

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS
NEGÓCIOS
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL**

DANILO BRUM DE MAGALHÃES JÚNIOR

**ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL:
A Arbitragem Como Método Para a Resolução de Disputas Privadas que
Envolvam Matéria Concorrencial no Direito Brasileiro**

PORTO ALEGRE

2018

DANILO BRUM DE MAGALHÃES JÚNIOR

ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL:

A Arbitragem Como Método Para a Resolução de Disputas Privadas que Envolvam
Matéria Concorrencial no Direito Brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Empresa, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

PORTO ALEGRE

2018

M188a Magalhães Júnior, Danilo Brum de.
Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro / por Danilo Brum de Magalhães Júnior. – Porto Alegre, 2018.

194 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios, Porto Alegre, RS, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, Escola de Direito.

1.Direito antitruste. 2.Concorrência – Brasil. 3.Direito empresarial – Brasil. I.Timm, Luciano Benetti. II.Título.

CDU 347.733
339.13(81)
347.7(81)

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL

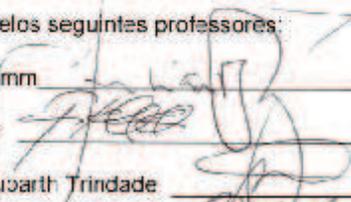
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: "**ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitragem Como Método Para a Resolução de Disputas Privadas que Envolvam Matéria Concorrencial no Direito Brasileiro**" elaborada pelo mestrando **DANILO BRUM DE MAGALHÃES JÚNIOR**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS - Profissional**.

Porto Alegre, 25 de junho de 2018.

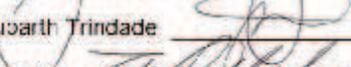

Prof. Dr. **Wilson Engelmann**

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Luciano Benetti Timm 

Membro: Dr. Fabiano Koff Coulon 

Membro: Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade 

Membro: Ms. Juliana Puchalski Teixeira 

Membro: Dr. Caio Mario da Silva Ferreira Neto 

Dedico este trabalho aos maiores amores da minha vida:
meus pais Danilo e Denise. Não existem palavras para
expressar o sentimento de amor e gratidão que tenho por
você que, tão jovens, e sem medir esforços, abriram mão
de muitos sonhos e planos para se dedicarem à minha
criação. É por isso que cada conquista minha é - e
sempre será - dedicada a vocês.

AGRADECIMENTOS

A boa técnica acadêmica sugere que os agradecimentos devem ser breves e dirigidos a pessoas e/ou instituições que tenham contribuído de maneira relevante à elaboração do trabalho. Mas, com todo respeito à boa técnica, não poderia perder este espaço para registrar meus sinceros agradecimentos àquelas pessoas que tiveram um papel fundamental para a construção do meu pequeno conhecimento jurídico.

E nem poderia deixar diferente. Um trabalho desta natureza, realizado por tão inexperiente autor, jamais poderia ser considerado obra exclusivamente sua. Ao contrário, é mero resultado da convivência com pessoas extraordinárias, a quem só devo dizer – e repetir muitas vezes - muito obrigado! Vale lembrar sempre a máxima de que quem caminha sozinho vai mais rápido, mas aquele que caminha em grupo vai mais longe.

Como não poderia ser diferente, começo agradecendo à minha família, sem os quais, jamais teria condições de concluir o curso de mestrado. Aos meus pais, **Danilo e Denise**, a quem devo não só a vida – no sentido biológico –, mas tudo que conquistei ao longo dela. Não existem palavras suficientes para expressar o quão grato sou por ter vocês na minha vida. Muito obrigado pelos ensinamentos, conselhos, apoio, paciência e, acima de tudo, pela liberdade que me foi dada para escolher os caminhos a serem percorridos na minha vida acadêmica e profissional. O sonho de concluir uma pós-graduação *stricto sensu* – a primeira pessoa na família - não era só meu, e fico muito feliz de poder compartilhar esse momento com vocês.

Aos meus avós **Benoni e Arlete**, que são minhas principais referências de caráter, humildade e de garra. Mesmo com toda a distância física que nos separa, sempre pude contar com todo o apoio de vocês. Da mesma forma agradeço aos meus avós **Alberto, Virgínia** (primeira professora universitária da família) e à minha querida bisavó **Doralina**, que, apesar de não estarem mais entre nós, também foram grandes referências de vida.

Os agradecimentos são estendidos também aos meus irmãos Douglas e Dauã, tios Deise, Débora, Daniel e Roberto, tias-avós Neuza, Neiva, Neida, Nely e Enilda, aos meus primos, à minha querida sobrinha Sophia e à minha madrinha Carina Soria (e família), por todo o apoio e companheirismo de sempre.

Ao **Prof. Dr. Luciano Benetti Timm**, meu professor, orientador, chefe de equipe no escritório e amigo, a quem devo minhas mais sinceras homenagens por ser minha grande inspiração acadêmica e profissional, agradeço por todas as oportunidades, pela recomendação e incentivos para escolha do curso de mestrado e, principalmente, pelas contribuições para a condução deste trabalho. Destaco, inclusive, que a ideia inicial deste trabalho surgiu, em 2013/2014, em pesquisa realizada no programa de Iniciação Científica, sob orientação do Prof. Luciano. Por tudo isso, não restam dúvidas da minha gratidão por ser orientado na academia e na advocacia por um profissional tão competente e inspirador, que não mede esforços para me proporcionar voos cada vez mais altos.

Ao **Prof. Dr. Wilson Engelmann**, pelas precisas contribuições a esta pesquisa, especialmente na orientação do meu trabalho de conclusão de curso da graduação, quando pesquisei a arbitrabilidade objetiva da matéria concorrencial. Agradeço também ao **Prof. Dr. Rafael De Freitas Valle Dresch** pelas precisas recomendações de bibliografia e base de dados sobre direito concorrencial.

Ao **Prof. Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade**, a quem devo agradecimentos não só pelos conselhos e contribuições passadas na banca de qualificação do presente trabalho, mas também pelas oportunidades acadêmicas e pela amizade. Estendo os agradecimentos ao **Prof. Dr. Ivo Gico Teixeira Jr.** pelos conselhos e contribuições compartilhados na banca de qualificação.

De fato, foi uma honra ter recebido contribuições neste estudo de profissionais tão admiráveis como vocês.

Agradeço também todos os demais professores e colaboradores do Programa De Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios, especialmente aos queridos **Profs. Drs. Fabiano Koff Coulon** e **Ederson Garin Porto**, que foram fundamentais para o meu aprendizado e amadurecimento acadêmico e profissional – desde a graduação. Aproveito para prestar homenagens a todos os **professores** que contribuíram para a minha formação, não apenas os do mestrado, mas também aos que passaram durante a graduação e educação básica.

Agradeço à **Escola de Direito da UNISINOS**. Fico muito honrado por ser “filho” desta instituição amplamente reconhecida pelo sério trabalho, pelas sofisticadas pesquisas e pelo brilhante corpo docente.

Ao **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)** pela oportunidade de ter participado do XXXIII PinCade, que foi um período determinante

para despertar o interesse e a motivação que hoje tenho sobre questões concorrenciais.

Agradeço aos **colegas**, e agora amigos, que percorreram/percorrem comigo a trajetória do curso de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios na Unisinos. O fato de ter uma turma tão querida e competente tornou o curso de mestrado ainda mais interessante. Aprendi muito com a convivência com cada um de vocês e espero que essa amizade e parceria possam ser duradouras.

Agradeço aos amigos do **Grupo de Arbitragem da Unisinos**, especialmente **Marcelo Richter, Reginaldo Bueno, Pedro Espíndola, Bárbara Paties, Guilherme Grassi, Jéssica Appel, Rodrigo Murussi, Marina Hoff, Otávio Ev, Lilian Stein, Lucas Célio Ruschel, Antonio Pietro Almeida, Lucian Andreas e Francine Tassoni** que, muito mais do que compartilharem comigo a missão de difundir o estudo da arbitragem na universidade e de representá-la nas competições de arbitragem, contribuíram, também, para o meu desenvolvimento acadêmico e profissional. Mais do que colegas, vocês se tornaram grandes amigos!

Agradeço também à toda a equipe do **Carvalho, Machado e Timm Advogados**, especialmente a **Cristiano Rosa de Carvalho, Rafael Bicca Machado, Luciano Benetti Timm, Ana Paula Olinto Yurgel e Tiago Faganello**, não só pelo auxílio financeiro para custeio de parte da mensalidade do curso de mestrado por meio do Programa de Talentos do CMT, mas pela oportunidade de desenvolvimento profissional em um escritório de referência, e, principalmente, pela paciência e suporte nos momentos que precisei me ausentar em razão das aulas e da dissertação. Neste ponto, registro agradecimentos especiais aos colegas da Equipe de Resolução de Disputas de Porto Alegre: **Vanessa Wojahn de Lima, Otávio Carrard, Gustavo Stadlander Chaves Barcellos, Flávia Rosa e Amanda Michelin**. Orgulha-me fazer parte deste time!

Estendo os agradecimentos, pelos mesmos motivos, aos ex-colegas de escritório **Nathália Steffens, James Marques Machado, Robson Verfe e Raíssa Feldmann**.

Agradeço também aos **melhores amigos do mundo** – os meus! –, não só pelo companheirismo e pela amizade, mas, também, pelo constante apoio, pelas conversas, pelos conselhos, pelas risadas, e, principalmente por terem entendido – assim espero – minha ausência nos momentos que dediquei às atividades do mestrado, bem como à elaboração do presente trabalho.

Por fim, registro meus agradecimentos especiais aos brilhantes acadêmicos **Antonio Pietro Almeida, Gustavo Stadlander Chaves Barcellos e Lucas Célio Ruschel** que me ajudaram na revisão de partes do texto da presente dissertação.

Sei que são muitos os agradecimentos, mas sinto-me na obrigação de assim fazer, pois, repito, sem vocês não teria chegado aqui.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo geral a investigação da adequação da arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial, tendo como pano de fundo a legislação brasileira. Isto porque, apesar das normas de Direito concorrencial serem imperativas, terem caráter eminentemente público e serem comumente associadas à noção de ordem pública, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem se originar de relações jurídicas privadas, envolvendo Direitos patrimoniais disponíveis, aptas a serem resolvidas pela arbitragem. Neste contexto, de forma mais específica, buscou-se na presente dissertação: (a) analisar o que a legislação e a doutrina dizem sobre o instituto da arbitragem e sobre o Direito concorrencial; (b) analisar a possibilidade jurídica da utilização do procedimento arbitral (arbitrabilidade) como alternativa para resolução de conflitos privados que envolvam matéria concorrencial no Brasil; (c) analisar a possibilidade de aplicação das normas de Direito concorrencial brasileira pelos árbitros; e (d) investigar as situações em que a arbitragem pode ser utilizada para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito brasileiro. Como conclusão, defende-se que, dentro de certos requisitos abordados no trabalho, a arbitragem é um instrumento juridicamente adequado para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial, tendo o árbitro um dever de aplicar o Direito Concorrencial na sua integralidade, ou seja, dentro da sistemática da Lei 12.529/11. Ademais, será defendido que, de modo geral, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial, embora haja excepcionalmente um apertado espaço para utilização no *public enforcement*, o que vem sendo incentivado pelo CADE em casos recentes. Dentro deste contexto, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE na proteção da concorrência como direito difuso.

Palavras-chave: Resolução de Disputas Empresariais. Arbitragem. Direito Concorrencial. Antitruste.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to investigate the adequacy of arbitration as a method for resolving private disputes involving antitrust law, based on Brazilian Law. This is because, despite Brazilian antitrust law having mandatory rules, being eminently of a public policy (*ordre publique*) nature, controversies involving competitive law disputes involving competition law may originate from private legal relationships, involving available and patrimonial rights, apt to be resolved by arbitration. In this context, in a more specific way, we sought in this dissertation: (a) to analyze what the legislation and the doctrine say about the institute of the arbitration and on the Competition Law; (b) to analyze the legal possibility of using the arbitration procedure (arbitrability) as an alternative method for resolving private disputes involving antitrust law in Brazil; (c) analyze the possibility of applying the Brazilian antitrust rules by the arbitrators; and (d) investigate situations which the arbitration should be used to resolve private disputes involving antitrust matters according to Brazilian law. As a conclusion, it is argued that, under certain circumstances, arbitration is a legally adequate instrument for resolving private disputes involving antitrust matters, having the arbitrator a duty to apply the Antitrust Law in its entirety, according to the framework of Law 12.529/11. In general, arbitration proceedings involving antitrust matters fall within a context of private enforcement of antitrust law, although there is a limited space for use in public enforcement, which has been encouraged by CADE in recent cases. Therefore, the jurisdiction of the arbitrator would be determined by the determination of civil consequences relevant to the application of the antitrust law, which should not be confused with CADE's administrative performance in the protection of competition as a diffuse right.

