122-123.

¹⁵⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

¹⁵⁷ Artigo 4º, LBA. “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§1º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

Passa-se, assim, a analisar o contexto das cláusulas arbitrais inseridas nos ACCs firmados perante o controle de concentrações do Cade, a fim de se identificar, primeiramente, se efetivamente constituem cláusulas compromissórias na acepção da LBA. Sendo a resposta positiva, verificar-se-á como se dá o consentimento tanto das empresas envolvidas na concentração quanto desses terceiros.

Em 15 de janeiro de 2014, a Bromisa Industrial e Comercial Ltda (“Bromisa”) e a ICL Brasil Ltda. (“ICL Brasil”) submeteram à apreciação do Cade o ato de concentração econômica por meio do qual a Bromisa, ou outra empresa do Grupo ICL, adquiriria 44,25% das ações da *joint-venture* Fosbrasil S.A. (“Fosbrasil”). A Fosbrasil era então detida em 44,25% pela empresa Vale Fertilizantes S.A., empresa do Grupo Vale, “um dos maiores grupos de mineração e produção de metais do mundo”¹⁵⁸ e em 44,25% pela ICL Brasil, empresa integrante do grupo econômico israelense controlado pela ICL Chemicals Ltd.¹⁵⁹ (“Grupo ICL”). O restante de 11,5% das ações da Fosbrasil era detido pela Prayon S.A.

O Grupo ICL, conforme destacado no requerimento do AC, “atua na produção de sais de fosfato, fertilizantes e seus produtos intermediários, entre outros produtos químicos”¹⁶⁰, enquanto a Fosbrasil gera produtos à base de fósforo, incluindo o ácido fosfórico de grau alimentício. Esse ácido fosfórico era fornecido para a produção de sais de fosfato pelo Grupo ICL.

A operação de concentração visou a dissolução da *joint-venture* por meio de um Contrato de Compra e Venda de Ações celebrado em 20 de dezembro de 2013, que resultaria no controle conjunto da Fosbrasil pela Bromisa e pela ICL Brasil, duas empresas sob o mesmo controle societário. Todavia, o Grupo ICL argumentou, em seu requerimento, que a operação não geraria sobreposição horizontal ou vertical e que a integração vertical entre a Fosbrasil e a ICL Brasil era pré-existente, não sendo capaz de afetar negativamente o mercado¹⁶¹.

¹⁵⁸ **Cade.** Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 1. p. 02.

¹⁵⁹ Controlada pela Israel Corporation Ltd.

¹⁶⁰ **Cade.** Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 1. p. 02.

¹⁶¹ **Cade.** Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 1. p. 08

Após o incremento de diversas informações nos autos do AC, incluindo aquelas prestadas por empresas atuantes no mercado, a Nota Técnica nº 238, de 18 de agosto de 2014, da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1 (“CGAA1”) recomendou que o referido AC fosse declarado complexo, nos termos do artigo 56 da LDC e do artigo 120 do RICADE, afirmando “ser necessário o aprofundamento da análise concorrencial”¹⁶². O AC nº 08700.000344/2014-47 foi, na mesma data, declarado complexo por meio do Despacho nº 975 do Superintendente-Geral¹⁶³.

Em 23 de outubro de 2014, a Superintendência-Geral apresentou impugnação ao ato de concentração perante o Tribunal do Cade¹⁶⁴. O Parecer nº 335 da CGAA1 ressaltou que havia elementos anticompetitivos significativos e que não era possível “aprovar o ato de concentração sem restrições que sanem ou atenuem os problemas concorrenciais levantados”¹⁶⁵.

Em seu voto, a Conselheira Relatora, Ana Frazão, registrou a proposta das requerentes de celebração de ACC e manifestou-se favoravelmente à aprovação do ato de concentração, condicionada ao cumprimento do ACC¹⁶⁶. Na oportunidade, a Conselheira afirmou que “soluções negociadas, desde que sejam capazes de resolver os problemas concorrenciais identificados, são sempre preferíveis a remédios unilaterais, (...) além de, em regra, serem mais fáceis de monitorar em razão da própria disposição das partes em cumprir o ajuste”¹⁶⁷.

De outra parte, a Conselheira ressaltou a possibilidade de revisão da decisão do Cade, nos termos do artigo 91 da LDC, na hipótese de alteração do cenário concorrencial causada pelas requerentes. O Plenário acompanhou, por unanimidade,

¹⁶² **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 8. p. 1665.

¹⁶³ **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 8. p. 1667.

¹⁶⁴ **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 9. p. 1992-2053.

¹⁶⁵ **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 8. p. 2052.

¹⁶⁶ **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 9. p. 2195-2254

¹⁶⁷ **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 9. p. 2244.

o voto da Relatora, aprovando a operação sob a condição de celebração e cumprimento do ACC anexado ao voto¹⁶⁸.

Por meio do ACC (“ACC ICL-Fosbrasil”), a ICL Brasil então se comprometeu a proteger e a preservar o ambiente competitivo, estabelecendo-se algumas condições de defesa da concorrência. No capítulo referente ao monitoramento, a ICL Brasil se comprometeu a encaminhar relatórios semestrais à PROCADE, informando eventuais situações de recusa, pela Fosbrasil, no fornecimento de PPA (ácido fosfórico de grau alimentício) a produtores independentes de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil (“Produtor”). Ademais, o Cade também poderia solicitar outras informações que julgasse necessárias para verificar o cumprimento do ACC¹⁶⁹. Na hipótese de o Produtor entender que a recusa não teve justificativa objetiva, segundo a cláusula 3.6 do ACC, “o Cade poderá, se apropriado, solicitar à ICL Brasil que dê início a processo de arbitragem para dirimir a questão, de acordo com as práticas usuais de negócio”.

Sendo o ACC ICL-Fosbrasil o primeiro a incluir determinação acerca da arbitragem, ele constitui um importante ponto de partida para a arbitragem relacionada ao controle de estruturas do Cade. Entende-se que a previsão de cláusula arbitral por escrito atende à formalidade legal. Cabe, todavia, analisar se a referida cláusula efetivamente corresponde a uma convenção de arbitragem nos termos da LBA.

Observa-se que o ACC foi firmado apenas pela ICL Brasil e o Cade, enquanto a eventual recusa de fornecimento é atribuída à Fosbrasil. A cláusula 3.6.1 do ACC, de outra parte, prevê a oportunidade de a ICL Brasil se manifestar sobre a questão antes da decisão do Cade de instaurar ou não uma arbitragem “para determinar se houve uma justificativa objetiva”. Os argumentos da ICL Brasil devem ser então considerados pelo Cade.

Essa primeira menção à arbitragem no ACC já causa estranhamento quando deparada com a realidade da arbitragem como meio privado de resolução de litígios, baseado na autonomia de vontade das partes, a quem caberia decidir sobre a instauração ou não de procedimento arbitral. Não sendo a Fosbrasil signatária do

¹⁶⁸ Da mesma forma, o Plenário “determinou a supressão da cláusula de não concorrência prevista no contrato de compra e venda de ações”, o que, todavia, não guarda relevância com o presente estudo. **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 9. p. 2266.

¹⁶⁹ Cláusulas 3.3 e 3.4 do ACC ICL-Fosbrasil.

ACC, embora sua provável futura controladora o seja, é francamente possível se questionar sobre o consentimento da Fosbrasil à arbitragem. Não obstante se possa estar tratando de empresas do mesmo Grupo¹⁷⁰, ICL Brasil e Fosbrasil constituem empresas diversas¹⁷¹.

O Produtor também não é parte do ACC, de modo que não há dele qualquer expressão de consentimento à arbitragem, tampouco pela determinação de instauração da arbitragem pelo Cade. A única referência à concordância do Produtor consta na cláusula 3.6.4¹⁷², que somente prevê a notificação do Produtor independente sobre os “termos das cláusulas 3.6.2 e 3.6.3 acima” para “expressamente concordar em se vincular a eles para o prosseguimento do procedimento”¹⁷³.

Porém, no caso do ACC ICL-Fosbrasil, o ponto determinante acerca da caracterização da arbitragem prevista na LBA como meio de resolução dos litígios está na concepção da atuação do árbitro. A análise da controvérsia, conforme a cláusula 3.6.2 do ACC ICL-Fosbrasil, dá origem a uma “opinião” do(s) árbitro(s), e não a uma decisão final e irrecorrível, de acordo com a arbitragem da LBA. Nos termos do ACC ICL-Fosbrasil, essa opinião se limita a versar sobre a existência ou não de uma justificativa objetiva para a recusa do fornecimento dos sais de fosfato e deve ser submetida ao Cade, que tomará uma decisão sobre o tema.

Ao analisar o caso desse ACC, Rodrigo de Camargo Cavalcanti considerou que a sentença a ser emitida pelo(s) árbitro(s) teria cunho meramente declaratório e que, ao se deparar com essa decisão (ou opinião), o Cade deverá tomar uma decisão

¹⁷⁰ E assim, partir para a análise de eventual extensão da cláusula compromissória. Sobre o tema, ver: SENTNER JR. James J. Who is bound by arbitration agreements? enforcement by and against non-signatories. **Business Law International**, v. 6, n. 1, jan. 2005.

¹⁷¹ De outra parte, a operação somente foi possível devido à celebração do ACC pela ICL Brasil, que assumiu compromissos perante o órgão concorrential e responsabilizou-se pela atuação da Fosbrasil.

¹⁷² Cláusula 3.6.4 do ACC ICL-Fosbrasil. “Se o CADE decidir pelo início de um procedimento de arbitragem, o produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que protocolou a reclamação deve ser notificado dos termos das cláusulas 3.6.2 e 3.6.3 acima e deve expressamente concordar em se vincular a eles para o prosseguimento do procedimento”.

¹⁷³ “3.6.2 A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) – que será apontado pela ICL Brasil e referendado pelo CADE – será então submetida ao CADE para que esse tome uma decisão fundamentada. A opinião do(s) árbitro(s) será limitada a determinar se a Fosbrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil.

3.6.3 Os custos do árbitro(s) serão pagos pela ICL Brasil, exceto se no fim do processo for estabelecido que a reclamação foi feita pelo produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil alegadamente prejudicado de má-fé e/ou foi baseada em informações falsas ou enganosas (...).”

fundamentada. Assim, “os motivos devem guardar congruência, pertinência com o ato a ser praticado”, “como qualquer ato da administração pública”¹⁷⁴.

Entretanto, entende-se que o ACC ICL-Fosbrasil não contém um instrumento de heterocomposição por um árbitro ou Tribunal Arbitral, mas a emissão de um parecer sujeito à análise do Cade. Essa disposição, portanto, contraria a função do árbitro em sua acepção pelo direito nacional, como juiz de fato e de direito, que profere uma sentença não sujeita a recursos ou à homologação do Poder Judiciário¹⁷⁵. Tal(tais) árbitro(s), conforme a mesma cláusula 3.6.2, seriam indicados pela ICL Brasil e referendados pelo Cade, o que mais uma vez contraria a premissa arbitral da vontade das partes (de ambos os polos, é importante ressaltar) na escolha de seu julgador¹⁷⁶. Não se vislumbra a participação do Produtor independente na eleição do árbitro nesse caso.

Os custos da arbitragem também se sujeitam ao resultado da reclamação do Produtor “no fim do processo”. Pela lógica da cláusula 3.6, incluindo esta específica cláusula 3.6.3, entende-se que o processo findaria com a decisão do Cade, já que o árbitro se limita a opinar. Portanto, salvo se a reclamação tenha se dado de má-fé ou se baseado em informações falsas ou enganosas¹⁷⁷, a ICL Brasil arcará com os custos dos árbitros.

Não há previsibilidade acerca desses custos, nem menção a regras institucionais ou de arbitragem *ad hoc* para a condução do procedimento. Salvo melhor juízo, fosse a cláusula considerada efetivamente uma convenção de arbitragem, possivelmente encontraria dificuldades em sua execução, tendo em vista, primeiramente, os obstáculos do consentimento, e, em segundo lugar, a ausência de mecanismos previstos para a instauração da arbitragem, para a nomeação de árbitros e a própria condução do procedimento.

Entende-se, por essas razões, que a cláusula 3.6 do ACC ICL-Fosbrasil não caracteriza uma convenção de arbitragem nos termos da LBA, não obstante seja possível a instauração de arbitragem por meio de um compromisso arbitral¹⁷⁸.

¹⁷⁴ CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 28-45, 2015. p. 39.

¹⁷⁵ Artigos 18 e 29, LBA.

¹⁷⁶ Artigo 13, LBA. “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: Uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 33/2012, p. 245-269, abr./jun. 2012. (paginação irregular)

¹⁷⁷ A ser atestado pelo Cade, considerando “a opinião não vinculante exarada pelo(s) árbitro(s)”. Cláusula 3.6.3.1 do ACC ICL-Fosbrasil.

¹⁷⁸ Na forma do artigo 9º e seguintes da LBA.

Previsão semelhante à do ACC ICL-Fosbrasil constou no ACC firmado no âmbito do AC nº 08700.004211/2016-10, em que Tam Linhas Aéreas S.A. (“Tam”), Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e British Airways PLC. (“British Airways”) buscaram autorização da entidade concorrencial para o estabelecimento de um Acordo de Negócio Conjunto (“*Joint Business Agreement*”), transação estratégica no setor de transporte aéreo de passageiros e cargas entre Europa e América do Sul, com prazo inicial de 10 (dez) anos¹⁷⁹. Porém, a operação não chegou a ser implementada, com a desistência das empresas requerentes, sendo o AC e o ACC arquivados em fevereiro de 2020¹⁸⁰.

No mesmo ano de 2014, a Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. (“Rumo”) propôs à América Latina Logística S.A. (“ALL”) a incorporação da totalidade de suas ações de emissão pela Rumo. A aprovação da operação foi submetida ao Cade, ocasião em que as partes juntaram o Protocolo e Justificação de Incorporação das Ações de Emissão da ALL pela Rumo, para integrar as atividades de ambas as companhias¹⁸¹.

A concentração abarcou setores como o de logística multimodal – transporte rodoviário e ferroviário de cargas, incluindo *commodities* agrícolas, líquidos e produtos industriais –, produção e comercialização de açúcar, produção e distribuição de

¹⁷⁹ “III.11.1. Caso o Operador de Serviços Aéreos Solicitante entenda que a classe tarifária oferecida pela Compromissária relevante não cumpre com estes Compromissos e as partes não consigam chegar a um acordo, o Operador de Serviços Aéreos Solicitante poderá solicitar ao CADE que dê início a um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia.

III.11.2. Antes que o CADE autorize a instauração do processo arbitral, a Compromissária relevante deve ter o direito de apresentar a situação e contexto da negociação ao CADE e as razões pelas quais as partes ainda não chegaram a um acordo. Com base nesta informação, o CADE poderá decidir de instaurar ou não um processo de arbitragem.

III.11.3. Para que não restem dúvidas, o processo arbitral referido na Cláusula III.11.1 é aplicável somente no caso de disputa relacionada à compatibilidade com os Compromissos da(s) classes(s) tarifária(s) oferecida(s) à(s) qual(is) se aplicará(ão) o Acordo Especial Pro Rata (SPA), na medida que todos os outros meios de solução negocial entre as partes tenham sido exauridas.

III.11.4. Instaurado o processo de arbitragem, o Trustee agindo como árbitro emitirá sua decisão determinando a(s) classes(s) tarifária(s) para à(s) qual(is) se aplicará(ão) o Acordo Especial Pro Rata (SPA). A decisão adotada pelo Trustee será submetida ao CADE.

III.11.5. O processo arbitral não poderá ter duração maior do que 3 (três) meses.

III.11.6. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”. **Cade**. Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10. Requerentes: Tam Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways PLC. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. j. em 08 mar. 2017. p. 1343.

¹⁸⁰ **Cade**. Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10. Requerentes: Tam Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways PLC. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. j. em 08 mar. 2017. p. 1406-1407 e 1414-1421.

¹⁸¹ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 79-115.

combustíveis e movimentação e armazenagem portuária de grãos vegetais no Porto de Santos¹⁸². Além da composição do Grupo da ALL e de sua atuação na logística integrada, as empresas ressaltaram as atividades da Rumo, empresa pertencente ao Grupo Cosan que “atua no mercado de serviços de logística multimodal para exportação de açúcar pelo Porto de Santos”¹⁸³. O Grupo Cosan abrange atividades nos setores de infraestrutura, logística, energia e distribuição de gás natural canalizado, por meio de suas subsidiárias e *joint ventures*¹⁸⁴.

As empresas requerentes apontaram que a Nova Companhia (ou “Rumo-ALL”, a seguir) – resultado da operação – geraria benefícios ao interesse público, com o aumento da concorrência no mercado dos produtores, entre os operadores logísticos e na exportação de *commodities*. Segundo o requerimento apresentado ao Cade, havia demanda reprimida, com a predominância do transporte rodoviário, e a operação buscava incrementar aos produtores agrícolas o acesso ao mercado internacional. Para as empresas envolvidas, a incorporação tinha “potencial pró-competitivo, por viabilizar ampliação significativa da oferta de serviços ferroviários”¹⁸⁵. Defenderam, além disso, que não haveria sobreposição horizontal na operação e que, ainda que pudesse havê-lo, isso não ensejaria preocupações concorrenciais com a sua concretização.

De outra parte, as empresas reconheceram a existência de integrações verticais, argumentando, porém, que eventuais preocupações concorrenciais delas decorrentes seriam neutralizadas¹⁸⁶. Afirmaram que “[a] recente regulação para ferrovias prevê a introdução dos chamados ‘operadores ferroviários independentes’,

¹⁸² **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015.

¹⁸³ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 379.

¹⁸⁴ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 382.

¹⁸⁵ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 392.