Key-words: Dispute Resolution. Arbitration. Antitrust Law. Competition Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PARTE 1 - DIREITO CONCORRENCIAL E ARBITRAGEM NO BRASIL: O “ESTADO DA ARTE”	20
2.1 DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO: DESENHO NORMATIVO E INSTITUCIONAL	20
2.1.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)	23
2.1.1.1 Estrutura Administrativa do CADE na Sistemática da Lei 12.529/11.	29
2.1.2 Conteúdo e Aplicação do Direito de Concorrência no Brasil: <i>Public Enforcement Private Enforcement</i>	33
2.1.2.1 <i>Public Enforcement</i> na Legislação Concorrencial Brasileira: Análise de Condutas Anticompetitivas e Análise de Atos de Concentração	34
2.1.2.1.1 <i>Análise de Atos de Concentração Econômica – Controle Preventivo</i>	35
2.1.2.1.2 <i>Análise de Condutas Anticompetitivas – Controle Repressivo</i>	44
2.1.2.2 <i>Private Enforcement</i> na Legislação Concorrencial Brasileira	53
2.2 A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELA ARBITRAGEM.....	61
2.2.1 Premissas Fundamentais: Conceito e Natureza	68
2.2.1.2 Princípios da Arbitragem	74
2.2.1.2.1 <i>Princípio da Autonomia da Vontade das Partes</i>	75
2.2.1.2.2 <i>Princípio da Autonomia da Cláusula de Arbitragem</i>	76
2.2.1.2.3 <i>Princípio da Kompetenz-Kompetenz</i>	77
2.2.2 A Convenção de Arbitragem	80
2.2.2.1 Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral	82
2.2.2.2 Variações da Cláusula Compromissória.....	85
2.2.2.3 Espécies de Compromisso Arbitral.....	87
2.3.3 Requisitos para Submissão de um Litígio À Arbitragem: Arbitrabilidade 90	
2.3.3.1 Arbitrabilidade Subjetiva.....	92
2.3.3.2 Arbitrabilidade Objetiva	93
3 PARTE 2 - A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS QUE ENVOLVAM MATÉRIA CONCORRENCIAIS: <i>THE MEETING OF TWO BLACK ARTS</i>	96
3.1 LIMITES PARA O USO DA ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO BRASIL	97

3.1.1 Arbitrabilidade do Direito Concorrencial Brasileiro	98
3.1.1.1 Arbitrabilidade Subjetiva.....	99
3.1.1.2 Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial	102
3.1.1.2.1 Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial em Direito Comparado	103
3.1.1.2.2 Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial Brasileiro	108
3.1.2 Aplicação do Direito Concorrencial Pelo Árbitro: Faculdade ou Dever? 113	
3.1.3 Os Limites da Atuação do Árbitro em Face das Autoridades Estatais de	
Defesa da Concorrência	122
3.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES CONCORRENCIAIS EM	
PROCEDIMENTOS ARBITRAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	126
3.2.1 <i>Enforcement</i> Privado por Meio da Arbitragem: Arbitragem em Controle de	
Condutas.....	127
3.2.1.1 Demandas Propostas após o Reconhecimento de uma Violação ao Direito	
Concorrencial pelas Autoridades do SBDC e/ou pelo Poder Judiciário.....	131
3.2.1.2 Demandas Que Não Se Apoiam no Reconhecimento Prévio de uma Violação	
ao Direito Concorrencial pelas Autoridades do SBDC	133
3.2.1.2.1 Demandas cujo Objeto do Litígio Compreenda Condutas Ainda não	
Investigadas e Julgadas pelo CADE Ou pelo Judiciário.....	133
3.2.1.2.2 Demandas nas Quais as Condutas Anticompetitivas Sejam Identificadas de	
Forma Incidental.....	134
3.2.1.2.3 Existe Algum Dever dos Árbitros de Reportar a Ciência de Tal Conduta Às	
Autoridades Competentes?.....	136
3.2.2 Arbitragem como Remédio Antitruste: Arbitragem em Controle de	
Estruturas	140
3.2.2.1 Situações de Utilização da Arbitragem para Implementação de Remédios	
Antitruste	143
3.2.2.1.1 Compromissos de Acesso.....	143
3.2.2.1.2 Compromissos de Acesso e Resolução de Disputas Envolvendo	
Autoridades Reguladoras.....	146
3.2.2.1.3 Arbitragem Supervisionada por um Administrador.....	148
3.2.2.1.4 Arbitragem em Futuras Relações Contratuais.....	149
3.2.2.2 A Experiência Brasileira: Implementação de Remédios Antitruste pelo CADE	
.....	150
3.2.2.2.1 Caso ICL/Bromisa	154

<i>3.2.2.2.2 Caso ALL/Rumo</i>	<i>158</i>
<i>3.2.2.2.3 Caso BM&FBovespa/Cetip.....</i>	<i>161</i>
<i>3.2.2.2.4 Caso AT&T/TimeWarner</i>	<i>163</i>
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
REFERÊNCIAS.....	176

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tratará sobre o uso da arbitragem, no Direito brasileiro, como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial. A pesquisa foi desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, durante o prazo de conclusão do Curso de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e se vincula à Linha de Pesquisa “Direito da Empresa e Regulação”.

Nas palavras de James Bridgeman, “*arbitration of competition law is the meeting of two black arts*”¹. Significa dizer que o Direito Antitruste e o instituto da arbitragem são assuntos aparentemente contraditórios e incompatíveis, isto porque “a natureza pública do direito da concorrência e a especial importância dos seus princípios e finalidades tornam a sua arbitrabilidade questionável”². Mais especificamente, a fim de cumprir com seu objetivo de proteção ao mercado (livre iniciativa e livre concorrência), diz-se que o Direito concorrencial brasileiro tem caráter eminentemente público e é comumente associado à noção de ordem pública³ sendo as normas de direito Concorrencial consideradas como normas imperativas.

Nessa esteira, a arbitragem, de um lado, é um método de solução de disputas oriundo de uma criação da autonomia privada, pois sua base é um acordo de vontade das partes para submeter um futuro ou atual litígio a um julgador privado, o árbitro, retirando os poderes do âmbito do juízo estatal⁴. De outro lado, o Direito

¹ Tradução nossa: “Arbitrabilidade de leis concorrenciais é um encontro de duas artes negras”. (BRIDGEMAN, JAMES. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In: **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008, p. 147).

² TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: *the meeting of two black arts***. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 445.

³ Calixto Salomão Filho identifica a ordem concorrencial com o que chama de “Constituição Econômica” de um Estado, ou seja, o conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômico de um dado país. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, 1ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 37-38). Eros Grau, por sua vez, traz o conceito de “ordem pública econômica”, a qual compreenderia o conjunto de medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012, p. 60). Cita também mais gente nesse sentido como Paula Forgioni e algumas decisões do CADE

⁴ KOMMINOS, Assimakis. **Arbitration and EU Competition Law**. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017.

Concorrencial, também chamado de Direito Antitruste⁵, pode ser entendido como um conjunto de normas que tem por objetivo corrigir eventuais falhas de mercado por meio da restrição de atos e práticas que cerceiem o processo concorrencial⁶. Ou seja, a autonomia privada, que cria a arbitragem, também pode estar sujeita ao controle do Estado por meio do Direito Antitruste⁷.

Os sistemas tradicionais de controle antitruste são públicos (*public enforcement*) e privados (*private enforcement*)⁸. A aplicação privada contribui para proteger a concorrência sadia de forma eficaz e eficiente, juntamente com a execução pública. Este meio de combate a ilícitos concorrenciais é bastante significativo nos Estados Unidos, mas é pouco utilizado no Brasil. Na prática, assim, o direito concorrencial é principalmente imposto pelas autoridades da concorrência, no caso do Brasil, nos termos da Lei 12.529/11, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e sujeitas à revisão do Poder Judiciário.

Apesar disso, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem surgir em relações jurídicas privadas, que tenham como matéria de fundo Direitos patrimoniais disponíveis, aptas a serem resolvidas pela arbitragem. É nessa intersecção entre o interesse público (concorrência) e o interesse privado (arbitragem) que reside a problemática do presente trabalho.

Uma das hipóteses para a intersecção entre o Direito concorrencial e a arbitragem é a identidade dos *players* que utilizam tal mecanismo de solução de controvérsias e que estão sob a supervisão dos órgãos de controle da concorrência.

⁵ Em que pese a multiplicidade de expressões aplicadas à matéria de defesa da concorrência (tais como: Direito Antitruste, Direito Concorrencial e Direito da Concorrência, por exemplo), houve preferência de utilização da expressão “Direito Concorrencial” no presente trabalho. Ressalta-se, contudo, que algumas será possível encontrar algumas citações diretas onde os autores utilizaram outras formas de expressão para designar o Direito Concorrencial. Registra-se que a expressão “Direito Antitruste” é derivada do que os norte-americanos chamam de *antitrust law*. Essa identificação ocorreu, acima de tudo, devido ao fato de que as mais repudiadas concentrações econômicas estavam estabelecidas na forma de truste, como, a exemplo, a *Standard Oil*. Então, como direta consequência da aversão a esses trustes, ocorreu a generalização do termo truste para qualquer tipo de concentração, surgindo a denominação *antitrust*. Apesar dessa generalização, esse tipo de concentração não era predominante, sendo que somente um menor número de concentrações ocorria na modalidade de truste. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 70).

⁶ WILLIAMSON, Oliver E. *Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations*. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

⁷ KOMMINOS, Assimakis. **Arbitration and EU Competition Law**. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017, p. 3.

⁸ Devido as origens e a influência do direito antitruste norte americano, costuma-se utilizar a palavra do inglês, *enforcement*, em referência a aplicação coercitiva do direito. Neste texto, utilizaremos como sinônimos as expressões *enforcement* e aplicação, no sentido de aplicação coercitiva do direito, ao longo do presente trabalho.

Explica-se: em razão dos elevados custos financeiros⁹ que a arbitragem pode demandar, verifica-se na prática¹⁰ que ela vem sendo mais utilizada para resolução de negócios jurídicos de maior importância e de ampla complexidade técnica. Em razão destas características dos contratos que são levados à arbitragem, é comum que, por vezes, estes conflitos tenham como partes empresas de grande porte que possuam posição de destaque nas suas respectivas áreas de atuação (leia-se, poder de mercado ou operações econômicas sujeitas à supervisão concorrencial). Estas empresas, por seu turno, são exatamente os agentes econômicos cuja atuação, muito em razão de seu poder de mercado, é mais sensível aos olhos do Direito Concorrencial.

Estudos anteriores sobre a relação entre Arbitragem e Concorrência se restringiram a analisar, de regra, a arbitrabilidade de litígios que envolvam direito concorrencial¹¹. Neste contexto, existe um entendimento doutrinário que permite a arbitrabilidade de conflitos privados que esbarrem na matéria concorrencial, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96¹².

⁹ Neste ponto, cabe fazer ressalva que estudos mais recentes utilizando ferramentas analíticas para dimensionar corretamente a problemática dos custos da Arbitragem demonstram que as diversas características do instituto da arbitragem devem ser analisadas de um ponto de vista da ciência econômica, levando em conta os custos de transação e oportunidade. Desta forma, as empresas e agentes econômicos não devem restringir-se apenas em considerar os talvez elevados custos diretos e financeiros da arbitragem, mas fazer sempre uma avaliação para verificar se as suas características mencionadas irão de fato reduzir os custos de transação e oportunidade. Neste sentido: TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem A Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁰ Neste sentido, à título exemplificativo, em março de 2017 foi publicado na imprensa que valor médio em disputas no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) cresceu 62% no ano de 2016. O valor médio saltou de R\$ 83 milhões em 2015 para R\$ 136 milhões em 2016. VALOR médio em disputas de arbitragens no CAM-CCBC cresce 62%. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mar. 2017. Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-25/valor-medio-disputas-arbitragens-cam-ccbc-cresce-62>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹¹ Muito embora exista hoje um início de debate acadêmico sobre utilização da arbitragem em matéria concorrencial, é fato que inexistem dados no Brasil sobre a suscitação de matéria concorrencial em procedimentos arbitrais domésticos, muito provavelmente pelo sigilo dos procedimentos arbitrais. Além disso, no desenvolvimento do presente trabalho, não foi encontrado nenhum registro de discussão como sobre o tema nos bancos de dados de acórdãos dos tribunais brasileiros (STJ, STF, TRF's e Tribunais Estaduais). Identificamos apenas os casos do CADE que serão tratados no presente trabalho.

¹² Esta, inclusive, foi nossa conclusão em trabalho de conclusão defendido nesta Escola de Direito em 2014. (MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de já vir estimulando o debate sobre o tema em eventos científicos¹³, também vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração¹⁴.

E justamente por estar se proliferando a ideia de utilização de outros métodos de resolução de disputas para solucionar controvérsias concorrenciais é que existe a necessidade de se estudar as situações em que a utilização do instituto da arbitragem seria juridicamente possível para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrential no Direito brasileiro, evitando, inclusive, uma possível inversão da lógica de incentivos das normas de defesa da concorrência¹⁵.

Dentro deste contexto, o presente trabalho traz como problemática a utilização da arbitragem em questões relativas ao Direito Concorrencial. Para chegarmos à conclusão, formulou-se a seguinte pergunta: em que circunstâncias, de acordo com a legislação brasileira, a arbitragem pode ser utilizada como método de resolução de disputas privadas que envolvam Direito concorrential?

A partir do problema da pesquisa, lança-se a hipótese de que a arbitragem é um instrumento juridicamente adequado para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrential que se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial - embora haja, excepcionalmente, um apertado espaço para utilização no *public enforcement* -, tendo o árbitro um dever de aplicar o Direito Concorrencial na sua integralidade, ou seja, dentro da sistemática da Lei 12.529/11. Assim, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à

Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014).

¹³ Neste sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹⁴ O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso "ICL-Bromisa" (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso "ALL-Rumo" (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso "BM&FBovespa-Cetip" (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso "AT&T-TimeWarner" (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>.

¹⁵ Alexandre Cordeiro Macedo, neste sentido, destaca que "as normas de defesa da concorrência possuem uma estrutura de incentivos montada para estimular a concorrência e desestimular os agentes a praticarem atos anticompetitivos, de maneira que ao se julgar um caso concreto cujo resultado seja um *enforcement* imperfeito o operador da norma antitruste inverte sua estrutura de incentivos fornecendo um 'prêmio' ao suposto infrator e punindo aquele agente que pautou suas condutas pelos princípios da ordem econômica. Não é demais ressaltar que, intrínseco as situações de *enforcement* imperfeito, existe um alto custo social" (MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2014).

determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE na proteção da concorrência como direito difuso.

O objetivo geral desta pesquisa, assim, é investigar a adequação da arbitragem como instrumento de resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito brasileiro. De forma mais específica, tem-se 4 objetivos: (a) analisar o que a legislação e a doutrina dizem sobre o instituto da arbitragem e sobre o Direito concorrencial; (b) analisar a possibilidade jurídica da utilização do procedimento arbitral (arbitrabilidade) como alternativa para resolução de conflitos privados que envolvam matéria concorrencial no Brasil; (c) analisar a possibilidade de aplicação das normas de Direito concorrencial brasileira pelos árbitros; e (d) investigar as situações em que a arbitragem pode ser utilizada para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito brasileiro.

Esta dissertação, assim, se concentra - além da revisão bibliográfica que é esperada para um trabalho de mestrado - no que está faltando no atual estágio do debate da literatura jurídica especializada - dada a natureza do mestrado profissional, que requer pesquisas com aplicação prática e que proponham soluções de problemas concretos. Assim, pretende-se identificar e avaliar soluções com potencial propositivo e normativo efetivo. Nesta perspectiva, a principal motivação para esta pesquisa é preencher a lacuna no interdisciplinar debate sobre a utilização da arbitragem como método de solução de disputas em matéria concorrencial.

Para chegar à conclusão do trabalho, neste contexto, utiliza-se um método de abordagem descritivo, visando, assim, compreender quais são as regras jurídicas aplicáveis, a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra orientada pela resolução de um problema com densidade jurídica e relevância prática. A conclusão, com este método, conterà uma proposta de posicionamento jurídico para solução do problema com recomendação de ações práticas.

Para tanto, utiliza-se como técnica (instrumento) a revisão da legislação, da literatura, bem como, quando possível, de análise jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica consistirá no levantamento da literatura sobre o tema, procedendo-se à avaliação e análises comparativas das diferentes abordagens, inclusive buscando

encontrar os pontos de tangência entre elas, sempre com o objetivo de responder o problema formulado.

Como observação final sobre a metodologia, ressalta-se que as teorias econômicas e jurídicas utilizadas neste trabalho se referem a conceitos e discussões jurídicas e econômicas que são desenvolvidos na literatura especializada. Não serão definidos em detalhes ou abordados a sua avaliação, mas apenas serão trazidos conceitos relevantes para a conveniência do leitor menos especializado. Não é tampouco objeto do trabalho o aprofundamento na discussão dogmático jurídica concernentes a cada um dos institutos jurídicos mencionados ou suas interpretações doutrinárias, cuja abrangência extrapola o objetivo da pesquisa. Ao longo dele serão apresentados o sentido adotado para cada um dos institutos jurídicos investigados, de acordo com as correntes majoritárias e interpretações atuais dos tribunais.

Para atingir os objetivos deste trabalho, além da presente introdução, a pesquisa foi dividida em duas partes. A primeira parte foi dividida em dois capítulos, sendo idêntica divisão adotada na segunda parte do trabalho.

Optou-se por apresentar o trabalho de forma crescente, isto é, de forma que cada tópico aprofunde mais o exame do tema em direção à conclusão final. Assim, na primeira parte do trabalho será necessário assentar algumas questões gerais, fundamentais para que se discuta questões mais específicas, atinentes à aplicação da arbitragem no âmbito do direito concorrencial.

Na primeira parte, será apresentado o estado da arte¹⁶ do Direito Concorrencial e sobre a Arbitragem no Brasil, trabalhando com conceitos que serão utilizados e referidos em todo o trabalho. Com esta parte, espera-se atingir um dos objetivos específicos desta pesquisa, qual seja: analisar o que a legislação e a doutrina dizem sobre o instituto da arbitragem e sobre o Direito concorrencial.

Na segunda parte, será realizada uma análise do debate jurídico existente na utilização da arbitragem como método de resolução de disputas privadas que envolvam direito concorrencial. Mais especificamente, o objetivo do capítulo será de analisar a possibilidade jurídica (arbitrabilidade) da utilização do procedimento arbitral como alternativa para resolução de conflitos privados que envolvam matéria concorrencial no Brasil, bem como investigar as situações em que a arbitragem vem sendo utilizada para solucionar disputas privadas que envolvam matéria

¹⁶ Ao apresentar o estado da arte, ou estado do conhecimento, o que se pretende é fazer referência ao que já se tem descoberto sobre o assunto pesquisado no Direito brasileiro.

concorrencial no Brasil. Com esta parte, espera-se atingir os outros dois objetivos específicos da pesquisa, quais sejam, (b) analisar a possibilidade jurídica da utilização do procedimento arbitral (arbitrabilidade) como alternativa para resolução de conflitos privados que envolvam matéria concorrencial no Brasil; (c) analisar a possibilidade de aplicação das normas de Direito concorrencial brasileira pelos árbitros; e (d) investigar as situações em que a arbitragem pode ser utilizada para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito brasileiro.

Após adentrar em um tema sobre o qual há abundante material, mas, de forma quase que proporcionalmente inversa, escassa análise específica, crítica, aprofundada e pragmática do tema, serão apresentadas as considerações finais do presente trabalho, esperando-se efetivamente contribuir com a comunidade jurídica e com a sociedade.

2 PARTE 1 - DIREITO CONCORRENCIAL E ARBITRAGEM NO BRASIL: O “ESTADO DA ARTE”

O Direito Concorrencial, bem como a utilização da arbitragem como método de resolução de disputas privadas, isoladamente considerados em cada um de seus campos especializados de conhecimento, são campos legais que foram analisados em profundidade pela literatura jurídica brasileira. Este capítulo destina-se à contextualização geral a partir da introdução de termos e institutos que serão abordados no decorrer de todo o trabalho, servindo como premissas conceituais ao tema que se desenvolverá mais adiante.

Como dito na introdução, este capítulo necessariamente revisitará algumas questões que já foram exploradas pela doutrina, mas isso não será feito com o intuito de simplesmente repetir análises já consagradas, e sim com a intenção de expor premissas da literatura jurídica úteis para a solução do problema.

Para garantir o desenvolvimento linear do raciocínio e argumentações apresentadas, optou-se por dividir o presente capítulo em duas seções. Na primeira seção (1.1) serão trabalhados temas sobre o direito da concorrência brasileiro e os mecanismos utilizados para reprimir e prevenir a violação da concorrência no Brasil. Já a segunda seção deste capítulo (1.2.) focará na arbitragem, oportunidade em que apresentaremos os conceitos fundamentais deste método de resolução de disputas e os requisitos para considerar um litígio arbitrável de acordo com o Direito brasileiro.

2.1 DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO: DESENHO NORMATIVO E INSTITUCIONAL

O fato de o comportamento dos agentes econômicos ser objeto de regulamentação que remonta, segundo alguns, pelo menos à antiguidade grega¹, dá

¹ Paula Forgioni, na obra “Os fundamentos do Direito Antitruste”, dedica um capítulo de sua obra para fazer um resgate histórico do momento em que a concorrência foi identificada como valor digno de tutela por um ordenamento jurídico. A autora propõe um esquema de análise da regulamentação do comportamento dos agentes econômicos dividido em 3 períodos: (i) “O primeiro período. A disciplina da concorrência para eliminar distorções tóxicas”; (ii) “O segundo período. A concorrência e o liberalismo econômico”; e (iii) “o terceiro período. As normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas. A concorrência-instrumento”. Neste estudo, a autora relata que, muito embora haja referências de práticas monopolísticas já no Código de Hamurabi (2100 a.c.), a palavra “monopólio” foi usada pela primeira vez na *Política* de Aristóteles, “em discussão sobre as pessoas que instituíram

um toque da relevância que o direito da concorrência tem para o progresso da sociedade.

Independentemente desse aspecto temporal, adentro especificamente no tema, o Direito concorrencial situa-se na intersecção entre Direito e Economia² e pode ser entendido como um conjunto de normas que tem por objetivo corrigir eventuais falhas de mercado por meio da restrição de atos e práticas que cerceiem o processo concorrencial³, “seja por intermédio da própria legislação antitruste, seja pela ação dos órgãos por ela incumbidos desse tipo de intervenção nos mercados”⁴. Em outras palavras, uma política de defesa da concorrência tem por objetivo “resguardar o bom funcionamento dos mercados ao controlar a atuação de empresas que detenham poder de mercado”⁵ para “promover a eficiência econômica”⁶. Paula Forgioni conceitua o Direito Concorrencial como “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”⁷.

O legislador e a jurisprudência de cada Estado devem esclarecer em detalhes o significado dos conceitos de mercado, concorrência, comportamento anticompetitivo e empresas. O preenchimento desses conceitos gerais com um conteúdo específico é um ato necessário para a aplicação prática das regras da concorrência. A atividade de interpretação realizada por esses assuntos é

monopólios de lagares e fero, para posteriormente revende-los com lucros em tempos de alta procura”. A prática de monopólio na antiguidade Grega, contudo, não era proibida *per se*. (FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

² Neste sentido são as palavras de Luís Fernando Schuartz: “[...] o desenvolvimento da dogmática do direito de defesa da concorrência está caracterizado por uma interação cada vez mais íntima entre direito e teoria econômica. Se tal interação praticamente inexistia nos primórdios desse processo, hoje ela é absolutamente indispensável. Nesse sentido, a escola de Chicago representa um avanço que foi, porém, parcialmente neutralizado pela aceitação irrefletida da ortodoxia neoclássica e por algumas inconsistências entre teoria e práxis, resultantes em última instância de pressupostos ideológicos bem marcados [...]” (SCHUARTZ, Luís Fernando. **Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018, p. 7).

³ WILLIAMSON, Oliver E. *Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations*. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

⁴ POSSAS, Mario Luiz. FAGUNDES. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David. HASENCLEVER, Lia (Org.). **Economia Industrial**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 415-430, p.427.

⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.19.

⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de Law & Economics**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 256.

⁷ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29

substancialmente definida pela política de concorrência prosseguida dentro de uma ordem jurídica específica; e os objetivos que uma autoridade da concorrência pretende alcançar é o que molda sua política de concorrência.

Mas o fato comum é que, embora o debate do direito antitruste ocorra, na prática, fora dos parâmetros estritamente constitucionais, é importante se ter a noção de que qualquer direito antitruste moderno depende de uma ordem constitucional de livre mercado, pois suas normas pretendem justamente fazer funcionar o mercado, removendo suas falhas⁸.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cita a livre iniciativa como fundamento da República⁹ e da ordem econômica¹⁰. A liberdade de iniciativa significa que os agentes privados são livres para entrar, sair e

⁸ Neste sentido, o ex-conselheiro do CADE e professor Luiz Fernando Schuartz diagnosticou que, muito embora o Direito antitruste tenha um berço constitucional, e também a atual lei seja manifestação direta do art. 173, §4º da CF, o direito concorrencial se desenvolveu, no Brasil, um tanto à margem da Constituição Federal. Preocupando-se muito mais com a experiência estrangeira e, principalmente, a teoria econômica, a aplicação da lei antitruste se descolou da Constituição e, de um modo geral, do Direito (SCHUARTZ, Luis Fernando. *A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 16, 2009, p. 325-351). Recentemente, retomando a discussão lançada por Luiz Fernando Schuartz, a também ex-conselheira do CADE e professora Ana Frazão, partindo do pressuposto de que "a concorrência é, na verdade, instrumento para a realização de diversos fins constitucionais", defendeu que "[...] a livre concorrência não pode ser definida apenas por questões econômicas, mas deve sê-lo igualmente por questões essencialmente jurídicas, como a de possibilitar o equilíbrio entre as liberdades dos diversos agentes econômicos, os consumidores e até mesmo os que estão afastados do mercado, tanto sob a ótica da oferta quanto sob a ótica da demanda, em razão de fatores como a pobreza [...]". É por isso que a citada autora defenda a "premente necessidade da constitucionalização do Direito da Concorrência no Brasil e do resgate do seu compromisso histórico com a proteção da democracia, do Estado de Direito e dos princípios da ordem econômica constitucional" (FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158). Gilberto Bercovici e José Maria Arruda de Andrade também criticando o artigo de Luiz Fernando Schuartz defendem que "[...] a concorrência deve ser interpretada e/ou aplicada a partir da própria Constituição, e não independente dela". (BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. *A Concorrência Constituição de 1988*. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Filosofia e Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 451-469).

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018).

¹⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

[...]

IV - livre concorrência; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.)

participar do mercado, comprando e vendendo bens e serviços livremente. Podemos dizer ainda que liberdade de iniciativa significa que os agentes privados são livres para realizar qualquer negócio ou exercício de profissão, ainda que estejam limitados a se sujeitar aos regulamentos aplicáveis. Como não existe liberdade sem regras, aí entra pontualmente a legislação concorrencial, isto é, para proteger a liberdade de atuação dos agentes econômicos, removendo falhas que pudessem restringir essa liberdade de mercado¹¹.