¹⁸⁶ Alegaram que “[m]esmo essas preocupações concorrenciais mais limitadas são ainda relativizadas em função do fato de que operações de “natureza vertical” tipicamente geram eficiências substanciais, pelas sinergias decorrentes da integração de ativos complementares (com a criação de incentivos para o aumento de oferta) e pela redução de custos de transação e coordenação de atividades”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 393-399 e p. 423.

que poderão atuar por meio do aluguel de capacidade do detentor da malha”¹⁸⁷. Destacaram, nesse contexto, o papel da Agência Nacional de Transporte Terrestre (“ANTT”) na prevenção, fiscalização e repressão de práticas discriminatórias¹⁸⁸.

Ao longo das trocas de informações, a Coordenação-Geral de Análise Antitruste 4 (“CGAA4”) da Superintendência-Geral solicitou que as empresas requerentes comprovassem o argumento de ausência de incentivo à discriminação no acesso a ferrovias após a operação¹⁸⁹. Além disso, a ANTT se manifestou destacando que possuía mecanismos para averiguar problemas na prestação de serviços, além da resolução pela via arbitral¹⁹⁰, em que deliberaria sobre as questões apresentadas¹⁹¹. A agência reguladora recomendou a aprovação da operação¹⁹².

Em 08 de dezembro de 2014, após extensa instrução dos autos, que possuem mais de 20 volumes, a CGAA4 emitiu o Parecer Técnico nº 420/2014, em que não descartou a existência de incentivos à adoção de comportamentos anticompetitivos e apontou o reforço da verticalização dos serviços ferroviários¹⁹³. Por meio dele, a Superintendência-Geral ressaltou que “as ferrovias são monopólios legais da União e, no contexto do Programa nacional de Desestatização (‘PND’), a maioria das ferrovias do país foi concedida a empresas privadas”, com monopólio dos serviços de transporte, “caracterizando um modelo verticalizado”¹⁹⁴.

¹⁸⁷ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 401.

¹⁸⁸ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 425.

¹⁸⁹ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 831.

¹⁹⁰ É importante destacar, contudo, que não se trata propriamente da arbitragem sobre a qual versa o presente trabalho, prevista na Lei nº 9.307/96. Ao mecanismo arbitral da ANTT, assim como de outras agências reguladoras, dá-se o nome de arbitragem regulatória, um processo administrativo de decisão pela própria agência, sem cunho jurisdicional. Sobre a arbitragem regulatória, ver: GUERRA, Sérgio. Arbitragem Regulatória. In: ROCHA, Fábio Amorim da. (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Tomo V. Rio de Janeiro: Synergia, 2016. p. 862-865.

¹⁹¹ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 4478-4556.

¹⁹² Nota Técnica nº 045/SUREG/2014. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 4530.

¹⁹³ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5029-5124.

¹⁹⁴ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos

Essa verticalização seria acentuada pela operação, contrastando com os objetivos do poder público sobre as novas concessões. Assim, em que pese a farta regulamentação da ANTT e o reconhecimento de eficiências positivas da operação, a CGAA4 entendeu que não se poderia prescindir do papel preventivo do controle de estruturas, pois as condições apresentadas não eram suficientes para afastar as preocupações concorrenciais¹⁹⁵.

Nesse sentido, a Superintendência-Geral apresentou impugnação à operação perante o Tribunal do Cade, recomendando a avaliação da conveniência e da viabilidade da adoção de remédios concorrenciais¹⁹⁶. Em 11 de fevereiro de 2015, foi realizada a sessão de julgamento do ato de concentração, que foi aprovado pelo Plenário, condicionado à celebração e ao cumprimento do Acordo em Controle de Concentração anexado ao voto do Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo¹⁹⁷.

Nos termos do voto, o Tribunal buscou enfrentar a assimetria informacional e os estímulos a tratamento discriminatório e de fechamento de mercado, causados pelas integrações verticais entre “(i) transporte ferroviário e produção e distribuição açúcar, (ii) transporte ferroviário e distribuição de combustíveis, (iii) transporte ferroviário e serviços de logística multimodal de transporte de açúcar e outros grânéis vegetais e (iv) transporte ferroviário e armazenagem e movimentação de grânéis vegetais no Porto de Santos”¹⁹⁸. Diante disso, o ACC (“ACC ALL-Rumo”) foi elaborado visando a preservar as condições de concorrência nos mercados relevantes impactados direta ou indiretamente pela operação¹⁹⁹. Também buscou incentivar o plano de investimentos anunciado pelas empresas requerentes, considerando as

Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5073-5074. Destacou, ainda, que o PND foi criado pela Lei nº 8.031/1990, revogada pela Lei nº 93491/1997, que alterou procedimentos do programa.

¹⁹⁵ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5114-5122.

¹⁹⁶ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5123-5124.

¹⁹⁷ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5943-6005

¹⁹⁸ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5981-5982.

¹⁹⁹ Cláusula 1.1 do ACC ALL-Rumo.

mudanças previstas na atuação da ANTT²⁰⁰ e as informações apresentadas por terceiros interessados nos autos.

O ACC incluiu como compromissárias a Cosan Logística S.A. e a Cosan Limited, diante da relevância da atuação do Grupo Cosan nos mercados envolvidos, que ademais passou a ser o grupo controlador da Nova Companhia. Lidou essencialmente com a estrutura de verticalização resultado da operação, ocupando-se da garantia de acesso e da coibição ao fechamento do mercado²⁰¹. Com isso, vários mecanismos relacionados a acesso e utilização das atividades relacionadas à operação foram estabelecidos no ACC ALL-Rumo, sobre cuja implementação as compromissárias (Rumo, ALL e as mencionadas empresas do Grupo Cosan) se responsabilizaram²⁰². Dentre os itens da cláusula 2, que previu esses compromissos, está a solução arbitral²⁰³.

²⁰⁰ Conforme destacado no Parecer da Superintendência-Geral, “o movimento dos reguladores brasileiros e também dos europeus é focado na gradual desverticalização do setor. Há a compreensão de que o monopólio natural se verifica apenas na exploração da infraestrutura e que os serviços de transporte podem e devem estar submetidos a esquemas competitivos”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5076.

²⁰¹ Destacou-se que a Cosan “é usuária relevante dos serviços prestados no mercado *downstream* e, concomitantemente, concorrente com os mercados atendidos por esse serviço no elo *upstream* da cadeia”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5994-5995.

²⁰² Cláusula 2 do ACC ALL-Rumo.

²⁰³ “H. Solução Arbitral

2.30. Sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT, caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação.

2.31. O Supervisor deverá responder de forma fundamentada em até 15 (quinze) dias úteis sobre qualquer alegada prática discriminatória.

2.32. Caso o Usuário entenda que a resposta apresentada pelo Supervisor é insatisfatória, o Usuário poderá iniciar procedimento arbitral privado.

§ 1º. A NOVA COMPANHIA acatará, se satisfeita a condição do *caput*, todos os pedidos de arbitragem formulados pelos Usuários de serviço de transporte ferroviário.

§ 2º A decisão do Tribunal Arbitral será de constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas.

§ 3º. O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro. Os árbitros indicados pelas Partes deverão escolher em conjunto o terceiro árbitro, a quem caberá a Presidência do Tribunal Arbitral. Na hipótese de demanda com valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o Tribunal Arbitral poderá ser constituído por apenas 1 (um) árbitro a ser escolhido pelas partes.

§ 4º O processo arbitral não poderá ter duração maior do que 6 (seis) meses.

§ 5º. Os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela NOVA COMPANHIA caso a decisão arbitral ateste discriminação.

§ 6º. As decisões arbitrais serão fornecidas ao CADE no relatório de auditoria indicado no item “I” abaixo.

2.33. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”.

Segundo as cláusulas 2.30 e 2.31, o Usuário que se sentir discriminado na contratação ou na prestação de “quaisquer serviços” da Nova Companhia pode reportar ao Supervisor, que deve responder de forma fundamentada em até 15 (quinze) dias úteis²⁰⁴.

No caso em questão, a figura do Supervisor foi criada pelo item E, cláusulas 2.16 e seguintes do ACC, sendo ele “responsável por assegurar a isonomia na prestação dos serviços pela NOVA COMPANHIA”, bem como “pela fidedignidade das informações operacionais da NOVA COMPANHIA, incluindo as que constam do painel de apuração de serviços descrito no item ‘F’, e pela fiscalização da prestação dos serviços para identificar hipóteses de fechamento de mercado ou discriminação entre Usuários”²⁰⁵. O Supervisor também se responsabiliza pelo recebimento de reclamações de Usuários e pela apresentação das respostas, cuja existência deveria ser disponibilizada no sítio eletrônico da Nova Companhia²⁰⁶.

No exercício de suas atribuições, o Supervisor deve reportar ao Conselho de Administração e à Diretoria hipóteses de fechamento de mercado ou risco de tratamento discriminatório e não-isonômico a Concorrente, ao constatar as discrepâncias apontadas na cláusula 2.20 do ACC. Cabe ao Comitê de Partes Relacionadas (“CPR”) deliberar sobre o relatório do Supervisor – incluindo eventual divergência da Diretoria sobre a questão – visando a dar cumprimento ao ACC²⁰⁷. A criação do CPR foi determinada nas cláusulas 2.25 e seguintes, segundo os quais esse Comitê deveria ser estabelecido no estatuto da Nova Companhia, como

²⁰⁴ Cláusulas 2.30 e 2.31. do ACC ALL-Rumo.

²⁰⁵ Cláusula 2.17 do ACC ALL-Rumo.

²⁰⁶ Cláusula 2.19 do ACC ALL-Rumo.

²⁰⁷ “2.20. Caso o Supervisor, no desenvolvimento de suas atribuições, (i) detecte potencial discrepância entre os índices de atendimento de algum Concorrente ou Usuário, de um lado, e de Partes Relacionadas, de outro, ou (ii) receba reclamação fundamentada sobre discrepâncias entre os índices de atendimento aos volumes programados que não estejam adequadamente justificadas nos termos deste ACC, deverá encaminhar relatório ao Conselho de Administração e à Diretoria tratando de hipótese de fechamento de mercado ou risco de tratamento discriminatório e não-isonômico a Concorrente.

§ 1º. O relatório do Supervisor será objeto de deliberação pelo Comitê de Partes Relacionadas.

§ 2º A Diretoria poderá encaminhar ao Comitê de Partes Relacionadas opinião divergente do Supervisor, com as justificativas ou plano de reformulação dos procedimentos para assegurar o cumprimento das Cláusulas deste Acordo.

§ 3º. Os relatórios produzidos pelo Supervisor serão arquivados na sede da NOVA COMPANHIA pelo prazo de 5 (cinco) anos, devendo ser disponibilizadas versões públicas das conclusões objetivas dos relatórios no sítio eletrônico oficial da NOVA COMPANHIA em até 10 (dez) úteis dias de seu envio ao Conselho de Administração ou à Diretoria”.

“responsável pelo cumprimento da obrigação de tratamento isonômico e não-discriminatório de Concorrentes prevista na Cláusula 2.2 desse Acordo”²⁰⁸.

O ACC ALL-Rumo também prevê a viabilização de reclamações dos Usuários sobre a atuação do Supervisor perante o Conselho de Administração da Nova Companhia²⁰⁹. Além disso, a Nova Companhia deve manter um Painel de Apuração de Atendimento do Serviço (“Painel”) em seu sítio eletrônico, nos termos da cláusula 2.23 do ACC²¹⁰.

Caso entenda que a resposta do Supervisor acerca da alegada prática discriminatória foi insatisfatória, o Usuário pode iniciar procedimento arbitral. O parágrafo primeiro da cláusula 2.32 especifica que a Nova Companhia acatará “todos os pedidos de arbitragem formulados pelos Usuários de serviço de transporte ferroviário”, desde que observada a condição do *caput*. Entende-se, por isso, que o cumprimento do mecanismo prévio de reclamação perante o Supervisor configura a referida condição.

Apesar de a cláusula 2.30 se referir à reclamação acerca de “quaisquer serviços”, a redação das demais cláusulas circunscreve a utilização da arbitragem aos serviços ferroviários. Além do primeiro parágrafo da cláusula 2.32, mencionado acima, o segundo parágrafo determina que a decisão do Tribunal Arbitral corresponderá à “constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas”. Nisso se verifica a delimitação, portanto, do escopo da cláusula compromissória.

Como toda convenção arbitral, a utilização da cláusula 2.H do ACC ALL-Rumo se sujeita à aceitação de todas as Partes envolvidas. As partes da eventual arbitragem parecem ser a companhia resultante da operação e o Usuário, definido no ACC como “toda pessoa física ou jurídica que contrate a prestação de serviços de transporte ferroviário”. O ACC diferencia Usuários de Concorrentes, sendo que estes não se limitam ao transporte ferroviário²¹¹.

²⁰⁸ Cláusula 2.28 do ACC ALL-Rumo.

²⁰⁹ Cláusula 2.21 do ACC ALL-Rumo.

²¹⁰ “2.23. A NOVA COMPANHIA manterá um Painel de Apuração de Atendimento do Serviço para verificação do nível de atendimento do serviço de transporte ferroviário dos Concorrentes e Prestadores de Serviços Logísticos no sítio eletrônico oficial da NOVA COMPANHIA”.

²¹¹ “Concorrentes – significa quaisquer empresas com atuação nos segmentos de produção de açúcar, distribuição de combustível ou Prestadores de Serviços Logísticos”. ACC ALL-Rumo.

Com efeito, a celebração do ACC pelas empresas que originariam a Nova Companhia é suficiente para configurar o seu consentimento à adoção da via arbitral. Embora se possa, num primeiro momento, questionar a existência de manifestação livre de vontade, haja vista que o ACC é instrumento condicionante da aprovação da concentração pretendida, fato é que as empresas compromissárias aceitam a sua celebração, para que possam concretizar a operação²¹².

Já o Usuário concorda com a arbitragem ao aderir à cláusula compromissória pré-existente no ACC, em momento posterior à sua celebração. Prevista a cláusula arbitral, não necessariamente se exige a forma escrita para se extrair a expressão do consentimento à arbitragem. Conforme o artigo 107 do Código Civil, “[a] validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Por essa razão, concebe-se a cláusula arbitral unilateral, isto é, estabelecida previamente por uma das partes, como uma oferta de arbitragem. Por meio dela, extrai-se o consentimento daquela que a propõe, de modo que o consenso acerca da adoção da via arbitral pode ocorrer com a aceitação expressa ou tácita²¹³ da parte aceitante, em outro momento. Ou seja, “sem necessária contemporaneidade entre as expressões de vontade de cada parte”²¹⁴. Em estudo dedicado ao tema, destacou-se:

De um lado, a escolha da arbitragem deve ser mútua, ou seja, todas as partes que desejem resolver seus respectivos litígios por arbitragem devem consentir com o juízo arbitral. De outro, isso não significa que esse acordo de vontades somente possa ser representado por um contrato ou pelo mesmo instrumento.²¹⁵

Isso se aproxima ao tratamento específico da cláusula de arbitragem no contrato de adesão. A primeira parte do §2º do artigo 4º da LBA estabelece que “a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a

²¹² FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 151 e 426. CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 28-45, 2015. p. 36-37.

²¹³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros**: uma sobrevista. Disponível em: <http://batistamartins.com/arbitragem-capacidade-consenso-e-intervencao-de-terceiros-uma-sobrevista-2/>. Acesso em 15 dez. 2020.

²¹⁴ FELIPPE, Juliana Gil. Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 71, p. 18-38, jul./set. 2021. p. 24.

²¹⁵ FELIPPE, Juliana Gil. Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 71, p. 18-38, jul./set. 2021. p. 21.

arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição”²¹⁶, consumando-se a escolha mútua do juízo arbitral. Ainda que o objetivo dessa exceção na LBA tenha tido o objetivo de sanar a ausência de negociabilidade inerente aos contratos de adesão, face à sua predisposição unilateral²¹⁷, ela anuncia a recepção da não contemporaneidade do consentimento pela LBA.

Com efeito, “existe, nesse caso, uma declaração unilateral de vontade pela parte predisponente, uma oferta de arbitragem, que pode ou não ser aceita pela parte aderente”²¹⁸. A oferta é identificada como “proposta” no Código Civil, conforme o artigo 427. Sobre o tema, Cristiano Zanetti explica:

Proposta é o negócio jurídico unilateral receptício por meio do qual o proponente se vincula à celebração de dado contrato, cujos elementos categoriais inderrogáveis desde logo se encontram definidos.

(...)

A proposta visa a obter o acordo que levará à formação do contrato. Seu corolário desejado é a “aceitação” (...).²¹⁹

Com a aceitação, pelo Usuário, da cláusula compromissória proposta, nasce o encontro de vontades para a formação do contrato de arbitragem²²⁰. A instauração da arbitragem pelo Usuário, no caso do ACC ALL-Rumo, é uma forma de manifestação tácita de vontade, extraída a partir de um comportamento concludente²²¹. Como sintetiza Giovanni Ettore Nanni:

²¹⁶ Artigo 4º, LBA. “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

(...)

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

²¹⁷ MELO, Diogo L. Machado de. Cláusula compromissória nos contratos de adesão e distinção entre relações de consumo e de não consumo na Lei de Arbitragem: críticas ao veto à Lei n. 13.129/2015. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.

²¹⁸ FELIPPE, Juliana Gil. Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 71, p. 18-38, jul./set. 2021. p. 25.

²¹⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 709

²²⁰ GÓMEZ, Arturo Sanabria. La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje: Oferta y aceptación. In: ROMERO, Eduardo Silva (dir.). **El Contrato de Arbitraje**. Colombia: Legis, 2008. p. 160.