Ao mesmo tempo, a CRFB dispõe que “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (art. 173, §4º). A função dessa norma é de garantir a aplicação universal da liberdade de iniciativa, com a expectativa de diminuir o preço de bens e serviços no mercado e de aumento do bem-estar dos consumidores. Em resposta ao mandamento constitucional do art. 173, §4º da CRFB, o legislador infraconstitucional promulgou, em 1994, a lei nº 8.884, totalmente revogada pela nova lei do CADE, Lei nº 12.529, a qual regula o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

À luz do exposto, a presente seção trará uma visão geral do Direito Concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

Não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro a presença de disposições acerca da concorrência¹². Embora desde os anos 1930 – período de industrialização do Brasil¹³ – tenham se proliferado textos legais nesta direção¹⁴, na prática, tiveram

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out./dez. 2001.

¹² Não é objetivo do presente trabalho fazer um resgate histórico. Para ler mais sobre o assunto, recomenda-se a leitura de: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência – Origem Histórica e Base Constitucional, in: **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 2, pp. 65-74; e FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 84-126

¹³ Neste sentido: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.19; FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.35.

¹⁴ Cita-se, neste sentido: 1) A constituição de 1934, em seu artigo 115, o qual eleva, pela primeira vez, a nível constitucional, a liberdade econômica; 2) A Constituição de 1937, por meio do artigo 141, a qual faz referência à noção de economia popular; 3) O Decreto-Lei 869/38, considerada nossa primeira lei antitruste, que tinha por objetivo buscar a tutela da economia popular; 4) O Decreto-lei 7.666, de 1945 (Lei Malaia), que veio para sistematizar a matéria concorrencial e voltando-se de

alcance bastante limitado até o início dos anos 1990. Nesse período, a disciplina jurídica da concorrência tinha um sentido diferente do que hoje é associado às regras concorrenciais, dado seu enfoque voltado à defesa da economia popular.

Percebe-se também, que os primeiros diplomas legais da matéria tinham por escopo uma classificação de ilicitudes penais, sendo as formas de concentração de poder econômico, particularmente o monopólio, qualificado como crime. É por isso que a doutrina costuma dizer que a tutela jurídica da concorrência não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e manutenção da liberdade de concorrência, mas sim como “repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor”¹⁵.

Estudiosos do Direito Concorrencial afirmam que, neste período, existia “pouco espaço”¹⁶ para políticas concorrenciais no Brasil. Em outras palavras, não era prioridade da política econômica à época o estabelecimento de regras efetivas de

forma firme e direta contra o abuso do poder econômico. Esta lei tem caráter nitidamente administrativo, e não penal. Pela primeira vez já não se referia a crimes contra a economia popular, mas sim a “atos contrários aos interesses da economia nacional”; 5) A Constituição brasileira de 1946, que, em seu artigo 148, trouxe pela primeira vez, de forma expressa, o princípio de repressão ao abuso do poder econômico, muito embora ele nunca tenha sido efetivamente utilizado; 6) A Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que, apesar de alterar artigos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular, trouxe dispositivos tipicamente concorrenciais; 7) A Lei nº 4.137/62, que, além de instituir o CADE, trouxe para a repressão do abuso do poder econômico, instrumentos de sanção a posteriori, de natureza penal-administrativa e instrumentos a priori, de natureza eminentemente civil; 8) as Constituições de 1967 (no artigo 157, VI) e a emenda constitucional de 1969 (artigo 160, V), que mantiveram a repressão ao abuso do poder econômico como princípio constitucional, inserido no título da Ordem Econômica e Social; 9) A Constituição Federal de 1988, na qual a livre concorrência é eleita como um dos princípios da ordem econômica, conforme artigo 170, inciso IV e determina, categoricamente, que o Estado somente poderá intervir na liberdade de atuação dos particulares, desde que estes se utilizem inadequadamente de tal liberdade por adotar práticas que coloquem em risco a existência da concorrência no mercado, através da dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, parágrafo 4º); 10) A Lei nº 8.884/94, que sistematizou a matéria concorrential no País, aperfeiçoando seu tratamento legislativo, além de transformar o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria. A lei 8.884/94 implementou o denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (SBDC), que na época era formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça; e, por fim, 11) A Lei nº 12.529, que modernizou a tutela da concorrência no Brasil e reorganizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que passou a ser composto por dois órgãos: (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia especial, ligada ao Ministério da Justiça e (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda

¹⁵ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 99

¹⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

defesa da concorrência¹⁷ porque “o Estado buscava influir e controlar o resultado das atividades econômicas de forma direta, quer por meio de planejamento, quer pela atuação de empresas estatais, quer pelo controle generalizado de preços”¹⁸.

Com o processo de liberação econômica iniciado no final dos anos 1980, contudo, a ênfase da atuação estatal mudou. Alguns fatores – tais como: “medidas de abertura comercial, privatizações de empresas estatais e diminuição dos mecanismos de controle administrativo de preços, quotas e subsídios”¹⁹ – ampliaram o âmbito de funcionamento de mercados e da própria competição entre empresas, restando evidente a necessidade de reforçar as, até então, pouco eficazes regras de concorrência.

Neste contexto de mudança, adveio a Constituição de 1988, na qual a livre concorrência foi eleita como um dos princípios da ordem econômica, conforme artigo 170, inciso IV²⁰. A constituição, no artigo 173, parágrafo 4º também determina, categoricamente, que o Estado somente poderá intervir na liberdade de atuação dos particulares, desde que estes se utilizem inadequadamente de tal liberdade por adotar práticas que coloquem em risco a existência da concorrência no mercado, através da dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.²¹

Temos então, a partir do explicitado no artigo 173, § 4º, que a livre iniciativa não se trata de um direito ilimitado conferido ao agente econômico, mas trata-se de

¹⁷ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. *History and competition policy in Brazil: 1930-2010. The Antitrust Bulletin*. v 57, n. 2, p. 207-257, 2012, p. 214.

¹⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

¹⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

²⁰ 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV – livre concorrência. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018).

²¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

(BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

um direito a ser exercido em harmonia com tantos outros existentes²², dentre os quais, o próprio legislador destacou, a manutenção da concorrência no mercado brasileiro, que por sinal está incorporado no texto do artigo 1º da Lei 12.529/11.

Dessa forma, pode-se concluir que, na concorrência, a livre iniciativa, se faz através de uma concorrência leal entre os agentes econômicos, tendo por objetivo permitir o desenvolvimento da economia de um país²³. A Constituição Federal, por sua vez, preceitua que a concorrência é um instrumento de realização da política pública, que tende não somente tutelar as iniciativas privadas, como também o mercado econômico em geral e os consumidores, de práticas da concorrência desleal, que tem por finalidade a autodestruição dos agentes econômicos. Ou seja, em outras palavras, coloca-se a defesa da concorrência a serviço das finalidades maiores positivadas no texto constitucional, isto é, “assegurar todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170, caput), respeitadas a livre-iniciativa e a valorização do trabalho humano²⁴, isto porque, a concorrência é tutelada enquanto meio para a consecução de outros objetivos, e não como um fim em si mesmo.

Por isso, cabe ao Estado, diante do exposto nos artigos 170 e 173, da Constituição Federal de 1988, deixar que se realize a livre iniciativa dos agentes econômicos até o momento em que a sua atuação se revele ilícita e venha a prejudicar o mercado. Enfim, é dever do Estado proteger o mercado de uma concorrência desleal exercida por um empresário perante seus concorrentes na procura de dominar ou falsear o mercado por meios anticompetitivos.

Em 1994 é promulgada a Lei nº 8.884/94²⁵, que sistematizou a matéria concorrencial no País, aperfeiçoando seu tratamento legislativo, além de transformar o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria. A lei 8.884/94 implementou o denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da

²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Lei de Defesa da Concorrência** – Origem Histórica e Base Constitucional. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, v. 2, p. 65, 1992.

²³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 255.

²⁴ A respeito do enquadramento constitucional da matéria antitruste, recomenda-se a leitura de GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 250-255 e FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19-30.

²⁵ BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

Concorrência” (SBDC), que na época era formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça. Recentemente, a Lei 12.259, publicada em 30 de novembro de 2011, reformulou todo o SBDC, como se verá a seguir.

A Lei 8.884/94, após mais de quinze anos de vigência, progrediu muito o tratamento do Direito Concorrencial no Brasil. Dentre os avanços trazidos pela lei, Paula Forgioni²⁶ apresenta: (i) Consolidação do controle das concentrações empresariais; (ii) Consolidação do controle dos cartéis; (iii) Aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE; (iv) Aumento da atuação do Ministério Público na área da defesa da concorrência.

Nos períodos que sucederam a promulgação da referida lei, o CADE passou a ser uma instituição de alta credibilidade. Significativos foram os avanços alcançados pela Autarquia em matéria de concorrencial. Pode-se destacar casos tanto de controle de estruturas, como as fusões Brahma e Antártica (Ambev), Nestlé/Garoto, Gol e Webjet, por último, a fusão entre os grupos Sadia e Perdigão (BRfoods). Já em relação aos casos de conduta, pode-se citar o caso do cartel das britas²⁷ e o cartel das linhas aéreas²⁸. Todavia, o cartel dos gases²⁹ foi o que mais

²⁶ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 122.

²⁷ No caso "Cartel das Britas" - também conhecido como "Cartel das Pedreiras" - o CADE condenou 17 empresas que atuavam na região metropolitana de São Paulo e o Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipetra) por formação de cartel. As empresas foram condenadas a pagar multas que variaram de 15% a 20% do faturamento bruto obtido no ano de 2002, descontados os impostos. Já o Sindipetra foi condenado a pagar cerca de R\$ 480 mil. O total das multas aplicadas pelo Cade ultrapassou os R\$ 60 milhões. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14**. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 28 jul. 2005. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hjz8GCekQam0P0>. Acessado em: 07 mar. 2018.)

²⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) multou em mais de R\$ 293 milhões (US\$ 124 milhões) quatro companhias aéreas (ABSA Aerolíneas Brasileiras, atual TAM Cargo, Varig Log, American Airlines e a Alitalia) e sete de seus empregados por formação de cartel para estabelecer os preços do transporte internacional de cargas. O total das multas chegou a mais de R\$ 293 milhões (US\$ 124 milhões). (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02**. Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 28 ago. 2013. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndT0JjQbM_V1O2wJnK9hWA_htgoF3XvG3CySjsgH0M-0>. Acessado em: 07 mar. 2018).

²⁹ O Cade decidiu, por unanimidade, condenar pela prática de cartel as empresas Linde Gases Ltda. (sucessora da AGA S/A), Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., além de sete pessoas ligadas às empresas. As multas somam R\$ 2,9 bilhões, o maior valor de uma condenação realizada pelo Conselho até então.

chamou atenção da comunidade jurídico-econômica, seja pelo valor da multa, seja pela forma de atuação do conluio.

Percebendo a importância da Legislação Concorrencial no Brasil, o Congresso promulgou e a Presidência da República sancionou, em 29 de maio de 2012, a Lei Federal nº 12.529³⁰. Muito exigido pelos estudiosos do Antitruste, a nova lei de defesa da concorrência determinou a análise prévia dos atos de concentração. Com isso, as fusões e aquisições de empresas precisam, primeiro, serem aprovadas pelo CADE e, somente depois da análise favorável é que poderão ser efetivadas³¹.

A Lei nº 12.529/11, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um microsistema³², objetivando a tutela da concorrência em nosso país, bem como a regulamentação do artigo 173, §4 da Constituição Federal, reorganizando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto por dois órgãos: (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia especial, ligada ao Ministério da Justiça e (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda.³³

A Lei 12.529/11, em seu primeiro artigo, como não poderia deixar de ser, estabelece a finalidade da legislação concorrencial brasileira, ou seja, “os pilares que, para o legislador, devem orientar a análise antitruste”³⁴. Dispõe o referido artigo que:

Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a

(BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9ATHgaX0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn> Acesso em 13 jan. 2018.).

³⁰ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

³¹ A análise prévia dos atos de concentração será abordada na seção 1.1.2.1.1 do presente trabalho, oportunidade em que analisaremos o controle preventivo do SBDC.

³² Trata-se de microsistema porque a legislação em comento tem por fim a tutela de um bem jurídico determinado, além de trazer, em seu corpo, princípios próprios e lógica autônoma. Outro fato relevante é que tem sido estudada como um ramo autônomo do direito o que lhe confirmaria a condição de microsistema. (PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34).

³³ Com a entrada em vigor da lei 12.529, a SEAE teve diminuída suas funções relativas aos antitruste, restando-lhe a competência não exclusiva de promover a concorrência junto à própria Administração e de promover a advocacia da concorrência. A antiga SDE (Lei 8.884/94) foi incorporada pelo CADE.

³⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 3.

ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.³⁵

Roberto Domingos Taufick³⁶, comentando o referido artigo, entende que se trata de uma lista que confere liberdades franqueadas aos agentes econômicos com prerrogativas de intervenção do poder público, sempre que o abuso daquelas impliquem a interferência em um valor coletivo maior. Para o autor:

Basicamente, uma liberdade pode estar sendo objeto de abuso sempre que um agente incorporar irregularmente, um bem que é comum, como se privado fosse; ou, em outras palavras, quando se reputar que a fruição aparentemente regular dessa liberdade demande a imposição de limites específicos com o fim de garantir o bem coletivo.³⁷

O principal ator do cenário antitruste brasileiro é o CADE, “entidade judicante com jurisdição em todo território nacional”³⁸ que, de acordo com a sistemática da Lei 12.529/11, passou a ser constituído por três órgãos: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) a Superintendência-Geral; e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos.

Assim, passada a análise do desenvolvimento do Direito Concorrencial no Brasil, passa-se a analisar, a estrutura administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

2.1.1.1 Estrutura Administrativa do CADE na Sistemática da Lei 12.529/11.

A análise da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) fundamenta-se principalmente no Direito Administrativo, visto que a Autoridade Antitruste brasileira é uma Autarquia regida por leis de Direito Público.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

³⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p.3.

³⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p 3.

³⁸ Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

Como foi visto, ao entrar em vigor a Lei 12.529/11, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passou a ser composto por dois órgãos: (i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia especial, ligada ao Ministério da Justiça e (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda.

A estrutura do CADE se divide em três³⁹: (i) O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) a Superintendência-Geral; (iii) o Departamento de Estudos Econômicos. A Superintendência-Geral, em linhas gerais, tem como função opinar nos procedimentos em trâmite no CADE, que, por sua vez, emite uma decisão administrativa. Junto ao CADE também opera um Ofício do Ministério Público Federal, no qual o membro titular para atuar é designado pelo Procurador Geral da República⁴⁰.

³⁹ Art. 5o O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II - Superintendência-Geral; e

III - Departamento de Estudos Econômicos. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

⁴⁰ Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

Roberto Domingos Taufick⁴¹, ao comentar a nova estrutura do SBDC, dada pela Lei 12.529/11, relaciona a semelhança entre a nova organização do CADE e o desenho da Federal Trade Commission-FTC, que é a autoridade Antitruste norte-americana. Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande⁴² destacam que a fusão dos órgãos de investigação de condutas e de concentração ao mesmo órgão julgador também aconteceu recentemente na Espanha, França e Reino Unido. O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) é dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbe elaborar estudos e parecer econômicos de ofício ou a requerimento de algum outro componente do CADE⁴³. O DEE tem por objetivo elaborar estudos econômicos e econométricos para analisar o impacto das operações já aprovadas sobre a economia⁴⁴.

A Superintendência-Geral (SG) é o órgão investigativo do CADE, composto pelo Superintendente Geral e dois Superintendentes Adjuntos, cujos mandatos são de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução⁴⁵. Trata-se do órgão de investigação do SBDC⁴⁶. A SG é responsável por, dentre outras tarefas elencadas nos incisos do artigo 13 da lei 12.529, pela: a) investigação de condutas anticompetitiva; b) proposição de acordos e medidas preventivas; c) análise de atos de concentração sumários; e d) instrução dos atos de concentração ordinários com parecer opinativo. É também de competência da Superintendência-Geral do CADE a negociação e celebração de acordos de leniência.

⁴¹ Para o autor: “A nova estrutura do CADE aproxima-se do desenho da Federal Trade Commission norte americana (FTC) pra antitruste. O tripé (i) escritório de economia (Bureau of Economics, BE), (ii) escritório concorrencial (Bureau of Competition, BC) e (iii) Tribunal (Commission) é reproduzido na criação, respectivamente, do Departamento de Estudos Econômicos, da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica”. (TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 29).

⁴² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.37-38.

⁴³ Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

⁴⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 29

⁴⁵ Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

⁴⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 76

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é o órgão julgante da Autarquia, composto por seis Conselheiros e um Presidente, cujos mandatos são de quatro anos, sendo vedada a recondução⁴⁷. O Plenário é responsável, dentre outras tarefas⁴⁸, pela adoção de medidas preventivas e representa a última instância de julgamento sobre atos de concentração e condutas anticoncorrenciais no âmbito do Poder Executivo, sem prejuízo à revisão judicial destas decisões⁴⁹.

O CADE conta ainda com o apoio da Procuradoria Federal Especializada (ProCADE), que é competente para prestar consultoria e assessoramento jurídico à Autarquia, representando-a extrajudicialmente e também judicialmente, na defesa dos interesses do CADE⁵⁰, bem como de um representante do Ministério Público Federal, a quem cabe emitir parecer nos processos administrativos para imposição

⁴⁷ Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão julgante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

⁴⁸ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; [...] (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

⁴⁹ No que tange à natureza julgante do Tribunal Administrativo do CADE, é importante destacar o voto do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, quando ainda era Ministro do Superior Tribunal de Justiça, no autos do RESP nº 590.960 – DF, onde afirmou que: “ A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um 'órgão julgante'. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 590.960/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 26 de outubro de 2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=496003&num_registro=200301697706&data=20050321&formato=PDF> Acesso em 26 jan. 2018).

⁵⁰ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 107

de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator⁵¹

Já o segundo órgão do SBDC, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF), continua fazendo parte da estrutura do Ministério da Fazenda, mas exerce apenas a função de promover e divulgar a concorrência nos órgãos governamentais e na sociedade, é o que a doutrina vem chamando de advocacia da concorrência ou *advocacy*.⁵²

Assim sendo, após a análise da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, passa-se a um estudo mais detalhado no que tange aos modos de atuação do CADE, bem como do SBDC como um todo, de maneira a atingir um dos objetivos específicos deste trabalho.

2.1.2 Conteúdo e Aplicação do Direito de Concorrência no Brasil: *Public Enforcement Private Enforcement*

Como visto na introdução, os sistemas tradicionais de controle antitruste são públicos (*public enforcement*) e privados (*private enforcement*)⁵³. Para a melhor compreensão do estudo, é importante destacar que a tutela da ordem econômica, ocorre na esfera administrativa (identificação e julgamento pelo CADE), na esfera penal (ajuizamento de ação penal pelo Ministério Público) e na esfera civil (ajuizamento de ação civil privada ou ação civil pública para ressarcimento dos danos). O combate ao ilícito em âmbito administrativo, penal e civil (ação civil pública) configura o *public enforcement* enquanto o combate em âmbito civil, referente às ações civis privadas, configura o *private enforcement*.

A aplicação privada contribui para proteger a concorrência sadia de forma eficaz e eficiente, juntamente com a execução pública. Este meio de combate a ilícitos concorrenciais é bastante significativo nos Estados Unidos, mas é pouco

⁵¹ Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

⁵² TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 115.

⁵³ Uma tradução possível dos termos analisados neste tópico seria “persecução pública” e “persecução privada”, respectivamente. No entanto, por uma questão de preciosismo, optou-se por utilizar as expressões na língua inglesa durante este trabalho.

utilizado no Brasil. Na prática, no entanto, por motivos que fogem ao escopo desse trabalho, o direito concorrencial é principalmente imposto pelas autoridades da concorrência, no caso do Brasil, nos termos da Lei 12.529/11, pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e sujeitas à revisão do Poder Judiciário⁵⁴.

A seguir apresentaremos noções sobre o conteúdo e aplicação do Direito de Concorrência no Brasil.

2.1.2.1 *Public Enforcement* na Legislação Concorrencial Brasileira: Análise de Condutas Anticompetitivas e Análise de Atos de Concentração

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de um modo geral, possui três esferas de atuação: (i) preventiva; (ii) repressiva; e (iii) educativa. A primeira vertente se pauta na estrutura de mercado para analisar atos de concentração. A segunda, se pauta pela repressão a condutas anticompetitivas. Já o terceiro foco corresponde ao papel de difusão da cultura da concorrência, via parcerias com instituições para a realização de seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas, visando um maior interesse acadêmico pela área, o incremento da qualidade técnica e da credibilidade das decisões emitidas e a consolidação das regras concorrenciais junto à sociedade⁵⁵.

No presente tópico, analisaremos dois dos principais mecanismos da legislação concorrencial brasileira para a tutela da concorrência no Brasil: O controle preventivo (análise dos atos de concentração) e o controle repressivo (análise de condutas anticompetitivas).

⁵⁴ Conforme será melhor explorado na seção 1.1.2.2 do presente trabalho, existem obstáculos legais e procedimentais a ações de reparação que impedem o avanço, no Brasil, de uma cultura da advocacia antitruste. Neste sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em estudo realizado em cooperação com as autoridades brasileiras, chegou a conclusão de que “embora o direito da concorrência brasileira preveja explicitamente que as vítimas de infração antitruste tenham direito a reclamar por indenização por danos, tais ações no Brasil ainda estão em sua infância”(ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. **Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil.** 15 June 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). Acessado em 30 dez 2017).

⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Prático do Cade:** a defesa da concorrência no Brasil – 3. Ed. Revista, ampliada a bilíngue – São Paulo: CIEE, 2007. p. 18.

2.1.2.1.1 Análise de Atos de Concentração Econômica – Controle Preventivo

O controle preventivo (*ex ante*) das estruturas de mercado, de acordo com a legislação concorrencial brasileira, se dá mediante a análise dos atos de concentração econômica. Nesta seara de atuação, a autoridade antitruste procura impedir a formação de estruturas de mercado que possam alterar as relações de concorrência e favorecer a concentração ou a formação indevida de poder econômico⁵⁶.

A preocupação com o controle dos atos de concentração econômica existe porque, após a concentração, o mercado perde um competidor independente e passa a contar com um agente com maior participação de mercado (indicativo de potencial poder de mercado). Neste contexto, como explicam as teorias microeconômicas sobre a racionalidade do agente, é alta a probabilidade de o poder econômico ser utilizado de forma abusiva por aquele que o detenha⁵⁷. Isso porque, a concentração econômica gera incentivos econômicos tais que seria pura ficção esperar que o agente não (ab)usasse, posteriormente, de seu poder de mercado. Sendo risco não tolerado pelo regime jurídico, institui-se o controle de concentrações como forma preventiva de regulação do poder econômico⁵⁸.

O art. 90 da Lei 12.529/11⁵⁹ definiu as seguintes hipóteses de negócios jurídicos que são considerados ato de concentração: (i) as chamadas operações de

⁵⁶ Ana Frazão, neste sentido, entende que “[...] o foco do controle de estruturas são as formas de crescimento externo ou “artificial” do poder empresarial, que envolvem a união de esforços ou recursos de pelo menos dois agentes econômicos distintos que, de alguma maneira, tornar-se-ão uma unidade para efeitos econômicos [...]” (FRAZÃO, Ana. *Direito Concorrencial das Estruturas*. In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 439).

⁵⁷ Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande, neste contexto, explicitam que “ao avaliar mudanças estruturais no mercado, as autoridades da concorrência fazem uma análise prospectiva, buscando avaliar se determinado movimento estrutural (e.g., fusão, aquisição, *joint venture*) terá impacto significativo na conduta das empresas (e.g., elevando sua capacidade de aumentar preços ou reforçando uma tendência de conluio no mercado) e, por consequência, afetará negativamente o desempenho do mercado (e.g., reduzindo eficiência alocativa ou a competição por qualidade e inovação). Nos casos em que houver evidências significativas de que determinado ato de concentração econômica causará efeitos líquidos negativos no desempenho do mercado, o CADE pode impor restrições parciais ou até mesmo bloquear a operação em casos extremos”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.52).

⁵⁸ HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3^o ed. West Group, 2005, p. 42-45.

⁵⁹ Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

compenetração societária (*mergers*), que envolvem a criação ou extinção de pessoas jurídicas, como é o caso da fusão e da incorporação (incisos I e III); (ii) as aquisições de controle, por qualquer que seja a forma (inciso II); (iii) as aquisições de ativos (inciso II); (iv) os contratos associativos lato sensu, de que são espécies os consórcios e as *joint ventures* (inciso IV)⁶⁰.

A partir da enumeração de hipóteses de ato de concentração no artigo 90 da Lei 12.529/11, Ana Frazão identifica um traço em comum entre todas elas, uma vez que todas se baseiam na ideia de “reunião, aumento ou transferência de ativos empresariais ou de poder de comando ou gestão, entendendo-se este último não apenas como o controle societário, mas como qualquer forma de influência decisiva na condução dos negócios empresariais”⁶¹. Os três primeiros incisos do artigo 90 referem-se às tradicionais formas de concentração empresarial, em relação às quais não há maiores dúvidas quanto ao aumento de poder empresarial. Já o inciso IV demonstra uma preocupação do legislador de lidar com formas de organização da atividade empresarial que não dependem necessariamente de vínculos societários, mas que podem ser constituídas por meros vínculos contratuais⁶².

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁶⁰ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 446.

⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atos de Concentração nºs 08012.002870/2012-38; 08012.006706/2012-08; 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01. Requerentes Monsanto do Brasil Ltda., Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., Nidera Sementes Ltda., Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes Ltda. Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão. Todos julgados em: 28 ago. 2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUDRSQzyOXk5fVvhxHrAsNX676JEGgqZl5sjlBzi5WzA>. Acessado em: 11 mar. 2018, p. 6-7.

⁶² Ana Frazão em seu voto-vogal nos autos dos Atos de Concentração nºs 08012.002870/2012-38; 08012.006706/2012-08; 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01 - Requerentes Monsanto do Brasil Ltda., Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., Nidera Sementes Ltda., Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes Ltda., destacou que, nas circunstâncias do inciso IV, “[...] as participantes mantêm a sua independência econômica e financeira, não reestruturam internamente a sua gestão ou poder de controle e não necessariamente adquirem ativos e, se o fazem, isso se dá de forma meramente instrumental. Não obstante, passam a titularizar, em conjunto, um poder

De acordo com o nível de relação entre as empresas envolvidas, as diversas operações de concentração empresarial podem ser classificadas em três tipos: (i) concentrações horizontais⁶³; (ii) concentrações verticais⁶⁴; e (iii) conglomerados⁶⁵. É importante que se destaque que os tipos não são excludentes, de forma que uma mesma operação pode apresentar desdobramento dos três tipos⁶⁶. Classificar os atos é útil para identificar a metodologia de análise que deve ser aplicada para

empresarial ou criam um novo centro de gestão ou decisão." Esta situação, na visão da conselheira, embora não se ajustando às hipóteses clássicas de concentração, têm levado a efeitos semelhantes no que diz respeito à agregação de poder empresarial das contratantes e, conseqüentemente, ao aumento do poder de comando ou gestão empresarial. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de Concentração nºs 08012.002870/2012-38; 08012.006706/2012-08; 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01.** Requerentes Monsanto do Brasil Ltda., Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., Nidera Sementes Ltda., Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes Ltda. Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão. Todos julgados em: 28 ago. 2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUDRSQzyOXk5fVvhxHrAsNX676JEGgqZl5sjlBzi5WzA>. Acessado em: 11 mar. 2018, p. 7).