²²¹ “Consoante explica Paulo Mota Pinto, o comportamento concludente não é, por si só, uma espécie de manifestação negocial, consistindo, pois, no elemento objetivo da declaração tácita, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa. O comportamento concludente depende dos fatos concludentes, que são todos aqueles nos quais se possa apoiar uma ilação para

Em suma, apartada a patologia, quando ocorre a participação de um procedimento arbitral, sem manifestação contrária nem impugnação à jurisdição dos árbitros, a conduta tácita de adesão à cláusula compromissória deve ser aferida objetivamente por intermédio do comportamento concludente do agente.²²²

Essa possibilidade é, dessa forma, admitida pela LBA. Ademais, Blackaby, Partasides, Redfern e Hunter entendem que, com isso, cumpre-se o requisito do “acordo por escrito”²²³, não sendo necessário que a manifestação do consentimento atenda à mesma forma²²⁴. O Voto-Vogal exarado pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no âmbito do AC nº 08700.004860/2016-11 bem representa essa ideia:

Evidentemente, eventual potencial entrante deverá “acionar” o mecanismo arbitral previsto no ACC, o que inclui a sua manifestação de vontade em relação ao disposto na cláusula compromissória que, neste momento, se completará, para sua plena eficácia jurídica, entre as Compromissárias e o potencial entrante no mercado. A partir de então, a cláusula prevista no ACC constituirá verdadeira cláusula arbitral capaz de subtrair aquela lide específica da apreciação do Poder Judiciário.²²⁵

Nesse sentido, entende-se que:

O que se extrai é que o aderente, ao fazê-lo, concorda com a arbitragem, na medida em que, confrontado com uma disputa, optou por perseguir a via arbitral. Trata-se do consentimento externado por meio de um comportamento concludente, sem manifestação expressa ou escrita, que inequivocamente representa a vontade do aderente em escolher a arbitragem.

(...)

Nos contratos de adesão, portanto, o consentimento à arbitragem não se aperfeiçoa necessariamente em momento prévio ao surgimento do litígio. Antes da aceitação da oferta, inexistente obrigatoriedade de submissão de controvérsias ao juízo arbitral. Todavia, aceita a cláusula arbitral, aperfeiçoa-

construir o significado do comportamento, sendo este o resultado da ilação”. NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

²²² NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

²²³ Tradução livre de “*agreement in writing*”. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin H. **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford University Press, 2009. p. 91.

²²⁴ Esse foi um dos temas debatidos na dissertação de mestrado de Paula Butti Cardoso. CARDOSO, Paula Butti. **Limites Subjetivos da Convenção de Arbitragem**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23032017-145153/publico/VERSAO_COMPLETA_PAULA_BUTTI_CARDOSO.pdf. Acesso em: 03 ago. 2020. p. 167.

²²⁵ Cade. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. fl. 2621.

se o consenso das partes em submeter, definitivamente, suas disputas à arbitragem.²²⁶

O ACC ALL-Rumo não submete a arbitragem a nenhuma instituição arbitral ou a regras procedimentais específicas, não estabelece o direito aplicável ao mérito da arbitragem, a sua sede ou o seu idioma. Porém, conforme examinado, é possível identificar a intenção de se instituir a arbitragem como meio de resolução de litígios. Também é possível identificar a matéria que seria objeto da arbitragem e da apreciação do árbitro. Diferentemente daquela prevista no ACC ICL-Fosbrasil, essa disposição não descaracteriza a decisão do árbitro como sentença final e irrecorrível, apta a ser executada como título judicial²²⁷.

Portanto, presente o elemento formal da cláusula compromissória, nos termos do artigo 4º da LBA e sendo possível se extrair a intenção das partes, não há razão para negar tal caracterização à cláusula 2.H do ACC ALL-Rumo.

Outro divisor de águas foi o caso do ACC BVMF-CETIP. Em 28 de junho de 2016, a BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BVMF”) e a CETIP S.A. – Mercados Organizados (“CETIP”) submeteram à apreciação do Cade a aprovação de uma reestruturação societária, da qual resultaria a união das atividades de ambas as empresas, com a transmissão da titularidade de todas as ações de emissão da CETIP para a BVMF²²⁸. As requerentes argumentaram que a operação propiciaria eficiências e benefícios aos clientes, com a evolução do mercado de capitais brasileiro²²⁹.

²²⁶ FELIPPE, Juliana Gil. Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 71, p. 18-38, jul./set. 2021. p. 25-26.

²²⁷ Na forma do artigo 31 da LBA.

²²⁸ Conforme o Protocolo e Justificação de Incorporação das ações de emissão da CETIP pela Companhia São José Holding, seguida da incorporação da Companhia São José Holding pela BM&FBOVESPA. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 133-152.

²²⁹ “A Operação proposta propiciará eficiências relacionadas à redução dos custos dos serviços, alocação mais eficiente e segura de capitais, bem como o aperfeiçoamento dos padrões de gerenciamento de risco. Ademais, permitirá aumento da eficiência de capital para os participantes de mercado, por meio da expansão do leque de produtos de balcão com Contraparte Central Garantidora (“CCP”). Conseqüentemente, a Operação proposta não apenas será benéfica para as Requerentes, mas também para seus clientes, viabilizando a evolução do mercado brasileiro de capitais, que tem amplo potencial de desenvolvimento.”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 4.

Explicaram, entre outros, que a BVMF “é uma administradora de infraestrutura de mercados organizados de bolsas de valores, mercadorias e futuros e de balcão”. A CETIP, por sua vez, “é uma administradora de infraestrutura de mercados organizados de balcão, oferecendo serviços de depósito, registro, negociação e pós-negociação de valores mobiliários, instrumentos financeiros, cotas de fundos de investimentos e derivativos de balcão *sem CCP*” (Contraparte Central Garantidora)²³⁰. Ambas as empresas atuavam como Infraestruturas de Mercado Financeiro (“IMF”) em seus respectivos mercados. Embora reconhecessem a existência de sobreposições horizontais²³¹, as requerentes defenderam que não ocorreria a “criação ou o fortalecimento de posição dominante, limitação da concorrência ou possibilidade de fechamento de mercado”²³².

Publicado o edital da operação, as empresas ATS Brasil S.A. (“ATS”) e Americas Clearing System S.A. (“ACS”) solicitaram seu ingresso na condição de terceiras interessadas. Na ocasião, destacaram a existência de investigação em curso sobre condutas anticompetitivas da BVMF, com a criação de barreiras de entrada à sua infraestrutura de depósito centralizado²³³.

Por meio da Nota Técnica nº 42/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE, a Coordenação-Geral de Análise Antitruste 2 (“CGAA2”) declarou a operação complexa, destacando o reforço de posições monopolistas e a possibilidade de criação de monopólios em determinados mercados²³⁴. A CGAA2 também solicitou ao DEE que

²³⁰ **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 4-5.

²³¹ Referentes ao mercado de balcão e ao mercado de infraestrutura para processos licitatórios e alienações (leilões). **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 24.

²³² **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 5.

²³³ **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 548-568.

²³⁴ “A instrução realizada até o momento indica que a operação proposta reforça a posição de monopolista de ambas as empresas nos mercados de bolsa e na maioria dos segmentos de balcão. Contudo, também foi indicado que em alguns segmentos de balcão a operação poderá gerar de um monopólio nos mercados de negociação, compensação e liquidação, depósito e registro de determinados ativos financeiros ou valores mobiliários, já que nesses segmentos há, atualmente, concorrência entre as partes”. **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2048-2049.

procedesse à análise das eficiências decorrentes da operação. Em sua Nota técnica nº 38/2016/DEE/CADE, o DEE não aceitou as eficiências alegadas pelas requerentes²³⁵.

Em seguida, a Superintendência-Geral, por meio da CGAA2, apresentou impugnação à operação perante o Tribunal do Cade e ressaltou que a sua aprovação demandaria a adoção de remédios²³⁶. Após as negociações, a Conselheira Relatora, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, manifestou-se pela aprovação da operação com restrições, propondo condições diversas daquelas constantes na última versão do ACC proposta pela BVMF e pela CETIP²³⁷.

No que tange à arbitragem, a Conselheira sugeriu a imposição de “regras desejáveis mínimas” e parâmetros objetivos, com contornos determinados à atuação do Tribunal Arbitral, de modo divergente dos termos das empresas requerentes. A sugestão visava expandir a solução arbitral a quaisquer serviços solicitados pela empresa entrante no mercado; estabelecer a constituição de Tribunal Arbitral válido por 05 (cinco) anos, com a aprovação do Cade; e admitir interferências da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) ou do Banco Central do Brasil (“BACEN”) em qualquer momento da arbitragem, inclusive para a destituição do Tribunal Arbitral e determinação do preço²³⁸.

A cláusula arbitral ensejou a abertura de divergência pelo voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira²³⁹. O Conselheiro defendeu que a cláusula arbitral se limitasse às questões referentes à central depositária da BVMF, uma vez

²³⁵ **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2401.

²³⁶ **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2123-2128. No Anexo ao Parecer, constante às p. 2129-2213 dos autos, foi realizada uma análise dos possíveis remédios à operação. Todavia, o acesso foi restrito às empresas requerentes.

²³⁷ **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2741.

²³⁸ **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2746.

²³⁹ O Conselheiro destacou que a questão foi determinante para a inviabilidade de um acordo do colegiado, “em particular, se a cláusula deveria abarcar todos os serviços prestados pelas Requerentes na fase de pós-negociação ou somente aqueles relacionados à prestação de serviços pela central depositária”. **Cade.** Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2618.

que foi esse o principal problema concorrencial identificado no caso. Destacou, conforme as conclusões da Superintendência-Geral, que o serviço de central depositária configura uma *essential facility*, uma infraestrutura que necessariamente será contratada pelos agentes entrantes, em decorrência do monopólio natural²⁴⁰. Segundo o voto-vogal de Burnier, caberia então ao Tribunal Arbitral definir o preço e as regras de acesso do contrato referente à “Prestação de Serviços de CSD”²⁴¹, sendo esse o tema relevante ao controle de estruturas e ao remédio arbitral²⁴².

Finalmente, em 22 de março de 2017, o ACC foi aprovado pelo Plenário nos termos negociados com a BVMF e a CETIP, vencida a Conselheira Relatora. A operação deu origem ao B3 – Bolsa, Brasil, Balcão (“B3”), que dentre os compromissos assumidos deveria “oferecer a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias, o que inclui os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura”²⁴³. Para efeitos do ACC, conforme a cláusula 2.9, “‘Prestação de Serviços de CSD’ significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal”²⁴⁴.

O objeto da cláusula compromissória foi definido de acordo com os poderes atribuídos ao Tribunal Arbitral pela cláusula 2.13 do ACC:

2.13. O Tribunal Arbitral terá poderes para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso à Prestação de Serviços CSD, desde que esses elementos tenham sido objeto de efetiva negociação entre as partes durante o período de negociação, com vistas a obter um acordo que seja comercialmente razoável.

O período de negociação prévia é de 120 (cento e vinte) dias, com “qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD”. O fracasso nas

²⁴⁰ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2618.

²⁴¹ Cláusula 2.8 do ACC BVMF-CETIP.

²⁴² **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2619-2620.

²⁴³ Cláusula 2.8 do ACC BVMF-CETIP.

²⁴⁴ Embora a cláusula 2.2 também apresente uma definição para “Serviços de CSD”, em caso de eventual controvérsia, entende-se pela prevalência da cláusula 2.9.

negociações enseja a utilização da arbitragem pela parte interessada²⁴⁵. O ACC não delimita o significado de “parte interessada”.

Para Paulo Burnier da Silveira, a cláusula arbitral presente no ACC BVMF-CETIP possivelmente configura o *leading case* do Cade acerca do uso efetivo da arbitragem, prevendo o caráter final da sentença, sem rediscussão do mérito pelo Poder Judiciário. Burnier diferencia a arbitragem estabelecida no caso do conceito de arbitramento, ainda que a controvérsia verse sobre um elemento-chave do contrato – como o preço²⁴⁶. Por essa razão, também entende que nos casos dos ACCs ICL-Fosbrasil e ALL-Rumo, anteriores ao referido ACC BVMF-CETIP, não havia propriamente uma cláusula arbitral²⁴⁷.

O ACC BVMF-CETIP também previu a manutenção do Comitê de Produtos e de Precificação (“Comitê”) pelas compromissárias, a fim de garantir a participação dos clientes no processo de estabelecimento de preços e políticas comerciais. A formação do Comitê inclui membros externos, que não sejam administradores ou funcionários da BVMF, assegurada a representatividade de clientes de diversos segmentos, conforme as cláusulas constantes no tópico II.2 do ACC. O monitoramento do Comitê coube a um *trustee* nomeado de acordo com a cláusula 4.

Conforme o relatório semestral apresentado em 26 de fevereiro de 2018 pelo B3, elaborado pela KPMG Auditores Independentes (“KPMG”), foi instaurado procedimento arbitral nos termos da cláusula 2.II.3 do ACC BVMF-CETIP em 15 de agosto de 2017²⁴⁸. Em 08 de janeiro de 2020, foi encaminhado o resultado do procedimento ao Cade, atenção à cláusula 2.16 do ACC²⁴⁹. A disputa culminou em

²⁴⁵ Cláusulas 2.10 e 2.11 do ACC BVMF-CETIP.

²⁴⁶ Transcreve-se, sobre o tema, trecho de voto do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva em sede de Recurso Especial, embora vencido quanto ao provimento do recurso: “De tudo quanto exposto, nota-se que, em verdade, a menção feita no instrumento à indicação de avaliadores não passou de uma cláusula de arbitramento ou de peritagem, que, como cediço, por não se confundir com a cláusula de arbitragem, não tem sua revisão excluída da esfera judicial. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422-RJ. Voto Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j. 26 abr. 2016.

²⁴⁷ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2620-2621.

²⁴⁸ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 3277-3283.

²⁴⁹ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 3358.

um acordo entre o B3 e a ATS²⁵⁰. O Relatório de Procedimentos Previamente Acordados da KPMG de 12 de agosto de 2021 informa que não houve a instauração de novos procedimentos arbitrais e que não havia arbitragens ativas na data-base de 30 de junho de 2021²⁵¹.

O mesmo ocorreu no caso AT&T-Time Warner. Em 07 de março de 2017, AT&T Inc. (“AT&T”) e Time Warner Inc. (“Time Warner”) apresentaram o formulário de notificação do ato de concentração que visava a aquisição da Time Warner pela AT&T, conforme previsto no Contrato e Plano de Fusão datado de 22 de outubro de 2016. A AT&T é uma holding com sede no Estado do Texas, nos Estados Unidos, cujo Grupo (“Grupo AT&T”) é fornecedor global de serviços de telecomunicações, além de prestar serviços de entretenimento digital nos Estados Unidos e na América Latina. Com a aquisição do Grupo DIRECTV, entre os anos de 2014 e 2015, o Grupo AT&T também passou a operar na área de televisão por assinatura e de banda larga fixa sem fio, serviço que no Brasil é prestado pelo Grupo SKY²⁵².

A Time Warner, por sua vez, é uma empresa de mídia e entretenimento sediada em Nova Iorque, nos Estados Unidos, com atuação mundial. Seu Grupo (“Grupo Time Warner”) inclui a oferta de canais básicos de TV por assinatura, os serviços da Home Box Office, Inc. (“HBO”) e a Warner Bros. (“Warner”). Segundo indicado pelas empresas requerentes, a operação seria realizada no Brasil e no exterior, por diversas subsidiárias do Grupo Time Warner²⁵³.

Para as partes, a operação derivaria em “uma relação vertical entre as atividades de programação do Grupo Time Warner e os serviços prestados pela SKY” (SKY Serviços de Banda Larga Ltda.), porém não ensejaria preocupações concorrenciais²⁵⁴. A Nota Técnica nº 26/2017/CGAA4/SG/CADE recomendou a

²⁵⁰ Folha de São Paulo. **Acordo entre B3 e ATG abre espaço para nova bolsa no Brasil**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12/acordo-entre-b3-e-atg-abre-espaco-para-nova-bolsa-no-brasil.shtml>. Acesso em: 10.01.2022.

²⁵¹ **CADE**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 3409.

²⁵² **CADE**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. p. 2-3.

²⁵³ **CADE**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. p. 2-3. No Brasil estão sediadas as seguintes subsidiárias da Time Warner: Warner Bros. South Inc., TopSports Ventures Ltda., Brasil Channel Serviços Audiovisuais, HBO Brasil Ltda. e Eyeworks do Brasil – Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários

²⁵⁴ **CADE**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. p. 97.

declaração de complexidade do ato de concentração, o que foi acolhido pelo Superintendente-Geral²⁵⁵. Após manifestações da Agência Nacional do Cinema (“ANCINE”) e da Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), a Superintendência-Geral apresentou impugnação ao ato de concentração perante o Tribunal do Cade²⁵⁶.

Verificados prováveis ganhos de eficiências e riscos anticompetitivos da operação, foram negociadas condições a serem estabelecidas por meio de um ACC (“ACC AT&T-Time Warner”), ao que foi condicionada a aprovação da operação. A via arbitral foi adotada como remédio para a apreciação de condutas discriminatórias ou excludentes, “em caso de recusa das Compromissárias em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados”²⁵⁷. Para isso, as partes devem empreender tentativa de negociação prévia durante 3 (três) meses²⁵⁸.

A cláusula de solução de controvérsias é direcionada a “[q]ualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por Assinatura não afiliada à AT&T ou à SKY (...) para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo”²⁵⁹. Ao que tudo indica, a cláusula

²⁵⁵ Despacho SG nº 906/2017. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado)

²⁵⁶ Parecer nº 05/2017/CGAA4/SGA1/SG e Despacho SG nº 1200/2017. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado)

²⁵⁷ Nos termos do voto do Conselheiro Relator, “ainda que exista a competência regulatória para a mitigação desses conflitos, o CADE opta por uma lógica de reforço, vislumbrando um cenário de eventual ausência ou insuficiência da ação do regulador”.²⁵⁷ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado)

²⁵⁸ Cláusula 6.5. do ACC AT&T-Time Warner.

²⁵⁹ Cláusula 6.1 do ACC AT&T-Time Warner. A cláusula 2 do ACC AT&T-Time Warner traz as seguintes definições:

“2.1. Canais de Programação são canais de TV por assinatura que são o resultado da atividade de programação que consiste no arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminados, do tipo habitualmente distribuídos por Prestadoras de TV por Assinatura.

2.2. Afiliada significa qualquer pessoa que direta ou indiretamente controla, é controlada por, ou está sob controle comum de determinada pessoa no momento em que se apura a afiliação. Para os fins desta definição, “controle”, “controladora” e “controlada” devem ser interpretados consoante à Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76).

2.3. Prestadoras de TV por Assinatura são entendidas como quaisquer entidades licenciadas pela ANATEL para prestar serviço de acesso condicionado para assinantes no Brasil (“Serviços de TV por Assinatura”).

2.4. Programadoras de Canais TW são entendidas como quaisquer afiliadas da TW (a) que atuam no licenciamento de Canais de Programação para Prestadoras de TV por Assinatura e (b) sobre as quais a AT&T exerça isoladamente, em última instância, controle unilateral.

2.5. Sky Brasil é entendida como a Sky Serviços de Banda Larga Ltda. e suas Afiliadas que atuam na prestação de Serviços de TV por Assinatura”.

compromissória desse ACC é a que possui o mais amplo campo de atuação do Tribunal Arbitral. Tem-se, no caso do ACC AT&T-Time Warner, mais um comprometimento com a arbitragem regulada pela LBA.

As previsões contidas nos ACCs do Cade confirmam a progressão da recepção da arbitragem em matéria concorrencial no Brasil, além de representarem a adoção do conceito da oferta de arbitragem. A execução dessas cláusulas compromissórias, como a instauração do litígio e a nomeação do Tribunal Arbitral será abordada nos tópicos a seguir.

IV. O ÁRBITRO, A SENTENÇA E OS ÓRGÃOS REGULADORES

Verificada a efetiva existência de previsão de arbitragem e a possibilidade de consentimento mútuo das partes envolvidas, o presente capítulo se direciona à execução da cláusula compromissória e do processo arbitral. Especialmente, postas cada cláusula contida nos ACCs em exame, merecem destaque os mecanismos prévios que devem ser observados antes da instauração da arbitragem.

Em um segundo momento, já no ensejo de um procedimento arbitral, coloca-se em debate a atuação dos árbitros e do Cade. Defender-se-á a convivência entre as autoridades, conforme as suas competências atribuídas pelo direito e pelos ACCs. Ademais, como se verá no segundo tópico deste capítulo, a arbitragem de demandas relativas a matérias concorrenciais implica, necessariamente – e, especialmente, no caso dos ACCs – no enfrentamento das normas de concorrência pelos árbitros.

4.1. O procedimento arbitral conforme os ACCs

Como visto, não se identifica a previsão de arbitragem no ACC ICL-Fosbrasil como um meio privado de resolução de litígios por autoridade jurisdicional constituída conforme a vontade das partes, que profere uma decisão final e vinculante, não sujeita a recursos. Portanto, afastada a compreensão das determinações contidas nas cláusulas 3.6 e seguintes do ACC ICL-Fosbrasil como cláusula compromissória nos termos da LBA, dela não se originará propriamente um procedimento arbitral, razão pela qual serão elas desconsideradas no estudo deste tópico.

Em todos os outros ACCs analisados, foram criados órgãos e cargos encarregados de acompanhar o cumprimento das condições acordadas junto ao Cade. Esse acompanhamento também atende às regras e aos procedimentos especificados nos ACCs e acabam por constituir um escalonamento da cláusula compromissória. Isto é, para se chegar à propositura de arbitragem, as partes empreenderão negociações prévias ou procedimentos de reclamação, em prazos determinados pelos ACCs.

Nesse sentido, o ACC ALL-Rumo prevê a figura do Supervisor, ao qual o Usuário que se sentir discriminado deverá apresentar reclamação, como procedimento prévio à instauração da arbitragem. O Supervisor, por sua vez, deve se reportar ao Comitê de Auditoria e ao Conselho de Administração da Nova

Companhia²⁶⁰ além da Diretoria²⁶¹ e do CPR²⁶², no cumprimento da “fiscalização da prestação dos serviços para identificar hipóteses de fechamento de mercado ou discriminação entre Usuários”²⁶³.

O CPR também é responsável “pelo cumprimento da obrigação de tratamento isonômico e não-discriminatório de Concorrentes prevista na Cláusula 2.2 deste Acordo”, incluindo a sua observância na “contratação, precificação e prestação do serviço”. O CPR também emite pareceres sobre as propostas de transação com Partes Relacionadas e Concorrentes, cuja deliberação cabe ao Conselho de Administração da Nova Companhia²⁶⁴.

A cláusula compromissória não parece estar condicionada às análises prévias do CPR e do Conselho de Administração das referidas propostas de negociação, bastando a alegada discriminação ser submetida à justificativa do Supervisor. Com efeito, após a resposta do Supervisor, dá-se por cumprida a condição da cláusula 2.32 do ACC ALL-Rumo.

Na prática, é possível identificar possíveis dificuldades de execução da cláusula arbitral do ACC ALL-Rumo, como a forma de instauração da arbitragem, determinação dos custos, trocas de comunicações, prazos, mormente relacionados ao início do procedimento. Nesse caso, porém, a cláusula compromissória pode ser executada na forma dos artigos 6º e 7º da LBA²⁶⁵, na hipótese de as partes

²⁶⁰ Cláusula 2.18 do ACC ALL-Rumo. “O Supervisor enviará ao Comitê de Auditoria e ao Conselho de Administração relatórios trimestrais comparativos do nível de atendimento dos serviços prestados para Concorrentes de Partes Relacionadas, no que diz respeito ao transporte de açúcar, combustíveis e a Prestadores de Serviços Logísticos, com o objetivo de apurar índices de atendimento a volumes programados dentro dos contratos vigentes, com base no Painel de Apuração do Atendimento do Serviço referido no item “F” abaixo”.

²⁶¹ Cláusula 2.20 do ACC ALL-Rumo. “Caso o Supervisor, no desenvolvimento de suas atribuições, (i) detecte potencial discrepância entre os índices de atendimento de algum Concorrente ou Usuário, de um lado, e de Partes Relacionadas, de outro, ou (ii) receba reclamação fundamentada sobre discrepâncias entre os índices de atendimento aos volumes programados que não estejam adequadamente justificadas nos termos deste ACC, deverá encaminhar relatório ao Conselho de Administração e à Diretoria tratando de hipótese de fechamento de mercado ou risco de tratamento discriminatório e não-isonômico a Concorrente”.

²⁶² Cláusula 2.20, § 1º, do ACC ALL-Rumo. “O relatório do Supervisor será objeto de deliberação pelo Comitê de Partes Relacionadas”.

²⁶³ Cláusula 2.17, do ACC ALL-Rumo.

²⁶⁴ Cláusula 2.29, §1º, do ACC ALL-Rumo.

²⁶⁵ “Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa”.

enfrentarem tais obstáculos. De outra parte, a ausência de menção a um órgão arbitral ou a um regulamento de arbitragem específico em nada impede que as partes convençionem a respeito por meio de outro documento²⁶⁶.

Por sua vez, a forma de constituição do Tribunal Arbitral, bem como o número de árbitros, foi determinada pelo terceiro parágrafo da cláusula 2.32 do ACC ALL-Rumo. Demandas inferiores a um milhão de reais podem ser submetidas à apreciação de um Árbitro Único, a ser escolhido pelas partes. Já nos litígios que envolvam valores maiores, cada parte indicará um árbitro e os dois nomeados indicarão o terceiro árbitro, que atuará como Presidente do Tribunal Arbitral. A cláusula compromissória não menciona a existência de litígios envolvendo várias partes, o que pode ensejar discussões acerca da constituição do Tribunal Arbitral. Essa questão poderia ser facilmente resolvida caso o ACC houvesse se reportado a regras arbitrais específicas.

Quanto ao procedimento, haja vista a ausência de estipulação do ACC ALL-Rumo, cabe ao árbitro ou Tribunal Arbitral conduzi-lo e discipliná-lo, em atenção ao §1º do artigo 21 da LBA. A LBA endereça alguns pontos relevantes sobre a condução da arbitragem, instrução, princípios, poderes e deveres dos árbitros, tutelas de urgência e sentença arbitral. Porém, mesmo após a instauração do procedimento, as partes podem chegar a um consenso e determinar parâmetros a serem seguidos.

O prazo de vigência do ACC ALL-Rumo é de 07 (sete) anos a partir da publicação da homologação²⁶⁷. Todavia, a cláusula 8.3 determina que as obrigações do ACC “deverão constar das políticas da Nova Companhia enquanto a Cosan detiver o controle compartilhado da Raízen, independentemente da vigência das demais obrigações deste ACC”. O princípio da autonomia da cláusula arbitral permite que a sua validade ou sua eficácia não se encerrem junto ao término de vigência do ACC²⁶⁸. Por essa razão, defende-se que aqueles litígios que tenham sua origem nas questões

“Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

²⁶⁶ As partes podem inclusive se dirigir a uma câmara arbitral com a qual concordem mutuamente. Veja-se, em especial, a parte final do artigo 5º da LBA: “Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convençionada para a instituição da arbitragem”.

²⁶⁷ Cláusula 8.1 do ACC ALL-Rumo

²⁶⁸ Artigo 8º, LBA. “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

estabelecidas pelo ACC continuarão sendo passíveis de submissão à arbitragem, mesmo após o encerramento de sua vigência.

Como visto, não há, no ACC ALL-Rumo, disposição semelhante ao ACC ICL-Fosbrasil, que conceba a arbitragem de modo diferente àquele previsto na LBA, especialmente quanto à decisão do Tribunal Arbitral, sendo a sua decisão final e vinculativa às Partes. Por fim, o ACC ALL-Rumo estabelece o prazo de 06 (seis) meses de duração da arbitragem e atribui os custos e as despesas do procedimento à Nova Companhia, “caso a decisão arbitral ateste discriminação”²⁶⁹.

Outro ponto relevante é que no ACC ALL-Rumo não se prevê a confidencialidade da arbitragem. Já os ACCs BVMF-CETIP e AT&T-Time Warner garantem o sigilo do procedimento arbitral por meio da referência ao Regulamento de Arbitragem (“Regulamento”) do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), que contém previsão expressa sobre a questão. Atualmente, o tema da confidencialidade da arbitragem tem sido confrontado com a necessidade de transparência, tema esse que foi destacado como uma preocupação da OCDE²⁷⁰.

A preocupação apontada se legitima, uma vez que os atos de concentração também possuem informações sigilosas, dotadas de acesso restrito. Assim, são apresentadas a versão restrita à análise do Cade e outra versão pública, com omissão de informações consideradas sigilosas. À versão pública é conferida publicidade, por meio da publicação em edital. Não há um rol exaustivo que classifique os segredos de empresa²⁷¹, cabendo ao Cade apreciar pedidos de publicidade ou de sigilo sobre os documentos e as informações objeto dos atos de concentração²⁷².

É de se destacar que nos autos do ato de concentração, após a celebração do ACC ALL-Rumo, prolongaram-se discussões acerca da restrição de informações contidas nas petições da empresa Agrovía S.A. (“Agrovía”), sob alegações de prejuízo

²⁶⁹ Cláusula 2.32, §§4º e 5º, do ACC ALL-Rumo.

²⁷⁰ **OCDE**. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 8-9.

²⁷¹ No Parecer Técnico nº 147 do AC 08700.000344/2014-47, a CGAA1 destacou que “[a] limitação do acesso às informações consideradas segredos comerciais destina-se a assegurar a proteção do interesse legítimo de uma empresa em que determinadas indicações estratégicas sobre os seus interesses essenciais e o andamento ou desenvolvimento dos seus negócios não sejam divulgados a terceiros”. **Cade**. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014. v. 1. p. 213.

²⁷² Artigo 50 e seguintes, RICADE.

à defesa da Rumo-ALL diante das denúncias apresentadas²⁷³. Se, de um lado, os segredos de negócio podem ser essenciais à sua atuação estratégica, a transparência também tem seus benefícios, mormente para se combater a assimetria informacional. Esse tema, porém, demanda maior profundidade de exame, o que vem sendo feito pela própria comunidade arbitral em seu ensejo.

No caso do ACC BVMF-CETIP, a cláusula arbitral contém mais elementos de suporte à sua plena execução. O litígio submetido à arbitragem prevista no ACC BVMF-CETIP será decidido por três árbitros e conduzido de acordo com o Regulamento do CAM-CCBC. A composição do Tribunal Arbitral se dá conforme o Regulamento²⁷⁴ e a sede da arbitragem é a cidade de São Paulo/SP.

Nesse caso, havendo referência ao CAM-CCBC, as custas da arbitragem também são determinadas conforme suas regras e tabelas, garantindo maior previsibilidade e segurança às partes e aos árbitros. Ademais, o CAM-CCBC atua como depositária das despesas do procedimento e dos honorários dos árbitros, além de exercer o papel administrativo na troca de comunicações, intimações das partes, constituição do Tribunal Arbitral, análise de impugnações a árbitros, entre outros.

A duração da arbitragem perante o B3 será “razoável, preferencialmente” inferior a 6 (seis) meses” desde a constituição do Tribunal Arbitral. Embora o prazo seja, *a priori*, muito exíguo em face da duração média de um procedimento arbitral²⁷⁵, entende-se pela possibilidade de sua extensão pelas partes e o Tribunal Arbitral. O ACC BVMF-CETIP estabelece na cláusula arbitral a irrecorribilidade e o caráter vinculante da decisão do Tribunal Arbitral perante as compromissárias²⁷⁶. Já o Cade e a CVM, embora devam receber cópia da sentença arbitral, não se vinculam à arbitragem. Igualmente ao previsto no ACC ALL-Rumo, as deliberações arbitrais no caso BVMF-CETIP não obrigam o Cade a se manifestar ou tomar providências e

²⁷³ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015.

²⁷⁴ De acordo com a parte final da cláusula 2.12 do ACC BVMF-CETIP: “cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral”. Porém, o Regulamento também contém disposições sobre a constituição do Tribunal Arbitral em arbitragem multipartes.

²⁷⁵ Veja-se, por exemplo, os dados coletados pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados conforme o Anuário da Arbitragem no Brasil de 2017, acerca da duração média de procedimentos arbitrais. **CESA**. Comitê Temático de Arbitragem. CARVALHO, Eliane; GRION, Renato Stephan (coords.). Anuário da Arbitragem no Brasil: 2017. dez. 2018. p. 20.

²⁷⁶ Cláusula 2.15 do ACC BVMF-CETIP.

tampouco a considerá-las em suas decisões²⁷⁷. Um exame mais específico, embora não exaustivo, sobre essa questão e a atuação do árbitro será feito mais adiante.

No ACC AT&T-Time Warner, a instituição arbitral eleita é a mesma do ACC BVFM-CETIP: o CAM-CCBC, cujas regras são aplicáveis ao procedimento. Em especial, a cláusula 6.2 prevê a possibilidade de realização de diligências em outras localidades que não a sede da arbitragem eleita – a cidade de São Paulo/SP. Trata-se de prática comum no ambiente arbitral, cuja previsão proporciona maior segurança e flexibilidade, inclusive quanto à assinatura da sentença arbitral²⁷⁸.

A disposição sobre custas da arbitragem foi apontada pelo Relator como um estímulo ao cumprimento do ACC pelas compromissárias, a AT&T, a Time Warner e a SKY, seguindo ao que foi apontado pela Superintendência-Geral. Isso porque AT&T, Time Warner e SKY deverão suportar custas e honorários dos árbitros “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% de participação em qualquer mercado relevante”²⁷⁹. Porém, caso o Tribunal Arbitral constate que a reclamação se deu de má-fé ou com base em informações falsas ou enganosas, a parte reclamante deverá reembolsar todos os custos e despesas do procedimento à AT&T²⁸⁰.

De acordo com o Regulamento do CAM-CCBC, a sentença arbitral estabelecerá a responsabilidade das partes sobre os custos, honorários dos árbitros, despesas e honorários advocatícios despendidos com o procedimento²⁸¹.

A formação do Tribunal Arbitral ganhou especial atenção na cláusula 6.4 do ACC AT&T-Time Warner²⁸², inclusive ao estabelecer que os árbitros devem ter

²⁷⁷ Cláusulas 2.16 a 2.18 do ACC BVFM-CETIP.

²⁷⁸ Que pode se dar de forma digital ou eletrônica.

²⁷⁹ Voto do Conselheiro Relator. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado). Cláusula 6.3 do ACC AT&T-Time Warner.

²⁸⁰ Cláusula 6.4.1 do ACC AT&T-Time Warner.

²⁸¹ Artigo 10.4.1 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC. “Da sentença constará, também, se for o caso, a responsabilidade das partes pelos custos administrativos, honorários dos árbitros, despesas, e honorários advocatícios, bem como o respectivo rateio, observando, inclusive, o acordado pelas partes no Termo de Arbitragem”.

²⁸² Cláusula 6.4 do ACC AT&T-Time Warner. “A arbitragem será conduzida por tribunal arbitral de reputação incontestável composto por 1 (um) ou 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”), nomeados de acordo com as Regras, com experiência em contratos desta natureza, autorizada a nomeação de árbitros que não façam parte da lista do CCBC. É aconselhável ter 1 (um) árbitro, ao menos que o valor sob disputa seja acima de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) e a CCBC entenda que o conflito é especialmente complexo. A nomeação dos árbitros pelos co-árbitros ou pela CCBC será precedida de consulta às partes com, no mínimo, indicação de nomes em potencial, estando as partes autorizadas a vetar pelo menos um dos nomes”.

experiência em contratos da natureza da operação e afastar eventual limitação à lista de árbitros da câmara arbitral, na forma do §4º do artigo 13 da LBA²⁸³. O Regulamento atualmente vigente no CAM-CCBC, porém, não contém essa limitação²⁸⁴. A *expertise* dos árbitros já constitui uma vantagem da arbitragem, mas a exigência de experiência dos árbitros na matéria pode agregar qualidade ao processo. De outra parte, dada a especificidade dos contratos envolvidos, essa determinação pode eventualmente dificultar a constituição do Tribunal Arbitral. Uma referência à experiência do árbitro nos mercados envolvidos talvez restringisse menos o raio de profissionais abarcados pela cláusula.