⁶³ As concentrações horizontais ocorrem quando há integração entre dois concorrentes diretos no mesmo mercado relevante. Uma concentração horizontal leva à eliminação da concorrência direta entre dois ou mais agentes econômicos, os quais passam a atuar de forma unificada. Para Caio Mario Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande, “a análise dos impactos e dos riscos das concentrações horizontais é uma tarefa complexa, até porque a rivalidade direta entre agentes econômicos nem sempre é de fácil constatação, diante das dificuldades de haver substituição perfeita entre vários produtos ou serviços” (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 119).

⁶⁴ Concentrações Verticais ocorrem “quando determinado agente econômico que atua num elo da cadeia produtiva adquire outro agente econômico que atua em elo anterior ou posterior da mesma cadeia produtiva. Assim, por exemplo, quando uma empresa de ferrovia adquire participação em terminais portuários (integração vertical entre duas etapas da cadeia logística), ou quando uma empresa de cimentos adquire participação em uma concreiteira (integração entre a produção do insumo do cimento e o processamento do concreto) [...]” (FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62). Ana Frazão destaca que o impacto das integrações verticais tende a ser ambíguo. “De um lado, concentrações verticais tendem a gerar ganhos relevantes de eficiência, ao reduzir custos de transação, permitir otimização de investimentos nas diversas etapas da cadeia produtiva e eliminar certos riscos. De outro lado, a depender das circunstâncias de mercado, concentrações verticais podem levar a preocupações específicas como o fechamento de mercado (*Market foreclosure*)”. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63).

⁶⁵ Conglomerados são uma espécie de concentração que abarca “casos em que as empresas participantes atuam em mercados distintos e não pertencentes à mesma cadeia econômica” (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121). Cita-se como exemplo o caso em que um fundo de *private equity* adquire o controle de uma empresa num segmento em que não possui qualquer outra empresa investida, ou quando um grupo empresarial decide diversificar sua operação para atividades sem relação com as anteriormente desenvolvidas. A princípio, esse tipo de operação “não gera preocupações relevantes do ponto de vista concorrencial, por não implicar a eliminação da concorrência entre dois agentes num mesmo mercado nem a alteração de incentivos em uma mesma cadeia produtiva” (FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63).

⁶⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

avaliar os efeitos da operação, bem como para, em caso de efeitos negativos, identificar diferentes restrições que possam ser necessárias⁶⁷.

O art. 88 da Lei 12.529/11 instituiu a obrigatoriedade de notificação prévia da operação ao CADE quando pelo menos um dos grupos envolvidos tiver apresentado, dentre outros requisitos, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tiver alcançado o valor de R\$ 75 milhões⁶⁸. A não notificação dos atos que se subsumirem à lei poderá levar à nulidade do negócio⁶⁹, além de altíssimas multas⁷⁰. A seu turno, as partes deverão aguardar o

⁶⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.

⁶⁸ O que interessa à defesa da concorrência é a verificação da participação da empresa ou empresas no mercado, que de qualquer forma possa limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados. Na atual sistemática da legislação antitruste brasileira - Lei 12.529/2011, arts. 88 e art. 90 e com a Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012 - enunciam o que se entende como ato de concentração suscetível de submissão ao CADE: a saber: (i) operações que envolvam empresas em que ao menos uma envolvida tenha faturamento mínimo bruto anual ou volume de negócios a partir de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e, a outra, R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais); (ii) operações de fusão entre empresas independentes; (iii) quando uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iv) quando uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (v) quando duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁶⁹ Caio Mario Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande, analisando os oito casos que discutiram a prática de *gun jumping* no CADE entre 2012 e agosto de 2016, concluíram que “[...] em regra, o CADE tem evitado aplicar a sanção de nulidade a operações consumadas antes da aprovação, seja porque, em algumas hipóteses, apesar da celebração do contrato, é possível constatar a ausência da prática de atos que possam alterar as condições de concorrência, seja em razão da dificuldade de implementar essa medida, ante a complexidade do desfazimento de determinadas operações e dos impactos da sanção sobre os terceiros de boa-fé” (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127). Com relação à aplicação de sanção de nulidade, o Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica estabelece que “[...] deve-se considerar, dentre outros possíveis pontos, o aspecto temporal da conduta (a projeção da nulidade sobre os atos praticados no período compreendido entre a consumação da operação e o julgamento pelo Cade); a proporcionalidade da medida e a possibilidade ou não de convalidação dos atos empresariais praticados”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁷⁰ Neste sentido é o § 3º do artigo 88 da Lei 12.529/11: “Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei” (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras

pronunciamento do CADE para conclusão do negócio⁷¹, sob pena de caracterização de *gun jumping*⁷².

Ao analisar uma operação de concentração econômica, a autoridade da concorrência irá analisar a ocorrência de possíveis efeitos negativos. Na sistemática da nova Lei, a Superintendência-Geral (“SG”) é quem tem competência para análise de Atos de Concentração⁷³.

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁷¹ Visando estabelecer diretrizes em relação a tipos de atividades empresariais relacionadas a concentrações econômicas que gerem preocupações envolvendo *gun jumping*, o CADE lançou um Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica, o qual classifica as atividades em três grandes grupos: (i) trocas de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e (iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.).

⁷² A consumação de atos de concentração antes da decisão final do Cade pela sua aprovação é uma prática conhecida como *gun jumping*, vedada pelo artigo 88, §3º da Lei 12.529/11, que instituiu no Brasil o controle prévio de atos de concentração econômica. Esse dispositivo obriga as partes a absterem-se de concluir o ato de concentração antes de finalizada a análise prévia do Cade, sob pena de possível declaração de nulidade da operação, imposição de multa pecuniária em valores que variam entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões – a depender da condição econômica dos envolvidos, dolo, má-fé e do potencial anticompetitivo da operação, entre outros – e a possibilidade de abertura de processo administrativo contra as partes envolvidas. Essas provisões do artigo 88, caput e §3º, da Lei 12.529/2011, foram regulamentadas pelo Regimento Interno do Cade (RiCade). No artigo 108, §1º, determinou-se que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Ademais, seu artigo 108, §2º determina às partes envolvidas em um ato de concentração manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a avaliação final do órgão antitruste. Em especial, restam vedadas “quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno>>. Acesso em: 07 mar. 2018; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁷³ A análise dos atos de concentração a qual deverá agir de acordo com as diretrizes constantes no Guia para Análise de Atos de Concentração. O aprofundamento e o rigor com que cada análise é feita pela autoridade de defesa da concorrência dependerá de cada caso concreto. Segundo tal guia, as etapas a serem cumpridas para análise do ato de concentração são: etapa I: definição de mercado relevante; etapa II: determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subsequentes; etapa III: exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na etapa IV; etapa IV: exame das eficiências econômicas gerados pelo ato; etapa V: avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise econômica de atos de**

Feita a análise, de acordo com o art. 57 da Lei 12529/11, a Superintendência-Geral deve recomendar: (i) a aprovação do ato de concentração sem restrições; (ii) a aprovação com restrições; (iii) a reprovação; ou (iv) concluir pela ausência de elementos conclusivos quanto aos efeitos da operação no mercado.⁷⁴

A aprovação do ato de concentração sem restrições é feita caso a SG⁷⁵ conclua que o resultado líquido dos impactos for positivo para os consumidores⁷⁶. Neste caso, o parecer da SG será a definitiva autorização do SBDC para a realização da operação.

No entanto, nos casos em que a SG concluir que os efeitos negativos superam as eficiências trazidas pela operação⁷⁷ ou que inexistem elementos conclusivos quanto aos efeitos da operação no mercado, deverá oferecer impugnação perante o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, demonstrando, de forma circunstanciada, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado⁷⁸.

concentração horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view>. Acesso em: 07 mar. 2018). Considerando que o estudo da metodologia para análise dos atos de concentração pelo CADE foge do escopo do presente trabalho, sugere-se a leitura das seguintes obras para fins de aprofundamento dos estudos: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 130-168; e FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64-89.

⁷⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷⁵ Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral: I - proferirá decisão aprovando o ato sem restrições; [...] (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁷⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito Concorrencial das Estruturas.** In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 467.

⁷⁷ Cabe assinalar que o § 5º do art. 88 da LDC define as hipóteses de proibição do ato de concentração, a saber: (i) quando impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, (ii) quando criem ou reforcem uma posição dominante ou (iii) quando possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Excepcionalmente, entretanto, o ato será aprovado, nos termos do § 6º do mesmo dispositivo (as chamadas hipóteses justificativas), quando resultar em eficiências econômicas, melhorias de qualidade de bens e serviços ou propiciar o desenvolvimento tecnológico, desde que repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁷⁸ Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral: [...] II - oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos

Ao analisar o caso, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, poderá tomar as seguintes decisões:

- (i) aprovar a operação, caso (i.i.) não haja efeitos anticompetitivos ou (i.ii.) haja efeitos anticompetitivos que possam ser suficientemente compensados pelas eficiências “aceitáveis” geradas pela operação, desde que haja a distribuição de parte relevante dos benefícios aos consumidores;
- (ii) reprová-la, caso (ii.i.) haja efeitos anticompetitivos insuscetíveis de compensação por eficiências, (ii.ii.) haja efeitos anticompetitivos suscetíveis de compensação por eficiências, mas não tenha havido a comprovação de nenhuma eficiência “aceitável” que pudesse compensá-los ou (ii.iii.) haja efeitos anticompetitivos suscetíveis de compensação por eficiências, tenha havido a comprovação de eficiências “aceitáveis”, mas não tenha havido a comprovação de que estas se converterão em benefícios que possam ser repassados, em proporção relevante, aos consumidores.⁷⁹

Importante para o desenvolvimento do presente trabalho as hipóteses que a SG e/ou o Tribunal Administrativo condiciona as aprovações de um ato de concentração à uma restrição. Tratam-se de soluções intermediárias entre a aprovação incondicional e a reprovação total de determinada operação, que podem se mostrar mais eficientes e proporcionais do que uma das duas soluções extremas⁸⁰.

Nesta situação como alternativa à reprovação da operação, o CADE poderá, de forma unilateral⁸¹, impor restrições⁸² ou remédios concorrenciais⁸³ que possam ser

quanto aos seus efeitos no mercado. Parágrafo único. Na impugnação do ato perante o Tribunal, deverão ser demonstrados, de forma circunstanciada, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁷⁹ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 467.

⁸⁰ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 468.

⁸¹ Ressalta-se que a ausência de acordo com as partes envolvidas não impede o Superintendente Geral de sugerir a aprovação do ato com restrições (LDC, art. 57, II), bem como o Tribunal de aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições e remédios que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

⁸² Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1o O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 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;

suficientes para assegurar a neutralização dos efeitos anticompetitivos, a geração de eficiências e a distribuição relevante de benefícios com os consumidores⁸⁴. Para tanto, é necessário que a autoridade antitruste identifique corretamente o problema concorrencial⁸⁵.

Os remédios também podem surgir por meio de Acordo em Controle de Concentrações (ACC)⁸⁶. O objetivo do ACC é estabelecer condições para a

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.

(BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁸³ Os remédios concorrenciais no entendimento da professora Amanda Flávio de Oliveira, são instrumentos previstos em lei que têm como objetivo sanar dano a bem jurídico através da conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos. Por tal bem jurídico descrito, revela-se o princípio constitucional da livre concorrência, que, no cenário brasileiro, tem como protetor o CADE. Nesta perspectiva, segundo a professora a principal função de tais instrumentos é “sanar afrontas à livre concorrência, retificar comportamentos, condutas e atos, de forma a preservar a livre concorrência e o mercado, conter abusos de poder econômico, e tão somente isso. Utilizar-se dos remédios antitruste para um escopo mais abrangente do que essas funções importam em desvirtuar-lhe a existência e não encontra amparo na Constituição Econômica brasileira” (OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011. p. 19).

⁸⁴ Ana Frazão destaca que as restrições ou os remédios devem “[...] ser suficientes para assegurar a neutralização dos efeitos anticompetitivos, a geração de eficiências e a distribuição relevante de benefícios com os consumidores”. Outro aspecto importante de tais instrumentos, nas palavras da citada autora é que “[...] necessitam ser adequados e razoáveis aos problemas a que se dirigem, bem como precisam ser eficazes e sujeitos à efetiva fiscalização, motivo pelo qual os custos de monitoramento são importantes parâmetros”. A autoridade concorrencial, neste caso, deve optar pela solução que “se mostre a mais adequada para preservar as condições de concorrência sem interferir, de forma desnecessária ou indevida, na livre-iniciativa.” (FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 468).