O ACC AT&T-Time Warner contém outra determinação mais detalhada, desta vez envolvendo a produção de provas e as manifestações das partes. O ACC limita a instrução da arbitragem à produção de provas documentais e, segundo a cláusula 6.6, “não haverá audiências com especialistas e testemunhas”. De outra parte, permite a autorização excepcional do árbitro para a apresentação de “outros documentos, provas e manifestações”²⁸⁵.

Embora uma disposição sobre provas e manifestações possa ser positiva na altura da celebração de um Termo de Arbitragem em procedimento específico, tal delimitação não parece sê-lo no caso em exame, antes de se ter conhecimento sobre a controvérsia em concreto. É importante destacar que o árbitro é o destinatário da prova e condutor do procedimento, respeitando-se os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro²⁸⁶.

O mesmo se pode dizer quanto à restrição de rodadas de manifestações. Os calendários provisórios determinados no Termo de Arbitragem geralmente fazem

²⁸³ “§4º. As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável”.

²⁸⁴ Artigo 4.4.1 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC. “As partes poderão indicar livremente os árbitros que comporão o Tribunal Arbitral. Contudo, caso a indicação seja de profissional que não integre o Corpo de Árbitros, deverá ela ser acompanhada do respectivo currículo, que será submetido à aprovação do Presidente do CAM-CCBC”.

²⁸⁵ Cláusula 6.6 do ACC AT&T-Time Warner. “Os árbitros emitirão sentença baseada apenas em documentos, estando as partes autorizadas a apresentar qualquer documento/prova para embasar sua posição, mas não haverá audiências com especialistas e testemunhas. Após a instituição da arbitragem, haverá duas manifestações de cada parte, sendo a primeira acompanhada de todos os documentos e provas, com exceção de documentos e provas eventualmente acostadas à segunda manifestação, com o objetivo de refutar os documentos e provas apresentados pela outra parte. O árbitro poderá autorizar a apresentação de outros documentos, provas e manifestações em circunstâncias excepcionais, na extensão necessária à garantia do contraditório e ampla defesa”.

²⁸⁶ Artigos 21, §§1 e 2º, e 22, *caput*, LBA.

referência justamente a até duas manifestações das partes na fase postulatória (Alegações Iniciais, Resposta, Réplica e Tréplica). No entanto, existindo pedido contraposto, talvez essa não seja a melhor disposição de petições, a depender do caso concreto.

O prazo para prolação da sentença arbitral no ACC AT&T-Time Warner é previsto da mesma forma que no caso do ACC BVMF-CETIP, com a inclusão da possibilidade de prorrogação do prazo para emissão da sentença, em circunstâncias excepcionais. Por fim, além da ausência de vinculação do Cade às deliberações arbitrais, o ACC AT&T-Time Warner contém uma determinação que deve vigor enquanto perdurar o litígio, segundo a qual as condições contratuais devem ser mantidas durante o trâmite da arbitragem. A sentença arbitral, nesse caso, terá caráter retroativo à expiração do prazo contratado²⁸⁷.

Como exposto, as cláusulas arbitrais em exame não fazem referência expressa ao direito aplicável ao mérito das controvérsias instauradas. A determinação das leis aplicáveis às matérias de fundo também recai sobre o poder do Tribunal Arbitral, quando as partes sobre isso não houverem pactado. Os poderes dos árbitros sobre a condução do procedimento são previstos na LBA, além de haver previsão no mesmo sentido no Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC.

À parte da análise do conteúdo e da aplicação de regras de conflito, questão que extrapola o objeto deste trabalho, fato é que o Tribunal Arbitral decidirá, com base na natureza do contrato e outros elementos relevantes, o direito que considere pertinente ao litígio. Nos casos em questão, partir-se-á do pressuposto de que, firmados no âmbito do direito concorrencial nacional, em proteção à livre concorrência, o direito brasileiro seria, *a priori*, o mais adequado para se examinar as questões objeto das cláusulas compromissórias de arbitragem.

Por “direito brasileiro”, nesse caso, entende-se todas as normas pertinentes no ordenamento jurídico, do qual fazem parte, inclusive, tratados e convenções internacionais que tenham sido ratificados pelo Brasil e normas imperativas²⁸⁸.

²⁸⁷ Cláusula 6.8 do ACC AT&T-Time Warner. “Enquanto não houver solução definitiva, a AT&T e as suas Afiliadas, bem como a SKY e suas Afiliadas, deverão manter as condições contratuais vigentes sem solução de continuidade dos serviços prestados. A sentença arbitral será aplicada retroativamente à data de expiração do prazo originalmente prevista no acordo então vigente das partes”.

²⁸⁸ LEW, Julian D. M.. Competition Laws - Limits to Arbitrators Authority. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. International Arbitration Law Library, v. 19, parte II, capítulo 12, p. 241-262. Kluwer Law International, 2009. p. 244.

Todavia, demanda reflexão a aplicabilidade, seja quanto ao dever, seja quando ao poder, do direito concorrencial pelo árbitro. Por essa razão, o próximo tópico se dedicará ao estudo a atuação do Tribunal Arbitral em conflitos que se relacionem com a concorrência, especialmente face à sua concepção como norma de ordem pública e à compreensão da competência do Cade no SBDC.

4.2. O papel do árbitro e os órgãos reguladores

Os sumaríssimos relatos sobre como se levou a cabo a análise dos atos de concentração ora estudados talvez sejam capazes de representar o grau de complexidade da atuação do órgão concorrencial brasileiro. O trabalho do Cade é extremamente especializado, enquanto os atos de concentração envolvem uma série de estudos, formulários, questionamentos e informações²⁸⁹. No requerimento, as partes interessadas apresentam informações detalhadas acerca de cada empresa envolvida e, eventualmente, seu grupo econômico. As requerentes respondem a formulários específicos para que a análise da operação seja realizada pelo órgão concorrencial. Igualmente, a(s) atividade(s) e o objeto de atuação das empresas são explicados e fundamentados em seu contexto histórico e econômico.

A autarquia também elabora guias com diretrizes “sobre temas relativos à política de defesa da concorrência ou a procedimentos institucionais”²⁹⁰, a exemplo do Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, de 2016. A OCDE entende, porém, que os guias não compreendem suficientemente essa complexidade²⁹¹.

²⁸⁹ “(...) o CADE atualmente mantém Acordos de Cooperação Técnica com Ministérios Públicos de vários estados, com a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná, diversas Agências Reguladoras, Tribunais de Contas estaduais, entre outros órgãos, com o fim de contribuir com a maior eficiência da ação do Estado para a prevenção e repressão de infrações e crimes contra a ordem econômica”. SOUZA, Alexandre Barreto de; MAHON, Ana Luiza Lima. Novas perspectivas da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Desafios e prioridades da autoridade antitruste. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017. p. 55.

²⁹⁰ RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei n. 12.529/11: A defesa da concorrência avança no Brasil. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017. p. 45.

²⁹¹ **OCDE**. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competitions Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 jun. 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 05 nov. 2020.

Dentro da estrutura do Cade, a instrução e a condução dos processos cabem às 9 (nove) Coordenações-Gerais de Análise Antitruste “CGAA”²⁹², subdivisões da Superintendência-Geral criadas a partir da nova LDC²⁹³. A Coordenação-Geral de Análise Antitruste 5 (“CGAA5”), atua como Setor de Triagem de atos de concentração do Cade, a quem cabe instruir e analisar atos de concentração sumários, enquanto as demais coordenações são responsáveis por atos de concentração complexos e condutas de abuso de posição dominante. Mais especificamente, as CGAAs 1 a 4 atuam na análise de atos de concentração pelo procedimento ordinário²⁹⁴.

Cumpra esclarecer que o parecer da Superintendência-Geral que recomende a aprovação de um ato de concentração é considerado como decisão final do Cade pela aprovação²⁹⁵. Já a manifestação da Superintendência-Geral pela reprovação ou aprovação do ato com restrições tem caráter opinativo, incumbindo ao Tribunal do Cade decidir finalmente sobre a questão.

Ao longo da análise aqui empreendida, já se tratou da concepção do direito concorrencial, da arbitrabilidade das disputas concorrenciais, dos remédios estabelecidos no controle preventivo de estruturas, do trâmite de casos concretos que culminaram na celebração de cláusulas arbitrais. Mas fato é que há uma série de autoridades envolvidas em todas essas relações, como o próprio Cade, o Tribunal Arbitral e as agências reguladoras. Consequentemente, isso também implica na abrangência de várias esferas de atuação e de competências, cuja convivência merece observada.

Concebida a arbitrabilidade de litígios que envolvam o direito concorrencial, deve-se analisar de que forma se relacionam essas autoridades e quais os limites de sua atuação. Sobre isso, a primeira parte do §2º do artigo 135 do RICADE esclarece que “[n]ão será admitida a instauração de qualquer das espécies de tipos processuais

²⁹² Atualmente, a Superintendência-Geral é composta pelo Gabinete e nove Coordenações-Gerais de Análise Antitruste – CGAA. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/superintendencia-geral>. Acesso em: 13 dez. 2021.

²⁹³ RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei n. 12.529/11: A defesa da concorrência avança no Brasil. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017. p. 36-37.

²⁹⁴ **Cade**. Institucional. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/coordenacoes-gerais-de-analise-antitruste-1>. Acesso em: 13 dez. 2021.

²⁹⁵ Caso não haja avocação de um dos conselheiros, por discordância com a Superintendência-Geral. **Cade**. Institucional. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/superintendencia-geral>. Acesso em: 13 dez. 2021.

previstas na Lei nº 12.529. de 2011, para apurar fatos que constituam lide privada, sem interesse para a coletividade (...)”

Também já se destacou, oportunamente, o conteúdo das cláusulas arbitrais quanto ao escopo da arbitragem e os poderes do Tribunal Arbitral quanto ao objeto da disputa. No caso do ACC ALL-Rumo, o Tribunal Arbitral deverá constatar a conduta discriminatória entre a contratação e a prestação de serviços de transporte ferroviário ao Usuário e a Partes Relacionadas, pela Nova Companhia. Já em eventual arbitragem instaurada em face do B3, o Tribunal Arbitral “terá poderes para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso à Prestação de Serviços CSD, desde que esses elementos tenham sido objeto de efetiva negociação entre as partes” por um acordo comercialmente razoável. O ACC AT&T-Time Warner, de forma mais abrangente, relega à arbitragem os “conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo”²⁹⁶.

Em cada caso, portanto, os árbitros possuem competências delimitadas para atuar em litígios oriundos das relações comerciais entre as partes – não se confundindo com a atuação da autoridade concorrencial como repressora de práticas anticompetitivas no amplo cenário da concorrência.

Nesse ensejo, o reconhecimento de conduta anticoncorrencial da Rumo-ALL pela via arbitral, diante de descumprimento contratual sobre o transporte ferroviário do açúcar da Agrovía²⁹⁷, foi utilizado como fundamento pela Agrovía em autos de Representação instaurados perante o Cade²⁹⁸. Nesses autos, a Agrovía apresentou denúncia de descumprimento do ACC ALL-Rumo e requereu, entre outros, a instauração de processo administrativo para a imposição de sanções, a determinação da cisão da Rumo-ALL e a revisão do ACC ALL-Rumo²⁹⁹. Tratando de outros autos de Representação instaurada pela Rumo-ALL em face da Agrovía, já arquivados, a Agrovía sustentou que:

²⁹⁶ Cláusula 6.1 do ACC AT&T-Time Warner.

²⁹⁷ Extrai-se dos autos que foi proferida sentença arbitral parcial em 14.12.2015, determinando o cumprimento integral do Contrato de Transporte celebrado entre Agrovía e Rumo-ALL. Posteriormente, procedeu-se à liquidação dos valores devidos. **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 230.

²⁹⁸ **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. 29-30.

²⁹⁹ **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 51-54.

(...) a ALL ao tratar das questões contratuais junto ao E. CADE, notadamente buscou rediscutir a decisão do tribunal arbitral sob a alegação de se tratar de matéria concorrencial. Traz, portanto, ao âmbito da Autoridade de Concorrência questão privada para tentar se evadir da sua responsabilidade nitidamente também privada.³⁰⁰

Conforme informado pela Agrovía, o procedimento arbitral foi instaurado em 2013, antes da aprovação do ACC com previsão de arbitragem³⁰¹. Entretanto, a hipótese proporciona um parâmetro para a análise da atuação concomitante das autoridades arbitral, concorrencial e regulatória³⁰². Nesse caso, chama atenção também a atuação da ANTT em resposta a consultas formuladas pelas partes, em especial por tratar de pedidos de interpretação contratual³⁰³. Dadas as restrições de sigilo acerca dessa questão, bem como da decisão arbitral, não é possível examinar com exatidão se houve algum contraste entre o entendimento da agência reguladora e o do Tribunal Arbitral³⁰⁴.

A sentença arbitral parcial foi objeto de ação anulatória proposta pela Rumo-ALL, que foi julgada improcedente em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”). Dentre as alegações apresentadas pela Rumo-ALL estiveram a suposta violação à ordem pública econômica e o julgamento *extra petita* pela sentença arbitral, que teria sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Não obstante os autos tenham tramitado em segredo de justiça, foi possível acessar o conteúdo da ementa da decisão do TJSP em sede de apelação, do que se destaca o seguinte:

³⁰⁰ **Cade.** Procedimento Preparatório nº 08700.009152/2015-87. Representantes: ALL – América Latina Logística S.A., América Latina Logística Malha Norte S.A., América Latina Logística Malha Paulista S.A. e América Latina Logística Malha Sul S.A.. Representada: Agrovía S.A. data de registro: 11 set. 2015. (não paginado)

³⁰¹ **Cade.** Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 195.

³⁰² Lembre-se que a cláusula 2.30 do ACC ALL-Rumo prevê a arbitragem “[s]em prejuízo das competências regulatórias da ANTT”.

³⁰³ Veja-se sobre isso, nos autos no Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, por exemplo: “Entre as ferramentas regulatórias que a ANTT elencou como hábeis para dirimir potenciais conflitos entre usuários e concessionárias ou entre diferentes concessionárias, estão a Resolução nº 3.694/2011 (Regulamento dos Usuários dos Serviços de Transporte Ferroviário de Passageiros), a Resolução nº 3.695/2011 (Regulamento das Operações de Direito de Passagem e Tráfego Mútuo do Subsistema Ferroviário Federal) e a Resolução nº 3.696/2011 (que pactua as metas de produção por trecho e metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas)”. **Cade.** Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 5947.

³⁰⁴ Nas manifestações da Agrovía, porém, há indícios de que ambos corroboraram o entendimento pela responsabilidade da Rumo-ALL. **Cade.** Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 196-199 e p. 364-373.

VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA. Inocorrência. Discussão envolvendo contrato de prestação de serviço de transporte ferroviário firmado com concessionária de serviço público. Arbitragem que recaiu sobre a interpretação de cláusulas de contrato privado, com obrigações submetidas às regras do direito privado, sem qualquer afronta à ordem pública econômica, em especial a competência da ANTT e do CADE. Discussão que não interfere na definição e/ou aplicação de políticas públicas de transporte, nem na apuração de condutas anticoncorrenciais, como reconhecido pelas próprias Autarquias Federais em procedimento administrativo.

JULGAMENTO EXTRA PETITA. Sentença arbitral que teria sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (art. 32, inc. IV, da Lei nº 9.307/96). Inocorrência. Pretensão de cumprimento do contrato de transporte, para que os volumes pré-acordados de açúcar sejam transportados desde o terminal da Agrovía em Santa Adélia até o Porto de Santos, expressamente deduzida e acolhida pela r. sentença. Ausência de julgamento extra petita ou de violação ao princípio da congruência.³⁰⁵

Na decisão monocrática acerca de Agravo em Recurso Especial perante o STJ, o Ministro Relator Marco Buzzi transcreveu um trecho da decisão do TJSP, que em muito agrega ao presente trabalho. Veja-se que, nos termos da decisão, o colegiado de segundo grau entendeu que não houve violação à competência da ANTT ou do Cade pelo Tribunal Arbitral, “pois a discussão não adentra em políticas públicas de transporte, nem na apuração de condutas anticoncorrenciais”³⁰⁶. O Tribunal Arbitral, igualmente, havia decidido que estava sob sua análise a relação intersubjetiva e privada entre as partes, exclusivamente a interpretação e a execução do contrato, não afetada por eventual decisão da ANTT, pois “o risco regulatório é da ALL e não pode ser transferido à AGROVIA”³⁰⁷.

Um detalhe importante sobre o caso, conforme se depreende dos excertos inseridos na decisão monocrática do STJ, é o de que a Rumo-ALL não impugnou a instituição da arbitragem por violação à ordem pública e nem requereu que a ANTT e o Cade fossem instados a se manifestarem³⁰⁸. Com efeito, não se poderia admitir a

³⁰⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ED nº 1053242-86.2016.8.26.0100 (segredo de justiça). 12ª Câmara de Direito Privado, Desembargador Relator Tasso Duarte de Melo, j. 23 set. 2019.

³⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1783752/SP, Decisão Monocrática, Quarta Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, j. 24 jun. 2021.

³⁰⁷ Conforme transcrito pelo Ministro Relator, a Corte Paulista destacou que “a própria ANTT e o CADE se manifestaram em sede de procedimento administrativo no sentido de que o contrato de transporte ferroviário celebrado entre as partes é relação intersubjetiva privada e deve ser integralmente cumprido pelas Apelantes, conforme detalhadamente analisado à p. 2238/2242 das contrarrazões (itens 44 a 56)”. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1783752/SP, Decisão Monocrática, Quarta Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, j. 24 jun. 2021.

³⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1783752/SP, Decisão Monocrática, Quarta Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, j. 24 jun. 2021..

alegação posterior à prolação da sentença arbitral, quando já se tem o resultado da disputa.

De outra parte, a Agrovía informou nos autos que notificou a Rumo-ALL para rescindir o contrato e pleitear indenizações. A empresa apontou o impacto e os prejuízos econômicos e sociais causados pelo fim de sua atividade empresária para o Município de Santa Adélia/SP, para o Estado de São Paulo e para a União, no quesito de recolhimento de impostos, desemprego e da própria livre concorrência³⁰⁹. Sobre isso, foi instaurado outro procedimento arbitral em 2016, em que a Agrovía pleiteou a responsabilização da Rumo-ALL pela rescisão do contrato de transporte³¹⁰.

A Representação, somada à denúncia da ANTT, culminou na instauração de Inquérito Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem Econômica, posteriormente transformado em Processo Administrativo³¹¹. A Nota Técnica nº 18/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE recomendou a condenação da Rumo-ALL e do Pátio de Santa Adélia/SP, nos termos do artigo 36, incisos I e IV, c/c §3º, incisos IV e V, da LDC, a qual foi adotada pelo Superintendente-Geral à época, Alexandre Cordeiro Macedo³¹². O Plenário do Tribunal do Cade, sob a relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, condenou a ALL e a Rumo pela infração à ordem econômica³¹³, determinando o pagamento de sanção pecuniária no valor de R\$

³⁰⁹ **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 51-54.

³¹⁰ Procedimento arbitral instaurado pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) nº 52/2016/SEC3. **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 481-482.

³¹¹ **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 316 e p. 391-394.

³¹² “EMENTA: Processo Administrativo. Transporte ferroviário de cargas. Logística para exportação de açúcar. Infração à ordem econômica consistente na interdição indevida de pátio ferroviário por ausência de manutenção e reparos de responsabilidade da própria Representada. Criação de dificuldades ao funcionamento de concorrente. Sugestão de condenação por infrações à ordem econômica nos termos do artigo 36, I e IV c/c §3º, IV e V, da Lei nº 12.529/11”. Já em relação aos descumprimentos do contrato de transporte, recomendou o arquivamento da investigação, por se tratar de litígio privado: “Não obstante, com relação aos descumprimentos reiterados do contrato de transporte, a investigação há de ser arquivada, na medida em que consiste em lide de natureza privada, fortemente influenciada por problemas regulatórios e de infraestrutura. Assim, tal questão é estranha à competência desse Conselho”. **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 699-728.

³¹³ **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 918-959. A decisão foi objeto de embargos de declaração, parcialmente acolhidos para sanar erros materiais, em dezembro de 2021. p. 1008.

247.172.592,44, além de outras providências estabelecidas conforme o artigo 38, inciso VII da LDC³¹⁴.

Especificamente no ACC ALL-Rumo, a cláusula 7.2 já havia previsto a possibilidade de que, “com base em relatórios da auditoria, manifestações regulatórias, informações contidas em processos judiciais ou administrativos”, o Cade aplicasse sanções pré-determinadas ou abrisse processo administrativo para a imposição de outras sanções. Ademais, o Tribunal do Cade já ressaltou que “[a] multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis”³¹⁵.

Essas demandas, propostas tanto no âmbito judicial, quanto no arbitral, versam sobre obrigações de fazer e de não fazer (no caso da cessação de conduta), ou sobre a reparação do dano. Além do artigo 47 da LDC, os pleitos se enquadram no disposto nos artigos 247 a 251 e 944 e seguintes do Código Civil, observada a violação concorrencial conforme o artigo 46 da LDC³¹⁶. São nessas frentes que os Tribunais Arbitrais instaurados com base nos ACCs atuarão para analisar a imposição de condições discriminatórias, a recusa de contratar, o impedimento de acesso a *essential facilities*³¹⁷.

Com efeito, cada autoridade – ANTT, Cade e Tribunal Arbitral – atua dentro de suas competências, sendo, nesses casos, a Nova Companhia (derivada da concentração ALL-Rumo) condenada tanto na via arbitral quando perante o Cade. Tercio Sampaio Ferraz Junior explica que:

(...) a ação punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa, primariamente, a uma *reparação* nem a uma *compensação*, mas a uma

³¹⁴ Artigo 38, LDC. “Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

(...)

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

³¹⁵ **Cade**. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda, Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., Relator Conselheiro Fernando de Magalhães. data de registro: 19 dez. 2003. p. 126. No mesmo sentido: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. p. 13.

³¹⁶ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017. p. 211-213.

³¹⁷ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017. p. 225.

intimidação. Ou seja, a lesão ao interesse difuso (livre concorrência) visa à cessação de uma prática, tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente *dissuasório*. (...)

Isso é perceptível, podendo ser constatado, de um lado, pela previsão de medidas sancionadoras na forma de obrigações de fazer, que não visam a ressarcir a Administração de algum prejuízo que a ação ou inação do administrado lhe causou, que o processo administrativo nem têm intuito de ressarcir, intuito reparatório ou compensatório, para a Administração, nem caráter cominatório, que vise a compelir o administrado a uma atuação positiva. Por outro lado, pode-se entender que a previsão de multa não tenha, do mesmo modo, nem o intuito de um ressarcimento, nem caráter cominatório, mas função ostensivamente intimidatória e exemplar.

E nesse ponto cruzam-se, como já destacado, o *enforcement* público e privado.³¹⁸

Outro exemplo disso, também envolvendo Rumo-ALL, foi a existência de denúncias pela empresa Agrovía de violação da cláusula 2.37 do ACC, alegando suposta conduta discriminatória da Rumo-ALL quanto à elevação do açúcar transportado pela Agrovía³¹⁹. Segundo consta em petição apresentada aos autos pela Rumo-ALL, a Agrovía requereu que o Cade determinasse à Rumo a celebração de contrato de elevação portuária com a Agrovía “no mínimo, para as safras de 2016/2017, 2017/2018, 218/2019, 2019/2020 e 2020/2021, considerando a obrigação da RUMO de preservar volume aos concorrentes, que devem ser consideradas apenas empresas prestadoras de serviços logísticos”³²⁰. Requereu, alternativamente, a instauração de processo administrativo para a apuração de condutas e a aplicação de medida preventiva.

A fundamentação do Parecer nº 453/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU guarda extrema relevância para a compreensão dos limites de atuação do Cade:

18. Inicialmente julgamos importante ter em mente (com o fito de se deixar bem claro) os limites a serem observados pela autoridade antitruste quando do exercício de seu mister, é dizer, referentes à concretização ou manutenção de um ambiente concorrencialmente saudável. (...)

³¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013. p. 16. Sobre essas diferentes esferas de atuação, ver também: VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16/2009, p. 353-385, jan. 2009. (paginação irregular)

³¹⁹ Parecer nº 453/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU e Parecer nº 507/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 6268 e 6372.

³²⁰ Conforme a petição da Rumo-ALL de 28.12.2015. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 6418.

(...) Em se tratando de controle de estruturas, a atuação do CADE não pode ultrapassar o nexos de causalidade da operação apresentada, nem criar obrigações a terceiros estranhos à relação contratual em análise.

20. Dessa forma, percebe-se que muito do que foi relatado pela Agrovía, ainda que possa caracterizar problemas efetivos daquele mercado, escapam à esfera de competências desse Conselho. O que cabe analisar é se a Nova Companhia (ALL/Rumo) descumpriu as obrigações estabelecidas no Acordo em Controle de Concentrações firmado com o CADE.³²¹

Com efeito, levou-se a cabo a interpretação do ACC pelo Cade, especialmente voltada às cláusulas relacionadas à suposta conduta anticoncorrencial da Rumo-ALL. Para tanto, foi necessário esclarecer os termos da cláusula 2.37 do ACC, especialmente quanto à compreensão da palavra “concorrentes” conforme utilizada na cláusula³²². A Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral Federal e a PROCADE firmaram o entendimento conjunto de que não houve conduta discriminatória da Rumo-ALL sobre a oferta e a contratação do serviço de elevação de açúcar. O Parecer, ratificado pela Superintendência-Geral³²³, ressaltou que não houve descumprimento das cláusulas 2.2 e 2.37 do ACC.

Por fim, enfatizou-se que ineficiências dos mercados, “especialmente quando submetidos a regulação setorial”, fogem à competência do Cade. Sinalizou-se, nesse sentido, que cabe às agências setoriais garantir uma regulação efetiva do mercado, que permita a solução de problemas contratuais³²⁴.

³²¹ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. p. 6268.

³²² “Assim, em interpretação à decisão do CADE, nos posicionamos pela possibilidade das tradings participarem do mercado de elevação de açúcar nos terminais T-16 e T-19 da Nova Companhia, estando sua participação incluída pela margem da cláusula 2.37 do ACC, já que esta visa impedir que as Partes Relacionadas restrinjam o acesso ao Porto de Santos”. Parecer nº 453/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. (não paginado)

³²³ Despacho SG nº 1365/2015, 10.11.2015. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. (não paginado)

³²⁴ “Por fim, importante notar mais uma vez que a competência do CADE se adstringe a resolver os problemas concorrenciais criados com a operação, exercendo controle preventivo sobre atos que impliquem em concentração econômica. Não faz parte de sua esfera de competência resolver ineficiências gerais dos mercados – especialmente quando submetidos a regulação setorial.

51. A própria análise empreendida pela SG nesse caso em seu parecer, bem como o voto do Conselheiro-Relator identificaram o transporte ferroviário e a elevação portuária como mercados eivados de problemas competitivos decorrentes da tríade concentração, verticalização e escassez. Assim, cabe à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e à Agência de Transportes Aquaviários (ANTAQ) garantir uma regulação efetiva de maneira a resolver os problemas contratuais entre as agentes do setor. Nas palavras do Conselheiro-Relator, o Cade “é uma autoridade de atacado e não de varejo”. Portanto, cabe às agências que regulam esses setores garantirem efetividade a todo o arcabouço normativo já existente nos setores envolvidos”. Parecer nº 453/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística

No mesmo sentido, também se verifica autos do AC ALL-Rumo a existência de controvérsia sobre Contrato de Transporte Ferroviário firmado entre ALL e EDF&Man/Agrovia, instaurada perante o CAM-CCBC sob o nº 19/2013, além de Reclamação perante a ANTT. Embora os autos tenham sido instaurados em 2013, antes da celebração do ACC, o Parecer nº 237/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU traz elementos que permitem a identificação das diferentes competências de cada autoridade.

Primeiramente, o Parecer relata que a Rumo-ALL havia solicitado ao Cade que analisasse os aspectos concorrenciais do referido contrato, “estabelecendo a interpretação que deverá ser seguida pelas Requerentes de forma a atender integralmente as disposições do ACC”. A Rumo-ALL também solicitou que o Cade oficiasse tanto o Tribunal Arbitral constituído na arbitragem quanto a ANTT, para informar que sua análise sobre tais aspectos poderia impactar as decisões dos outros dois órgãos³²⁵. Para a Rumo-ALL, o resultado da controvérsia poderia implicar no descumprimento do ACC.

Diante disso, o Parecer, que passou a constituir as razões decisórias do Despacho SG nº 798/2015, destacou que, nos termos da cláusula 2.33 do ACC, a deliberação arbitral não vincula do Cade, nem o obriga a se manifestar ou tomar providências. Em especial, e face à relevância ao presente tópico, transcreve-se o seguinte:

22. Ou seja, a autoridade antitruste a princípio não se ocupará de questões privadas entre concorrentes, atendo-se apenas aos termos do ACC quando da análise dos aspectos concorrenciais sensíveis envolvidos na dinâmica do mercado pós celebração do acordo, **sendo que apenas em caso de uma eventual circunstância que possa comprometer sua eficácia (de maneira concreta) e, como no caso, eventualmente atestada pelo juízo arbitral (...) passaria a agir.**

23. Esta "eventual circunstância", por óbvio, seria aquela que tenha por si só capacidade de afetar/impactar o escopo do ACC no sentido de inviabilizar a manutenção de um comportamento isonômico (...).³²⁶

Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. (não paginado)

³²⁵ Parecer nº 237/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015.

³²⁶ Parecer nº 237/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015. (não paginado)

Ao se manifestar nos autos do ACC BVMF-CETIP, o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo apresentou ressalvas ao alargamento da atuação do Cade no controle prévio de estruturas que tenha como pretensão resolver todos os possíveis e futuros problemas concorrenciais³²⁷. De outra parte, no voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03, em face da ALL e da Rumo, a Conselheira Lenisa Rodrigues Prado ressaltou que:

(...) o fato de ter havido ilícito regulatório objeto de sanção pela Agência Reguladora, conforme informado pela ANTT, não invalida em abstrato a jurisdição do CADE e nem mesmo caracterizaria *bis in idem*, no caso de as ora Representadas serem sancionadas por este Tribunal.³²⁸

Ademais, a Superintendência-Geral já se manifestou no sentido de que interpretações contratuais não devem ser objeto de análise no Cade, mas sim a discriminação de preços, que pode resultar em descumprimento do ACC³²⁹. Ao analisar a concentração entre AT&T e Time Warner, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira sustentou que a previsão arbitral não representa “qualquer tipo de delegação do poder de polícia do CADE relacionado à verificação de cumprimento das condições do ACC, o qual será feito pela própria autarquia a partir das informações a serem prestadas pelo *trustee*”³³⁰. Já Alexandre Santos Aragão destaca que normas de poder de polícia administrativa são passíveis de aplicação pelos árbitros, como ocorre em arbitragens internacionais, segundo Horario Grigera Naón³³¹.

³²⁷ “Sempre que se tem um ato de concentração em análise e que culminará com a aprovação com restrições, a autoridade antitruste tem a tendência de querer resolver no ACC todos os problemas concorrenciais que possam vir a surgir, incluindo os que não guardam pertinência direta com a operação. Tenho muita resistência a esse tipo de medida. A LDC [2] já apresenta tratamento para condutas que naturalmente afrontam a livre concorrência, sendo que, na minha opinião, internalizar tais comportamentos em sede de ACC, é uma medida desnecessária e desproporcional”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2636.

³²⁸ **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 915.

³²⁹ Nota Técnica nº 20/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE, §35. **Cade**. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovía S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016. p. 46-48.

³³⁰ Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado). No mesmo sentido, o relatório da OCDE: **OCDE**. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 17.

³³¹ Naon, Horacio A. Grigera. Los arbitros internacionales, pueden o deben aplicar las leyes de policia? **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 13, jul./set. 2001 *apud*

Além disso, a exemplo do ACC ALL-Rumo, “[o] Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”³³², previsão essa presente nos demais ACCs. Partindo dessa premissa, entende-se que o Cade não se obriga a – e nem deveria – participar da arbitragem e nem seja instado a intervir³³³, como previsto em relação aos processos judiciais, por determinação do artigo 118 da LDC³³⁴. No entanto, há na doutrina o entendimento de que representantes do Cade participem da arbitragem como testemunhas técnicas³³⁵.

Já em relação à sentença, Rodrigo de Camargo Cavalcanti posicionou-se no sentido de que “o CADE não pode se fazer inerte” perante uma sentença arbitral que “apresente possíveis argumentos sobre suposta infração à ordem econômica” e aos ACCs. A ausência de manifestação do Cade, nesse caso, configuraria um silêncio qualificado ou “silêncio administrativo”, uma forma de exercício da função administrativa, de forma negativa³³⁶.

Embora o *enforcement* público e o privado sejam independentes, as decisões do Cade podem ser adotadas como fundamento nas demandas privadas, que também compõem um desincentivo às práticas anticompetitivas³³⁷. A LDC também prevê a

ARAGÃO, Alexandre Santos. Arbitragem e Regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 70-102, out./dez. 2010. (paginação irregular)

³³² Cláusula 2.33 do ACC ALL-Rumo.

³³³ ARAGÃO, Alexandre Santos. Arbitragem e Regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 70-102, out./dez. 2010. (paginação irregular). Sobre arbitragem e regulação, o autor acrescenta que “A decisão que constar do laudo arbitral entre empresa regulada e seus clientes, independentemente do seu teor, não terá o condão de alterar qualquer posição jurídica da agência reguladora. Resta nítido, portanto, que a agência reguladora não possui interesse jurídico na resolução da lide e não poderia, por conseguinte, nela ingressar, ainda que sob a forma de mera assistente simples da regulada.

É importante ressaltar que a arbitragem não vincula qualquer ente da Administração Pública e não lhes gerará qualquer obrigação”. p. 13.

³³⁴ Artigo 118. “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

³³⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014. p. 26.

³³⁶ Sobre o tema: CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 28-45, 2015. p. 41-42.

³³⁷ OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competitions Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 jun. 2015. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em 05 nov. 2020. p. 2. “[H]á relações entre as instâncias, bem como vinculação entre a aplicação privada do direito da concorrência e as obrigações de fazer e não fazer (cessação da conduta) e a obrigação de indenizar (reparação do dano), embora o sistema privado apresente requisitos específicos próprios”. GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017. p. 211.

cooperação entre o Cade e o Poder Judiciário, na troca de informações³³⁸. Por outro lado, não é necessário aguardar o resultado de um ou de outro processo para cada autoridade emitir sua decisão acerca das condutas anticoncorrenciais. Ademais, Paula Forgioni explica que o Poder Judiciário é competente para “a apreciação direta das infrações à ordem econômica”³³⁹, compreensão esta que aqui se estende à lide privada submetida arbitragem.

Na análise do ato de concentração da BVFM com a CETIP, a Conselheira Relatora, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, também defendeu a convivência e a complementariedade entre os reguladores do mercado de capitais (CVM e BACEN), observada a tarefa do Cade de fomento à concorrência nos mercados. Nesse sentido, defendeu a regulação de preços pela autoridade concorrencial no caso concreto³⁴⁰.