⁸⁵ Neste sentido: “A identificação do problema concorrencial é a etapa preliminar de qualquer remédio concorrencial. Trata-se do diagnóstico do problema/doença, para em seguida pensar na forma apropriada e proporcional para remediá-lo.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10**. Relator: João Paulo de Resende. Julgado em 08 mar. 2017. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXA01tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLi0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcakp4MTWZyeBSDZ5d_PsH6Sp7k_IWef9iU9ND5Epdnou> Acesso em 11 mar. 2018.)

⁸⁶ O Acordo em Controle de Concentração – ACC é um instrumento utilizado para sanar eventuais problemas identificados em atos de concentração submetidos ao Cade. O objetivo do ACC é remediar uma situação estrutural que poderia inviabilizar a aprovação da operação analisada. Segundo o artigo 125 do Regimento Interno do Cade, o acordo pode ser apresentado em até 30 dias da decisão de impugnação da Superintendência-Geral, e deve ser homologado pelo Tribunal. Neste sentido: “Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa**

aprovação do ato, com cláusulas que visem a eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica. A aprovação de seus termos deverá ser realizada pelo Plenário do Tribunal (LDC, art. 9º, V⁸⁷), competindo à Superintendência – Geral sugerir as condições para sua celebração, bem como fiscalizar o seu cumprimento (LDC, art. 13, X⁸⁸). Neste contexto, as empresas notificantes assumem, perante o CADE, a obrigação de amoldar a prática de suas atividades às condições impostas para sua aprovação. As vantagens alcançam ambas as partes: as empresas obtêm a aprovação do ato, embora com limitações; o CADE aprova-o, seguro de que as eficiências alegadas serão alcançadas.

Um remédio pode permitir que determinadas eficiências decorrentes da concentração sejam preservadas (o que não seria possível com a rejeição integral da operação) e, ao mesmo tempo, que problemas concorrenciais em mercados específicos sejam endereçados (o que não seria viável no caso de aprovação irrestrita). Os remédios podem assumir a forma, por exemplo, de desinvestimentos de uma unidade de negócios completa ou de ativos específicos, de compromissos de garantia de acesso a infraestruturas ou tecnologias essenciais e de não discriminação, de proibição de relações de exclusividade, e até mesmo a inclusão de cláusulas compromissórias em negócios jurídicos⁸⁹.

Econômica – RICADE. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno> >. Acesso em: 07 mar. 2018).

⁸⁷ Art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm >. Acesso em: 18 fev. 2018).

⁸⁸ Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm >. Acesso em: 18 fev. 2018).

⁸⁹ Segundo a reflexão trazida pela Conselheira Ana Frazão no julgamento do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12 (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Anhanguera Educacional Participações S/A), “remédios estruturais alteram a organização das empresas, suprimindo ou reduzindo os incentivos para eventuais condutas anticompetitivas”. Remédios comportamentais, por sua vez, seriam indicados nas situações nas quais, diante de “consideráveis eficiências decorrentes da operação, a melhor solução é aprová-la, impondo restrições à conduta da empresa, de forma a evitar práticas anticompetitivas.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005447/2013-12.** Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 jun. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnTIVq2Ce6K039leA0147e51XuqMLmF0M9nqLHdkBfOEC> Acesso em 17 jan. 2018).

Examinado, portanto, o mecanismo utilizado pelo SBDC para controle preventivo dos atos de concentração econômica, analisaremos, na próxima parte da presente seção, como se dá a análise de condutas anticompetitiva no âmbito do SBDC.

2.1.2.1.2 Análise de Condutas Anticompetitivas – Controle Repressivo

O caráter repressivo nada mais é do que uma postura combativa, por parte da autoridade competente, para assegurar o mandamento legal e tutelar pela concorrência frente a uma conduta ilícita de determinado agente econômico. Em outras palavras, a atuação repressiva ocorre através da investigação e sanção das chamadas infrações à ordem econômica (ou condutas anticoncorrenciais).

A Lei 12.529/11 define infração contra a ordem econômica como os atos que, “independente de culpa”⁹⁰, tenham por objeto ou possam produzir como efeitos: (i) limitação, falseamento ou prejuízo, de qualquer forma, à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumento arbitrário de lucros; e (iv) abuso de posição dominante; ainda que tais efeitos não sejam efetivamente alcançados.⁹¹

Em primeiro lugar, chama atenção o enorme grau de abrangência conferido aos dispositivos legais definidores da infração à ordem econômica⁹². Apesar de

⁹⁰ Com relação à (in)exigibilidade de culpa, Ana Frazão adverte que, apesar da jurisprudência do CADE ter o entendimento que a Lei 12.529/11, ao mencionar que a infração se configura “independentemente de culpa”, acolhe a responsabilidade objetiva pela conduta antitruste, a punição de uma infração administrativa não pode estar desvinculada da reprovabilidade da conduta. Para a autora, a questão pode ser resolvida com a interpretação do dispositivo legal em conformidade com os princípios constitucionais pertinentes, os quais exigem que apenas condutas ilícitas e reprováveis possam ser objeto de punição pelo Estado. Desta maneira, “[...] nada justifica que se interprete a expressão ‘independentemente de culpa’, constante da legislação antitruste, no sentido de se possibilitar a responsabilidade objetiva para efeitos de punição. Apenas se poderia cogitar da responsabilidade objetiva para outros aspectos, como a imediata cessação da conduta e a indenização dos prejuízos, pontos em relação aos quais é possível justificar as consequências com base no risco da empresa ou da gestão” (FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259-271).

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁹² Paula Forgioni, neste sentido, destaca que o texto do *caput* do art. 36 de nossa lei concorrencial, é bastante amplo, abrangendo infinitos atos ou contratos que podem ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência e práticas abusivas (FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 133). Ana Frazão, no mesmo sentido, destaca que “[...] a abrangência dos dispositivos que definem as infrações à ordem econômica, a inexigibilidade de culpa e a prescindibilidade da ocorrência da ocorrência dos efeitos negativos criam, em seu conjunto, um cenário extremamente preocupante do ponto de vista da

vagos os termos da lei que definem os atos ilícitos, as decisões do CADE são fundamentadas tecnicamente, não expressando “um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da concorrência”⁹³. Paula Forgioni destaca que o texto do *caput* do art. 36 de nossa lei concorrencial, é bastante amplo, abrangendo infinitos atos ou contratos que podem ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência e práticas abusivas.

Desta forma, por lógica, a redação do *caput* do artigo 36 levaria a condenação todos os atos entre agentes econômicos que infrinjam a concorrência. Entretanto, isso poderia não ser benéfico para a economia, pois, ao fim e ao cabo, alguns atos, mesmo anticoncorrenciais, podem trazer fatores de desenvolvimento, incluindo benefícios para os consumidores⁹⁴. Roberto Domingos Taufick, no mesmo sentido, entende que as infrações concorrenciais não são infrações de mera conduta, mas sim infrações formais, exigindo, portanto, “potencial alcance do resultado visado ou esperado”⁹⁵.

O rol de condutas elencadas no § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência brasileira é meramente exemplificativo⁹⁶, motivo pelo qual, para que uma conduta seja considerada ilícita, necessita da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo *caput* do art. 36⁹⁷.

segurança jurídica, exigindo cuidado redobrado na aplicação da legislação, sob pena de que a autoridade antitruste e/o Judiciário incorram em graves arbitrariedades (FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259).

⁹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. In **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, Vol. 4, nº 6, p. 87-89, 1997, p. 88.

⁹⁴ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

⁹⁵ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 150.

⁹⁶ Neste sentido entendem: FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 133; FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 255; e PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92-93.

⁹⁷ Para exemplificar esta situação, cita-se um exemplo da obra da Paula Forgioni: “[...] pensemos em uma pequena venda situada no centro de Porto Alegre que, para atrair clientela, oferece escovas de dente abaixo do preço de custo. Embora a prática em si esteja descrita no art. 36, § 3º, XV da Lei antitruste, não configurará infração da ordem econômica, pois, além de não restringir a concorrência, não traz aumento arbitrário de lucros e muito menos domínio de mercado.

Igualmente, a prática não prevista expressamente no § 3º do art. 36, caso restritiva da concorrência, será considerada ilícita, bastando, para isso, a comprovação da incidência do *caput* do art. 36.” (FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. p.133).

A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para análise de condutas anticompetitiva tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre empresas distintas (condutas colusivas) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa (condutas unilaterais).⁹⁸

As condutas colusivas são aquelas por meio das quais o infrator estabelece um acordo, expresso ou tácito, com seu concorrente, que tenha como efeito ou possa prejudicar a concorrência⁹⁹. De modo geral, tratam-se de acordos que têm como objetivo a fixação conjunta, entre os concorrentes, de alguma variável concorrencial, como preço ou volume de produção, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles¹⁰⁰. Também são considerados colusivas os acordos para divisão de partes ou segmentos de um mercado, ou para fixação de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. Nas condutas colusivas, portanto, há um caráter de combinação, de acordo entre agentes econômicos. Na legislação antitruste brasileira, exemplos de condutas

⁹⁸ Ana Frazão destaca que a Lei 12.529/11 não fez essa distinção tão clara entre acordos e práticas unilaterais, embora seja uma classificação útil para organizar o tratamento das infrações à ordem econômica. A autora destaca que a origem desta classificação decorre especialmente da sistemática legislativa adotadas inicialmente pelo *Sherman Act* dos Estados Unidos da América e, depois, pelas normas de defesa da concorrência da União Europeia (FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92).

⁹⁹ De modo geral, tratam-se de acordos que têm como objetivo a fixação conjunta, entre os concorrentes, de alguma variável concorrencial, como preço ou volume de produção. Também são considerados colusivos os acordos para divisão de partes ou segmentos de um mercado, ou para fixação de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. Na legislação antitruste brasileira, exemplos de condutas anticoncorrenciais concertadas estão listadas no artigo 36, §3o, inciso I da Lei nº 12.529/11: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018). O exemplo clássico é o cartel, que são acordos anticompetitivos entre concorrentes para fixar preços, limitar a oferta ou dividir mercados. Por meio de tal prática, os agentes econômicos conseguem extrair maiores vantagens econômicas, assim como uma simples empresa monopolista conseguiria, dado que tais acordos permitem às empresas exercerem poder de mercado que, de forma individual, não teriam (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006, p. 80).

¹⁰⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

anticoncorrenciais concertadas estão listadas no artigo 36, §3º, inciso I da Lei nº 12.529/11¹⁰¹.

O exemplo clássico é o cartel, que são acordos anticompetitivos entre concorrentes para fixar preços, limitar a oferta ou dividir mercados¹⁰². Por meio de tal prática, os agentes econômicos conseguem extrair maiores vantagens econômicas, assim como uma simples empresa monopolista conseguiria, dado que tais acordos permitem às empresas exercerem poder de mercado que, de forma individual, não teriam¹⁰³. As condutas colusivas, além de infrações administrativas, também são tipificadas como crime nos termos da Lei nº 8.137/90 (Lei de Crimes Econômicos)¹⁰⁴

¹⁰¹ § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

(BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

¹⁰² O ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente a definição de cartel, sendo que essa palavra sequer é encontrada na legislação. As normas apenas se referem aos acordos celebrados entre os agentes. Com base na previsão legal, a doutrina especializada propõe a definição de cartel. Para a OCDE, "Um cartel é um acordo formal entre firmas em um setor econômico oligopolizado. Os membros do cartel podem acordar sobre vários assuntos, tais como preço, produção total do setor, participações de mercado, alocação de consumidores, divisão de territórios, fraude à licitação, fixação de agências de vendas comuns, e a divisão de lucros ou combinação dos mesmos". No original: "*A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these*". (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acessado em: 14 mar. 2018).

¹⁰³ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006, p. 80

¹⁰⁴ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

(BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.)

As condutas unilaterais, por sua vez, são as demais condutas anticoncorrenciais que são implementadas por um único agente do mercado¹⁰⁵, podendo ser classificadas como condutas predatórias¹⁰⁶ ou de abuso de posição dominante. As práticas unilaterais costumam ser impostas por meio de contratos entre partes verticalmente (por exemplo, contrato de fornecimento, distribuição, agência) ou horizontalmente relacionadas (por exemplo, contratos entre concorrentes).

Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser caracterizadas como horizontais, “quando envolvem empresas que atuam no mesmo mercado relevante”¹⁰⁷, ou verticais, “quando afetam elos distintos de uma determinada cadeia produtiva”¹⁰⁸.