Todavia, o voto-vogal do Conselheiro Alexandre Cordeiro naquele caso divergiu da Conselheira Relatora, opondo-se ao estabelecimento de determinadas condições à aprovação da operação, por considerar que extrapolam a competência do Cade. O Conselheiro defendeu a intervenção mínima necessária do órgão antitruste, observando as competências do órgão reguladores (no caso, a CVM)³⁴¹. O Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo reiterou o quanto apontado por ocasião do AC entre ALL e Rumo, acerca da atuação do Cade ante omissão ou falha do regulador³⁴².

O Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo também abordou, acerca dos remédios do ACC BVMF-CETIP, a inadequação da determinação e/ou

³³⁸ A exemplo do artigo 13, XVII, da LDC, segundo o qual “Compete à Superintendência-Geral: (...)

XVII – prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais;”.

³³⁹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 156.

³⁴⁰ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2741-2745.

³⁴¹ “No caso concreto, não cabe ao CADE impor condições específicas de cunho regulatório, ainda que tais medidas, a princípio, tenham por objetivo facilitar a competição no mercado de bolsa de valores”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2635-2636.

³⁴² Acrescenta, ademais, que “[a] não invasividade das esferas regulatória e concorrencial é uma característica contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro na medida em que a atuação do CADE para efetiva regulação só é iniciada se a atribuição regulatória *stricto sensu* estiver entorpecida ou dormente, seja a título de controle de estruturas, seja a título de controle de concentrações”. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2714.

regulação de preços como medida ou remédio a estruturas ou condutas pelo Cade³⁴³. Além da representação do desígnio das pessoas envolvidas nas discussões de preço, o Conselheiro enfatizou os reflexos negativos e os perigos do controle de preços, citando o Guia de Remédios da *International Competition Network*³⁴⁴. O mecanismo da arbitragem passa, portanto, a constituir uma alternativa às controvérsias relativas às condições de utilização dos serviços de central depositária. Essa alternativa, porém, não substitui as competências do órgão antitruste, que permanece atuando em proteção à livre concorrência e repressão do abuso do poder econômico.

Sobre a relação das atividades do órgão antitruste com as agências reguladoras, a PROCADÉ foi instada a se manifestar nos autos do AC AT&T-Time Warner. Ressaltou o Parecer que existe uma complementariedade na atuação dos órgãos, cada qual limitada aos seus objetivos específicos, e que a inflação da competência do Cade “distanciaria a autoridade antitruste de seu dever institucional e acabaria por impactar, ou mesmo colocar em risco, a efetividade do próprio sistema de controle prévio em termos temporais”³⁴⁵.

Em parecer jurídico elaborado por Vinicius Marques de Carvalho, consultado pela ATS e pela ACS nos autos do AC da BVMF-CETIP, Carvalho ressaltou a autonomia do Cade diante da atuação ou omissão do órgão regulador setorial. O autor

³⁴³ No caso do AC AT&T-Time Warner, o Conselheiro enfatizou que “[n]ão é função do CADE regular o setor, de maneira a garantir a prestação do serviço a todos os usuários, controlar preços, fiscalizar os níveis de qualidade, etc. Para tais funções, já existem diversas agências reguladoras. A competência de atuação do CADE se limita a cuidar dos problemas concorrenciais relacionados com o presente Ato de Concentração”. Voto do Conselheiro Relator. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado)

³⁴⁴ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2715. Conforme tradução livre do Conselheiro: “1. Os controles de preços implicam um nível de regulamentação que não é coerente com os princípios da concorrência. Os recursos são concebidos para restabelecer a concorrência e não para estabelecer um quadro regulamentar. Essa regulamentação é mais adequada às agências reguladoras com autoridade e especialização para regulamentar e supervisionar os preços.

2. Os controles de preços exigem monitoramento. Acompanhar os preços numa indústria específica ou assegurar de outro modo a conformidade com os controles de preços está fora das capacidades tradicionais da maioria das agências de concorrência e pode exigir recursos significativos”.

³⁴⁵ Parecer nº 27/2017/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, 12.07.2017. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017. (não paginado). Ainda sobre essa questão, nos termos do voto do Conselheiro Relator, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, “não se pode prescindir do controle de estruturas sob o argumento da possibilidade de repressão a posteriori de eventuais condutas ilícitas, especialmente no caso de operações em que estão presentes diversos elementos que apontam no sentido da presença de incentivos para adoção de condutas discriminatórias, bem como da pronunciada dificuldade de apuração e monitoramento dessas condutas”.

ressaltou que o Cade já se posicionou em outras ocasiões anteriores de forma independente em relação às agências reguladoras, a exemplo dos Processos Administrativos nº 08012.005660/2003-19, envolvendo o setor portuário, e nº 53500.005770/2002, no setor de telecomunicações. Em ambos os casos, o Cade se antecipou ao pronunciamento das reguladoras (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e ANATEL, respectivamente), apontando para a existência de competência concorrente com a ANATEL e adotando posição diversa à da ANTAQ, com base nas disposições concorrenciais³⁴⁶.

O parecer também menciona que uma das formas de manipulação anticompetitiva de mercados pela empresa dominante ou monopolista é a recusa de contratação, que não necessariamente se verifica diretamente. Isto é, pode se caracterizar, por exemplo, pelo estabelecimento de condições negociais inaceitáveis, como a cobrança de um preço excessivo³⁴⁷. Além de outras medidas sugeridas, Carvalho entendeu que a previsão de arbitragem seria “um remédio capaz de ter resultados bastante efetivos no que tange à implementação da garantia de acesso”³⁴⁸.

Nesse sentido, a arbitragem é utilizada como uma alternativa para a resolução de litígios *inter partes*, sem que haja um conflito entre a competência dos árbitros e o órgão antitruste³⁴⁹. Embora exista uma justificável preocupação com eventuais decisões conflitantes, ao Tribunal Arbitral cabe analisar a controvérsia sob a ótica privada, vislumbrando direitos e obrigações das partes. A autoridade concorrential, por sua vez, previne e repreende a violação da concorrência perante a coletividade³⁵⁰, com a aplicação de multas e outras penalidades. Não se ouvida, ademais, da disciplina da concorrência no plano penal³⁵¹, que não é explorada neste trabalho.

³⁴⁶ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2493-2496.

³⁴⁷ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2502-2503.

³⁴⁸ **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2509.

³⁴⁹ No mesmo sentido, sobre a jurisdição antitruste europeia: LEW, Julian D. M.. *Competition Laws - Limits to Arbitrators Authority*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. International Arbitration Law Library, v. 19, parte II, capítulo 12, p. 241-262. Kluwer Law International, 2009. p. 253.

³⁵⁰ VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16/2009, p. 353-385, jan. 2009. p. 5.

³⁵¹ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Direito da concorrência: a experiência brasileira e portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 32, p. 1-18, 2007. p. 6.

A exemplo do caso europeu³⁵², entende-se que o Tribunal Arbitral não tem o dever de suspender a arbitragem a fim de aguardar uma decisão do Cade e tampouco a decisão sobre a disputa privada estaria necessariamente vinculada às conclusões da autarquia.

Outro tema de extrema relevância é a indagação sobre o dever e o poder do Tribunal Arbitral de aplicar normas concorrenciais³⁵³. Uma das origens desse questionamento é a eventual ausência de previsão da aplicação do direito concorrencial pelas partes. Além disso, os árbitros não estão vinculados a um foro, observando, como dito, o direito aplicável à controvérsia.

No caso *Mitsubishi*, a Suprema Corte americana não só reconheceu a arbitrabilidade de litígios concorrenciais, mas também entendeu que os Tribunais Arbitrais devem decidir segundo aquilo que lhes é submetido pelas partes. Isto é, não obstante o Tribunal Arbitral não tenha a obrigação direta de buscar normas específicas, se as partes apresentarem alegações que impliquem na aplicação do direito antitruste americano, o Tribunal Arbitral deverá analisá-las conforme as respectivas normas³⁵⁴.

O caso europeu *Eco Swiss* não deixou claro na decisão o dever de aplicação *ex officio* da norma por Tribunal Arbitral que não tenha sido suscitado a fazê-lo pelas partes³⁵⁵. Todavia, Julian Lew afirma que a decisão reconhece a obrigatoriedade da aplicação de regras imperativas pelos árbitros, como o direito concorrencial na União Europeia ou decisões que tenham efeito na União Europeia³⁵⁶. Sob o mesmo prisma,

³⁵² LEW, Julian D. M.. Competition Laws - Limits to Arbitrators Authority. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. International Arbitration Law Library, v. 19, parte II, capítulo 12, p. 241-262. Kluwer Law International, 2009. p. 259.

³⁵³ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014. p. 26.

³⁵⁴ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Mitsubishi Motors Co. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 105 S.Ct. 3346, 02 jul. 1985.

³⁵⁵ Sobre isso, Alan Redfern e Martin Hunter declaram que “Embora o TJUE não tenha se pronunciado explicitamente sobre se os árbitros têm o dever de aplicar o artigo 81 *ex officio*, quando as próprias partes não fizeram referência ao dispositivo, essa decisão é geralmente vista – pelo menos – como uma implicação de que os árbitros devem fazê-lo ou arriscar que sua sentença seja anulada por violação da ordem pública” (tradução livre). Versão original: “Although the ECJ did not explicitly rule on whether arbitrators have a duty to apply Article 81 *ex officio* if the parties themselves made no reference to it, this decision is generally seen – at the very least – as implying that arbitrators should do so or risk the annulment of their award on grounds of a violation of public policy.” REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 5. ed. Oxford University Press, 2009. p. 127.

³⁵⁶ LEW, Julian D. M.. Competition Laws - Limits to Arbitrators Authority. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**.

Sanna Suvanto assevera que normas de concorrência são consideradas normas de ordem pública, de modo que o Tribunal Arbitral tem o dever de aplicá-las, tendo as partes o requerido ou não³⁵⁷.

O relatório sobre arbitragem e concorrência de 2010 da OCDE indica que está superado o entendimento de que os árbitros devem se limitar às alegações das partes. A OCDE defende que os árbitros têm o dever de aplicar as leis antitrustes, caso o ordenamento jurídico permita a arbitragem em matéria concorrencial³⁵⁸. Ademais, ressalta que a questão deve ser suscitada durante a arbitragem, ao invés de ser deduzida no final do procedimento³⁵⁹.

Essa orientação é, inclusive, recomendada, para evitar situações como a ocorrida no caso *Eco Swiss*, em que a sentença arbitral foi questionada por não ter tratado de questão legal sobre concorrência no âmbito do TCE³⁶⁰. Da mesma forma, evita-se que a sentença arbitral não seja reconhecida e executada por inobservância de norma de ordem pública, nos termos do artigo V.2(b) da Convenção de Nova Iorque.

Luca Radicati di Brozolo ressalta que:

(...) a arbitrabilidade do direito da concorrência é baseada largamente na suposição de que normas antitruste serão aplicadas pelos árbitros. Ademais, uma violação séria do direito da concorrência consagrada na sentença ou

International Arbitration Law Library, v. 19, parte II, capítulo 12, p. 241-262. Kluwer Law International, 2009. p. 257.

³⁵⁷ SUVANTO, Sanna. Party autonomy and the mandatory rules of competition law in international commercial arbitration. **Transnational Dispute Management Review**, v. 3, issue 3, p. 1-17, jul. 2004. p. 14.

³⁵⁸ “Os árbitros, sem dúvida, têm o dever de aplicar o direito concorrencial e espera-se que o façam. No passado, foram levantadas dúvidas sobre os deveres dos árbitros, com o argumento de que a arbitragem está sujeita à autonomia das partes e os árbitros não devem, portanto, ir além do que as partes querem. No entanto, se os sistemas jurídicos permitirem que as questões concorrenciais sejam arbitradas, isso deve vir com a expectativa de que os árbitros apliquem o direito de concorrência” (tradução livre). Versão original: “Arbitrators undoubtedly have a duty to apply competition law, and are expected to do so. In the past doubts have been raised about the duties of arbitrators, with the argument that arbitration is subject to party autonomy and arbitrators should therefore not go beyond what parties want. However, if legal systems allow competition law matters to be arbitrated, this should come with the expectation that arbitrators will apply competition law”. **OCDE**. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 12.

³⁵⁹ **OCDE**. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em 05 nov. 2020. p. 9.

³⁶⁰ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014. p. 26.

uma falha injustificada dos árbitros em aplicar o direito da concorrência pode levar à anulação ou recusa de execução.³⁶¹

O autor explica que o dever de aplicação do direito concorrencial não derivará necessariamente da vontade das partes, do direito da sede da arbitragem ou do direito aplicável ao mérito do litígio. Para ele, deve-se levar em conta o dever dos árbitros de proferir uma sentença exequível, guardadas as conexões do caso concreto com normas cogentes, como as concorrenciais³⁶².

Além da própria LDC e outras determinações do direito brasileiro³⁶³, o ACC AT&T-Time Warner versa especificamente sobre a formalização dos contratos de licenciamento de Canais de Programação em condições não-discriminatórias, seja de acesso aos Canais de Programação da Time Warner, seja de transmissão pela SKY de Canais Programação de Prestadoras Não-Afiladas. Suas cláusulas também admitem condições comerciais não-isonômicas em circunstâncias excepcionais³⁶⁴. Com efeito, entende-se que essas determinações devem ser levadas em consideração caso deparadas com um Tribunal Arbitral, por estarem contidas nas condições que permitiram a realização da operação.

Da mesma forma, no caso do ACC BVMF-CETIP, a análise do Tribunal Arbitral demandará conhecimento sobre condições de precificação, parâmetros objetivos, liberdade tarifária e normas de acesso, o que implica na apreciação de normas específicas e discussões sobre o tema no âmbito concorrencial³⁶⁵.

Para José Gabriel de Almeida, “o tribunal arbitral não pode se escusar de aplicar o direito da concorrência em um determinado litígio. Essa inescusabilidade [...] tem a ver com o caráter dispositivo, ou não, de determinadas normas da ordem pública brasileira”³⁶⁶. Ademais, é de se considerar que o árbitro pode, a qualquer momento,

³⁶¹ BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010. (paginação irregular)

³⁶² BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010. (paginação irregular)

³⁶³ Como aquelas pertinentes a cada setor regulado.

³⁶⁴ Cláusulas 3.2 a 3.8 do ACC AT&T-Time Warner.

³⁶⁵ Veja-se, por exemplo, as discussões travadas na análise do ato de concentração BVMF-CETIP. **Cade**. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017. p. 2410 e seguintes, p. 2521, p. 5995 e seguintes.

³⁶⁶ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). **Arbitragem Doméstica e Internacional**: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 208. *apud* BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Comercialista**, v. 4, n. 12, p. 12-25, 2014. p. 23.

confrontar-se com leis cogentes que incidem sobre variados conflitos, devendo aplicá-las, assim como o direito concorrencial³⁶⁷ e, com cautela, aferir eventual violação à ordem pública³⁶⁸.

Entende-se, como exposto por Phillip Landolt que o direito da concorrência deve ser considerado como integrante da lei contratual e aplicado à arbitragem conforme a sua incidência sobre a matéria em litígio. Isto é, não há razão para se compreender as regras concorrenciais como alheias à controvérsia³⁶⁹.

³⁶⁷ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 349.

³⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 70.

³⁶⁹ LANDOLT, Phillip. Chapter 2: Arbitration Clauses and Competition Law. In: BLANKE, Gordon, LANDOLT, Phillip (eds). **EU and US antitrust arbitration**: A handbook for practitioners. Kluwer Law International, 2011. p. 80.

V. CONCLUSÃO

A existência pacífica entre arbitragem e concorrência já é uma realidade do Brasil. Entende-se, pelo resultado deste estudo, que grandes passos foram dados no caminho da arbitrabilidade e da adoção de um meio privado para a resolução de litígios que se relacionem com a ordem econômica.

O objetivo geral deste trabalho foi defender o cabimento da adoção da arbitragem para resolver litígios que envolvam o direito da concorrência. Seu cerne é a iniciativa do Cade de incluir cláusulas arbitrais junto a elementos que condicionam a aprovação de atos de concentração de empresas submetidos ao seu controle, por meio dos ACCs.

A incipiência da matéria suscita grandes debates e torna (quase) qualquer conclusão prematura. Isso porque ainda são recentes as previsões arbitrais em ACCs e até mesmo os debates sobre o enfrentamento de questões concorrenciais por Tribunais Arbitrais. Ademais, não se olvida da confidencialidade da arbitragem, que dificulta o acompanhamento de discussões que possam ser aventadas no meio privado.

De outra parte, ainda que em outro cenário – que não o dos ACCs – pôde-se verificar que já existe arbitragem de matérias concorrenciais no Brasil, possibilitando a identificação de alguns caminhos já trilhados. Por isso, este trabalho se dedicou à assimilação do cenário e do estado atual da questão no Brasil.

Buscou-se construir uma rede de amparo à evolução da discussão, tendo como premissa que o questionamento inicial sobre a relação entre o direito concorrencial e a arbitragem se envereda para a arbitrabilidade. Mas, para se chegar a esse tema, passou-se pela compreensão de sua origem, com o exame da concepção das matérias concorrencial e arbitral e de sua intersecção.

A concorrência foi analisada como objeto do direito econômico. Isso porque ela se identifica com a concepção da ordem econômica constitucional. Assim, embora não tenham o cunho de aprofundar indagações sobre as teorias do direito econômico, foram tecidas algumas considerações a fim de se compreender o que o direito concorrencial disciplina e qual o seu significado na ordem jurídica.

Em meio a isso, destacou-se o objetivo do SBDC e a atuação do Cade, reestruturado pela Lei nº 12.529/2011. Verificou-se que os destinatários da norma

concorrencial são a própria ordem econômica e os sujeitos que dela fazem parte, de modo que ela não se destina apenas à proteção dos concorrentes.

Foram abordadas concepções básicas da arbitragem, a fim de permitir a evolução dos estudos acerca da arbitrabilidade e visando estabelecer parâmetros para a análise de casos concretos, em que os ACCs já incorporaram referências à arbitragem. Ademais, o direito comparado também forneceu elementos de sustentação ao trabalho, somado a estudos já realizados pela doutrina brasileira e à própria jurisprudência do Cade.

Em que pese a concorrência diga respeito à ordem econômica, matéria de ordem pública, defende-se, com fundamento na pesquisa, que isso não se confunde com a sua (in)disponibilidade. Com efeito, a conclusão alcançada é de que a matéria concorrencial é arbitrável, por constituir direito patrimonial e disponível, sem deixar de se ressaltar que existem esferas de direitos tutelados que separam as competências do Tribunal Arbitral e do Cade.

Para se compreender o papel da arbitragem nos ACCs e de que modo ela foi concebida pelo Cade, examinou-se a sua compreensão como um dos remédios adotados para a aprovação de atos de concentração, elementos utilizados no contrabalanceamento de riscos e benefícios potenciais dessas operações. Essa alternativa é possível devido ao controle prévio de estruturas concebido pela LDC, e possibilita a concretização de operações que, apesar de apresentarem riscos concorrenciais, geram também eficiências. Os remédios são então utilizados como instrumentos de mitigação desses riscos e de elevação dessas eficiências.

De outra parte, observou-se que nem todas as cláusulas de “solução arbitral” contidas nos ACCs correspondem à arbitragem prevista na LBA. Na análise de casos, foram estudadas quatro operações que resultaram na celebração de ACCs com cláusulas arbitrais: os casos ICL-Fosbrasil, o primeiro no âmbito do Cade, ALL-Rumo, BVMF-CETIP e AT&T-Time Warner. Trata-se de operações declaradas complexas pela Superintendência-Geral e levadas à apreciação do Tribunal do Cade. Após ampla instrução e balanceamento de efeitos, chegou-se à celebração de ACCs negociados junto às partes requerentes das operações.

Concluiu-se, na análise das cláusulas compromissórias, primeiramente, que o ACC ICL-Fosbrasil não contém uma cláusula compromissória propriamente dita. Em especial, a manifestação do árbitro é considerada uma opinião, sujeita à apreciação e decisão final do Cade. A questão do consentimento e da participação das partes na

arbitragem, nesse caso, também não coaduna com o instrumento arbitral. O Cade é quem determina a instauração da arbitragem e o consentimento das partes é prejudicado.

O ACC ALL-Rumo, por sua vez, concebe a decisão do árbitro como final, o que, somado a outros elementos, permite a configuração de uma cláusula compromissória nos termos da LBA. Foi possível identificar o escopo da arbitragem nesse caso e, portanto, da atuação do Tribunal Arbitral. Além disso, examinou-se quem seriam as partes envolvidas e se é possível aferir o seu consentimento à arbitragem.

Sustentou-se que os ACCs se identificam com o conceito da oferta de arbitragem, que se dá pela previsão unilateral de uma cláusula compromissória por uma das partes, que pode ser aceita em um momento posterior pela outra. Ou seja, não há necessária contemporaneidade entre o consentimento de cada parte à arbitragem. A cláusula é estabelecida na forma escrita, atendendo ao requisito legal da LBA, já o consentimento não é representado fundamentalmente da mesma forma, podendo ocorrer por um comportamento concludente, por exemplo.

Diante disso, o ACC BVMF-CETIP e o ACC AT&T-Time Warner também contêm a escolha da arbitragem, nos moldes da LBA. Ambos os ACCs representam progressos no tratamento do tema no âmbito do Cade, incluindo referências a uma instituição arbitral e regras procedimentais. Ou seja, elementos mais favoráveis à instauração da arbitragem.

Todas essas cláusulas preveem procedimentos escalonados. Isto é, para se chegar à arbitragem, as partes devem cumprir etapas de negociação ou reclamação, como é o caso do ACC ALL-Rumo, para então dar início ao procedimento arbitral.

Depois de alcançar as conclusões sobre a possibilidade e a exequibilidade da arbitragem prevista nos ACCs, adentrou-se na esfera das competências das diversas autoridades envolvidas, como o Cade, os árbitros e os órgãos reguladores. Os casos analisados envolvem setores de transportes, agrícola, telecomunicações, mercado de bolsa e balcão, entre outros. Como era de se esperar, grandes empresas e grandes mercados acabam por resguardar uma relação muito próxima com a ordem econômica. Nisso não se encontra, todavia, nenhum empecilho à adoção de um meio privado de solução de litígios.

Nesse tema, a jurisprudência do Cade apresentou fundamentos essenciais à construção deste trabalho. Apesar da confidencialidade da arbitragem, os autos dos

próprios atos de concentração apresentam considerações da autoridade concorrencial sobre o uso da arbitragem e a existência de esferas de atuação diversas. Verificou-se a existência de procedimentos arbitrais nas matérias em debate, que, embora em sua maioria anteriores aos ACCs, não deixam de ser indicativos da possibilidade da arbitragem no ensejo da concorrência.

Em mais de uma oportunidade, o Cade ressaltou que sua competência não abrange casos particulares, *inter partes*, e exames específicos de contratos, apontando limites para a sua atuação. Questões privadas, na visão do Cade, devem procurar sua resolução pela via arbitral, que foi concebida como um mecanismo efetivo de cumprimento das determinações concorrenciais. Além disso, concluiu-se pelo descabimento da participação do órgão antitruste nas arbitragens dos ACCs.

Nessa linha, as normas concorrenciais podem e devem ser aplicadas pelos árbitros. Justamente por versar sobre a ordem pública, é essencial que os Tribunais Arbitrais profiram sentenças exequíveis e enfrentem questões que possam ensejar a sua nulidade.

Certo é que a própria autoridade concorrencial brasileira é adepta e recepciona a adoção da arbitragem em matéria concorrencial no Brasil. Ademais, como se verifica das cláusulas arbitrais examinadas oportunamente, há uma evolução no tratamento e na redação dessas convenções.

Ainda que essas questões careçam de amadurecimento, o estado da arte indica que é possível a convivência harmônica entre as competências arbitral e da autoridade concorrencial. A aplicação das normas antitruste, assim como outras derivadas da ordem pública, não constitui um obstáculo para a arbitrabilidade e nem para a utilização da arbitragem como via de resolução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). **Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 208.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Direito da concorrência: a experiência brasileira e portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 32, p. 1-18, 2007.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem** (Lei nº 9.307, de 23/9/1996). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Método, 2012.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A Reforma da Arbitragem**, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Arbitragem e Regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 70-102, out./dez. 2010.

AUDIT, Mathias; BOLLÉE, Sylvain; CALLÉ, Pierre. **Droit du commerce international et des investissements étrangers**. 2. ed. LGDJ.

AXELROD, Robert. **A Evolução da Cooperação**. Tradução: Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010.

BACELLAR, Roberto P. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 13, n. 8, p. 507–515, ago. 1997.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Comercialista**, v. 4, n. 12, p. 12-25, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin H. **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford University Press, 2009.

BLESSING, Marc. **Arbitrating antitrust and merger control issues**. Swiss Commercial Law Series. v. 14. Edited by Nedim Peter Vogt, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 11.275/2018. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Congresso Nacional. PLS nº 283/2016. Disponível em:
<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-283-2016>. Acesso em: 10.01.2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958).

BRASIL. Lei de Arbitragem. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 12.529/2011, 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.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 283/2016. Senado Federal. 24 dez. 2018. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-283-2016>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.937/2004. Câmara dos Deputados, 07 jul. 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BROZOLO, Luca G. Radicati. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 162-194, out./dez. 2010.

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 1, 2016.

Cade. Ato de concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, j. em 18 dez. 2014.

Cade. Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 18 out. 2017.

Cade. Ato de concentração nº 08700.002276/2018-84. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A. Relator Conselheiro João Paulo de Resende, j. em 07 nov. 2018.

Cade. Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10. Requerentes: Tam Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways PLC. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. j. em 08 mar. 2017.

Cade. Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Relatora Conselheira Cristiane Alkimin, Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. em 22 mar. 2017.

Cade. Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, j. em 25 fev. 2015.

Cade. Cade lança guia sobre remédios antitruste. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-guia-sobre-remedios-antitruste>. Acesso em: 05 jan. 2021.

Cade. Departamento de Estudos Econômicos. ATTAYDE, Maria Cristina de Souza Leão; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Documento de Trabalho nº 002/2020. **Remédios antitruste no Cade:** uma análise da jurisprudência. Brasília: 2020.

Cade. Guia Remédios Antitruste. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020.

Cade. Histórico do Cade. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 02 fev. 2022.

Cade. Institucional. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/coordenacoes-gerais-de-analise-antitruste-1>. Acesso em: 13 dez. 2021.

Cade. Institucional. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/superintendencia-geral>. Acesso em: 13 dez. 2021.

Cade. Perguntas Frequentes. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>. Acesso em: 05 jan. 2021.

Cade. Procedimento Preparatório nº 08700.009152/2015-87. Representantes: ALL – América Latina Logística S.A., América Latina Logística Malha Norte S.A., América Latina Logística Malha Paulista S.A. e América Latina Logística Malha Sul S.A.. Representada: Agrovía S.A. data de registro: 11 set. 2015.

Cade. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda, Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., Relator Conselheiro Fernando de Magalhães.

Cade. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda, Indústria Brasileira

de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., Relator Conselheiro Fernando de Magalhães. data de registro: 19 dez. 2003.

Cade. Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representante: Agrovia S.A. Representada: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. data de registro: 05 ago. 2016.

Cade. Regimento Interno do Cade. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno>. Acesso em: 15 out. 2021.

Cade. Requerimentos de TCC. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/processos-1/requerimentos-de-tcc>. Acesso em: 03 fev. 2022.

Cade. Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016. Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy_of_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view. Acesso em: 03 fev. 2021.

Cade. Resolução nº 2/2012. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view. Acesso em: 03 fev. 2021.

CAHALI, Francisco J.. **Curso de Arbitragem**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARDOSO, Paula Butti. **Limites Subjetivos da Convenção de Arbitragem**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23032017-145153/publico/VERSAO_COMPLETA_PAULA_BUTTI_CARDOSO.pdf. Acesso em: 03 ago. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Patricia Bandouk. Remédios antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 21, p. 181-205, 2012.

CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, p. 28-45, 2015.

Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CESA. Comitê Temático de Arbitragem. CARVALHO, Eliane; GRION, Renato Stephan (coords.). Anuário da Arbitragem no Brasil: 2017. dez. 2018.

CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann. CÂMARA, Heloisa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. **Fundamentos do direito constitucional brasileiro**: novos horizontes brasileiros. Salvador: Editora Juspoivm, 2021.

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilela. Arbitrability of disputes involving antitrust issues in Brazil and the protection of free competition. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n.13, p.145-164, jul/dez., 2013.

COSTA, Maria D'Assunção. A arbitragem e o direito regulatório brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 55, 2017.

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei de arbitragem brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Iuri; POMBO, Bárbara. **Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas**. Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, 2015. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DANTAS, Yane Pitangueira. A arbitragem como meio alternativo na resolução de demandas indenizatórias decorrentes da prática de cartéis e a minuta de Resolução do Cace. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 231-246, mai. 2017. DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. Disponível em: <https://www.ftc.gov/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

FAGUNDES, Jorge. Restrições verticais: Efeitos anticompetitivos e eficiências. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 12.2005, p. 107-128, jan. 2005.

FELIPPE, Juliana Gil. Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 71, p. 18-38, jul./set. 2021.

FELIPPE, Juliana Gil; VISCONTE, Debora. Estatísticas da CCI. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.). **25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov. 2013.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, Andre Luis. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Folha de São Paulo. **Acordo entre B3 e ATG abre espaço para nova bolsa no Brasil**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12/acordo-entre-b3-e-atg-abre-espaco-para-nova-bolsa-no-brasil.shtml>. Acesso em: 10.01.2022.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 88, p. 311-340, out./dez. 1985.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais: Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. AAFDL: Lisboa, 2008.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias por danos causados por cartéis no Brasil: Um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 43/2014, p. 171-207, out./dez. 2014.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration**. Kluwer Law International, 1999.

GALINDO, Álvaro. El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones. In: COAGUILA, Carlos Alberto Soto (dir.). **El arbitraje en el Perú y el Mundo**. Peru: 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. **Revista de Direito Privado**, v. 60/2014, p. 257-275, out./dez. 2014.

GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: Da função jurisdicional do árbitro e do juiz. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. II, issue 5, 2005.

GÓMEZ, Arturo Sanabria. La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje: Oferta y aceptación. In: ROMERO, Eduardo Silva (dir.). **El Contrato de Arbitraje**. Colombia: Legis, 2008.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 1, p. 205-230, mai. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUERRA, Sérgio. Arbitragem Regulatória. In: ROCHA, Fábio Amorim da. (Coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. Tomo V. Rio de Janeiro: Synergia, 2016.

HANOTIAU, Bernard. **Complex Arbitrations**: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. Kluwer Law International, 2006.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014.

LANDOLT, Phillip. Chapter 2: Arbitration Clauses and Competition Law. In: BLANKE, Gordon, LANDOLT, Phillip (eds). **EU and US antitrust arbitration**: A handbook for practitioners. Kluwer Law International, 2011.

LEE, JOÃO BOSCO. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEW, Julian D. M.. Competition Laws - Limits to Arbitrators Authority. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). **Arbitrability**: International and Comparative Perspectives. International Arbitration Law Library, v. 19, parte II, capítulo 12, p. 241-262. Kluwer Law International, 2009.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Kluwer Law International, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78-103, dez. 2020.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. **Interesse Público**, ano X, n. 50, p. 86-102, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: Uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 33/2012, p. 245-269, abr./jun. 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros**: uma sobrevista. Disponível em: <http://batistamartins.com/arbitragem-capacidade-consenso-e-intervencao-de-terceiros-uma-sobrevista-2/>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MELO, Diogo L. Machado de. Cláusula compromissória nos contratos de adesão e distinção entre relações de consumo e de não consumo na Lei de Arbitragem: críticas ao veto à Lei n. 13.129/2015. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 9-43, out./dez. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, p. 87-118, out./dez. 2013.

MOURRE, Alexis. Arbitrability of antitrust law from the European and US perspective. In: BLANKE, Gordon; LANDOLT, Phillip. **EU and US antitrust arbitration: A handbook for practitioners**. Kluwer Law International, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

Naón, Horacio A. Grigera. Los arbitros internacionales, pueden o deben aplicar las leyes de policia? **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 13, jul./set. 2001.

OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Working Party No. 3. Arbitration and Competition. 13 dez. 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em: 05 nov. 2020.

OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competitions Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil. 15 jun. 2015. p. 2. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em: 05 nov. 2020.

OCDE. Policy Roundtables. The essential facilities concept. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em: 05 nov. 2021.

OCDE; IDB. Competition Law and Policy in Brazil: A peer review. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition>. Acesso em: 07 ago. 2020.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues P. **Antitruste e arbitragem**. 16 set. 2011. Disponível em: <http://direitoao ponto.com.br/antitruste-e-arbitragem/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do direito civil**. 20. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIMENTA, Roberto de Castro. Considerações de interesse público no controle de concentrações. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 123-143, dez. 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; BINDER, Mariana. Defesa da Concorrência e Arbitragem Internacional. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 22, n. 2, p. 307-341, 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A evolução do antitruste no Brasil: A política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 5. ed. Oxford University Press, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FELIPPE, Juliana Gil. Remédios do antitruste e efetividade do direito concorrencial. **Revista de Análise Econômica do Direito**, ano 1, v. 1, jan./mai. 2021.

RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei n. 12.529/11: A defesa da concorrência avança no Brasil. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017.

ROMERO, Eduardo Silva. El Consentimiento en Relación con el Contrato de Arbitraje. In: ROMERO, Eduardo Silva. (dir.); ESPINOSA, Fabricio Mantilla (coord.). **El Contrato de Arbitraje**. Colombia: Legis, 2008. pp. 149-152.

ROST, Maria Augusta. **Arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação no Brasil**. 2018. 139 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>. Acesso em: 03 ago. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SENTNER JR. James J. Who is bound by arbitration agreements? enforcement by and against non-signatories. **Business Law International**, v. 6, n. 1, jan. 2005.

SHAVELL, Steven. Liability for Harm versus Regulation of Safety. **Journal of Legal Studies**, v. XIII, jun. 1984.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUZA, Alexandre Barreto de; MAHON, Ana Luiza Lima. Novas perspectivas da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Desafios e prioridades da autoridade antitruste. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. (coord.). **5 anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. IBRAC, 2017.

Superior Tribunal de Justiça. AResp nº 1783752/SP, Decisão Monocrática, Quarta Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, j. 24 jun. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422-RJ. Voto Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j. 26 abr. 2016.

Suprema Corte dos Estados Unidos. Mitsubishi Motors Co. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 105 S.Ct. 3346, 02 jul. 1985.

Suprema Corte dos Estados Unidos. Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 41 L.Ed.2d 270, 17 jun. 1974.

SUVANTO, Sanna. Party autonomy and the mandatory rules of competition law in international commercial arbitration. **Transnational Dispute Management Review**, v. 3, issue 3, p. 1-17, jul. 2004.

Tribunal de Apelações do Segundo Circuito. Estados Unidos. American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co., 391 F.2d 821, 20 mar. 1968.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, C-126/97, 01 jun. 1999.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ED nº 1053242-86.2016.8.26.0100 (segredo de justiça). 12ª Câmara de Direito Privado, Desembargador Relator Tasso Duarte de Melo, j. 23 set. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da Comunidade Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 24 jun. 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT>. Acesso em: 04 abr. 2021.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16/2009, p. 353-385, jan. 2009.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZIEBARTH, José Antonio Batista de Moura. A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: Perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 20, p. 471-514, 2011.