Assim sendo, tem-se que a função repressiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, refere-se à investigação em todo o território nacional, e

¹⁰⁵ É o caso de condutas exclusionárias, em que uma empresa busca eliminar seus concorrentes, o que se pode dar de diferentes formas: acordos de exclusividade na cadeia produtiva, preços predatórios, impedimento de acesso a insumos, recusa de venda, venda casada, entre tantos outros exemplos. Com efeito, diante da multiplicidade de condutas que podem prejudicar a concorrência, os sistemas jurídicos trazem uma tipologia aberta para a classificação desse tipo de conduta. É o caso da legislação brasileira, em que, como vimos, o rol de condutas previstas no artigo 36, §3º da Lei n. 12.529/2011 é meramente exemplificativo

¹⁰⁶ A prática de cobrar preços abaixo de custo pode configurar prática concorrencial conhecida como preços predatórios. Embora haja uma vasta e crescente literatura sobre preços predatórios, não há uma definição de preços predatórios que seja unânime entre os estudiosos do tema. Sobre o conceito de preços predatórios, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo escreve: “A rigor, essa seria a prática de um preço inferior ao custo marginal da empresa com a finalidade de retirar seus concorrentes do mercado. Ou seja, a prática de preços predatórios estaria relacionada ao prejuízo incorrido pela empresa na produção de uma unidade adicional do bem em questão para inviabilizar a atuação de seus rivais no mercado, de forma forçar o fechamento dos mesmos. Por essa definição, conclui-se que, a priori, mesmo preços inferiores ao custo marginal não poderiam ser considerados predatórios, desde que não tenham a potencialidade de prejudicar a concorrência”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Viaje por R\$ 50,00: Promoção ou Preço Predatório? A Revolução Antitruste no Brasil 2: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. Ed. Singular, 2008. p. 8) Para Calixto Saloão Filho “o termo ‘predação’ é denominação generalizada para vários tipos de condutas de prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se de ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 461). Para Massimo Motta e Lucia Helena Salgado, preço predatório “ocorre quando uma empresa estabelece preços em um nível que implica o sacrifício de lucros no curto prazo para eliminar a concorrência, visando obtenção de lucros maiores no longo prazo. (MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1 a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p.192). A lei de defesa da concorrência brasileira não permite a condenação apenas com base no fato de a empresa estar praticando preço abaixo do custo. Para que seja considerado preço predatório, os preços praticados pela empresa deveriam ser “injustificadamente” abaixo do custo. Para que seja considerado preço predatório a conduta tem que gerar, ainda, os efeitos listados nos incisos I a IV do caput do art. 36, listados acima.

¹⁰⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

¹⁰⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

posteriormente ao julgamento, de condutas nocivas à livre concorrência, sejam elas elencadas ou não nos incisos do artigo 36 da Lei 12.529/11, bastando, para tanto, a comprovação do potencial alcance do resultado visado ou esperado pelo *caput* do referido artigo¹⁰⁹. Em outras palavras, o controle antitruste de condutas na esfera do direito administrativo sancionador deve ser entendido, em conjunto com a previsões relativas à tipicidade aberta, à responsabilidade objetiva e à mera potencialidade lesiva como elemento suficiente para caracterização da infração à ordem econômica, como uma opção do legislador nacional pela criação de um sistema repressivo flexível, que seja capaz de acompanhar a dinamicidade e a complexidade do fenômeno econômico que se pretende regular.

Aqueles que sejam considerados responsáveis por estas infrações estão sujeitos a penas pecuniárias e não-pecuniárias que podem chegar, no caso de pessoas jurídicas, ao patamar de 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, o qual nunca será inferior à vantagem auferida¹¹⁰. Dentre as outras penalidades previstas, sobre às quais não cabe a este trabalho se prolongar, podem ser mencionadas a publicação da decisão condenatória em jornal, às custas dos condenados, a proibição de contratar com a

¹⁰⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 14 mar. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajR6QVNAPoFg81ow9srRKflc0exuAKvw8vqggjgA3PB5G>. Acessado em: 07 abr. 2018; e FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92

¹¹⁰ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:
I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;
II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

administração pública por no mínimo cinco anos, a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a cisão compulsória da sociedade e, para as pessoas físicas, a proibição de exercer o comércio¹¹¹.

Importante mencionar que, no Brasil, as vítimas podem ir ao judiciário antes da decisão administrativa do CADE ou então a fim de revisar sua decisão, dado que se aplica aqui a teoria da revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos¹¹². Apesar disso, deve ser reconhecido que, na prática judicial, a decisão do CADE terá peso considerável na análise do mérito do assunto concorrencial ¹¹³.

Mas o *Public Enforcement* do Direito Concorrencial brasileiro não se esgota na esfera administrativa. O sujeito que praticar ato lesivo à concorrência está sujeito

¹¹¹ Art. 38. 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:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018).

¹¹² Paulo Furquim Azevedo, por meio de um estudo empírico, constatou que depois de uma parte sofrer algum tipo de constrição em uma decisão do CADE, ela pode decidir questioná-la, no Judiciário, por três motivos diferentes. O primeiro seira naqueles casos em que "a empresa pode avaliar que o CADE não decidiu de maneira apropriada ou, pelo menos, que o Judiciário interpretaria a lei de maneira diferente"; O segundo motivo seria "impedir abuso de poder da autoridade antitruste" em uma situação onde "as empresas teriam elevada expectativa de que o Judiciário anulasse a decisão administrativa". Para o autor, essa hipótese de judicialização "embora real e verossímil, é apenas raramente observada". Por fim, o terceiro "não é legítimo, ainda que seja muito frequente", onde as empresas podem usar o Judiciário para "postergar a aplicação de decisões antitruste", o que é chamado de "indevido processo legal" (AZEVEDO, Paulo Furquim. *Revisão judicial de decisões antitruste: intentivos para acordos?* In: PADRO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador**. ed 1. Vol. 1, p. 81-102. São Paulo: FGV Direito SP, 2016).

¹¹³ De fato, conforme cresce a experiência e a maturidade do Conselho, há uma tendência cada vez maior de confirmação das suas decisões pelo judiciário. Dados do CADE indicam uma média de êxito da autarquia no judiciário de 70%. Em 2016 foram propostas 143 ações contra o CADE. (CADE. Balanço de 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancose-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>).

também a sanções penais. As sanções estão tipificadas na lei dos crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/1990), assim como na Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa).

É importante que se ressalte que, nos últimos anos, houve um significativo avanço no número de ações motivadas na esfera penal, principalmente em decorrência da atuação mais efetiva do Ministério Público e da Polícia Federal na repressão aos cartéis¹¹⁴, por exemplo através da criação de unidades especializadas e celebração de acordos com o CADE.¹¹⁵

A persecução penal, como se sabe, atinge apenas as pessoas físicas e exige a comprovação do dolo, ao passo que a persecução administrativa atinge tanto as empresas quanto seus funcionários e administradores, e exige a comprovação de culpa apenas para os últimos¹¹⁶.

Mas, por qualquer ângulo que se observe, o *Public Enforcement*, seja ele exercido pelas vistas administrativas ou penais, não tem o condão de ressarcir os particulares pelos danos sofridos com atos lesivos à concorrência. Neste sentido, o parágrafo único do artigo 1º da lei 12.529/11 estabelece que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”¹¹⁷. Desta forma, o legislador, nas palavras de Roberto Domingos Taufick¹¹⁸, garantiu a “supremacia da coletividade” no que tange à aplicação do Direito Concorrencial. Outros juristas com Marusa Vasconcelos Freire¹¹⁹, José Marcelo Martins Proença¹²⁰, Calixto Salomão Filho¹²¹,

¹¹⁴ MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. *Anti-cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends*. Em: **Overview of competition Law in Brazil**. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 266.

¹¹⁵ Para que se tenha uma noção, o CADE formalizou, no ano de 2017, 31 acordos de leniência, sendo o maior volume da história do órgão. Desse total, 57% referem-se a casos ligados à Operação Lava-Jato (MOREIRA, Talita. Cade fecha recorde de 31 acordos de leniência em 2017. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5222385/cade-fecha-recorde-de-31-acordos-de-leniencia-em-2017>>. Acesso em 1 mai. 2018).

¹¹⁶ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

¹¹⁸ TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 3.

¹¹⁹ “A coletividade tal como colocada no art. 1º daquele diploma legal denota a existência de um interesse geral que transcende os limites das estruturas do mercado, comum na tutela antitruste, abrangendo agentes econômicos de diferentes portes: consumidores, trabalhadores, população do entorno dos estabelecimentos empresariais e toda a sociedade”. (FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do MPF junto ao CADE. In **Revista de Direito Econômico**, V. 24, Brasília, 1996, p. 118).

¹²⁰ Evidenciado, portanto, expressamente, pela Lei n. 8.884/94, que o mercado é um bem coletivo, ou seja, todas as pessoas são titulares de seu direito de proteção, tratando-se de um direito difuso, dada a sua transindividualidade, de natureza indivisível, sendo titulares pessoas indeterminadas e ligadas

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹²², Paula Forgioni¹²³, Ana Frazão¹²⁴, Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Casagrande¹²⁵ também destacam que o objetivo da atuação estatal é proteção à livre concorrência, como interesse difuso.

Portanto, como se trata de lesão a um interesse difuso (livre concorrência), cujo sujeito é a coletividade, a ação punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa, primariamente, a uma reparação nem a uma compensação aos danos causados pelo ofensor, mas a uma intimidação. A intenção punitiva também vige na seara criminal, onde se pode punir apenas as pessoas físicas envolvidas (ainda que com vistas a uma externalidade positiva ao mercado).¹²⁶

Assim sendo, conclui-se parcialmente que a proteção legal à concorrência, por meio da Lei 12.529/11, funda-se na tutela de direitos difusos¹²⁷, pertencentes à

por circunstâncias de fato, sem relação jurídica-base no aspecto subjetivo. PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 49

¹²¹ "O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma legal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres [...]. A garantia de efetiva concorrência (e não de mercado) é, portanto, o valor central do direito concorrencial" (SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48-49).

¹²² Como se trata de lesão a um interesse difuso, cujo sujeito é a coletividade (Lei nº 8.884/94, art. 1º, parágrafo único, disposição que se repete no mesmo artigo e parágrafo no articulado da Lei nº 12.529/11), a ação punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa, primariamente, a uma reparação nem a uma compensação, mas a uma intimidação. Ou seja, a lesão ao interesse difuso (livre concorrência) visa à cessação de uma prática, tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente dissuasório. Ou, para usar os termos de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem precipuamente uma função intimidadora e exemplar (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006, VII, 17). Como se trata de lesão a um interesse difuso, cujo sujeito é a coletividade (Lei nº 8.884/94, art. 1º, parágrafo único, disposição que se repete no mesmo artigo e parágrafo no articulado da Lei nº 12.529/11), a ação punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa, primariamente, a uma reparação nem a uma compensação, mas a uma intimidação. Ou seja, a lesão ao interesse difuso (livre concorrência) visa à cessação de uma prática, tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente dissuasório. Ou, para usar os termos de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem precipuamente uma função intimidadora e exemplar (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006, VII, 17). (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013).

¹²³ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 187-188.

¹²⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99.

¹²⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

¹²⁶ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013

¹²⁷ Os direitos difusos, como o próprio nome já demonstra, são interesses caracterizados pela alta capacidade de dispersão, razão pela qual sua titularidade não admite fruição de forma divisível. Sobre o tema, explica Pedro Lenza que "no tocante aos interesses difusos, a indivisibilidade é ampla e absoluta, na medida em que, como não se consegue determinar os seus sujeitos, não se pode falar em partição de algo que pertence a todos indistintamente, ou, em outras palavras, não se pode dividir algo que pertence a pessoas indefinidas" (LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São

coletividade, extrapolando, portanto, a órbita individual. Em outras palavras, trata-se de um direito de todos, mas de ninguém. No entanto, tais conclusões não podem levar ao equivocado entendimento de que, pela legislação brasileira, o ilícito econômico tem sua repressão condensada na ação administrativa, penal e seu controle judicial, sendo seu foco primordialmente de natureza punitiva e intimatória e nunca compensatória ou indenizatória¹²⁸.

Ocorre que, além de serem ilícitos administrativos, as infrações à ordem econômica são também ilícitos penais e civis, à medida que geram danos a terceiros em virtude da prática de atos ilícitos¹²⁹. Assim, a busca por compensação deve ser endereçada diretamente por meio de ações privadas, sejam elas capitaneadas por particulares ou por entidades legitimadas para defesa coletiva.

É por isso que, na próxima seção, vamos analisar o mecanismo previsto na legislação concorrencial para que os agentes particulares possam requerer a cessação das práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como para pleitear indenização pelos danos sofridos. Por limitação de escopo, deixaremos de fora a tutela coletiva via *private enforcement*.

2.1.2.2 *Private Enforcement* na Legislação Concorrencial Brasileira

O legislador antitruste brasileiro, por meio do artigo 47, atribuiu direito de ação aos particulares, mais especificamente os “prejudicados”, para requererem não só a cessação das práticas que constituam infração à ordem econômica como também

Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76). No mesmo sentido disserta Pedro da Silva Dinamarco que “nos interesses difusos, o objeto (ou bem jurídico) é indivisível, na medida que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Ou atinge todos ou não atinge ninguém. Ela não é, portanto, mera soma de uma pluralidade de pretensões individuais” (DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 53). Essa ‘indeterminação de sujeitos’, como explica Rodolfo de Camargo Mancuso “deriva, em boa parte, do fato de que não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse Difuso**: legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 86)

¹²⁸ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013. p. 17.

¹²⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 316

para pleitearem indenização pelos danos, ou pelos “prejuízos” sofridos¹³⁰. O referido dispositivo normativo dispõe que:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, 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.

Neste sentido, verifica-se que houve uma preocupação por parte do legislador para fins de esclarecer que a tutela administrativa pelo Estado não esgota as ações em face dos infratores, especialmente para o ressarcimento de cada indivíduo lesado¹³¹. Assim, enquanto o Processo Administrativo perante o CADE tem como objeto a imposição de multa por infração administrativa, a ação judicial visa a reparação dos danos causados aos privados ou a cessação da conduta¹³².

Quanto à legitimidade para ajuizar ações, a lei fala em “prejudicados”. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, “os prejudicados são aqueles que sofrem prejuízo pela violação de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, por força de práticas que constituam infração da ordem econômica”¹³³. O autor, ainda esclarece que:

A norma nomeia, como sujeitos legitimados, os “prejudicados”. Os prejudicados são aqueles que sofrem prejuízo pela violação de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, por força de práticas que constituam infração da ordem econômica. Isto é, mesmo em sede de interesses individuais, não são danos marcados pelo subjetivismo privatista enquanto danos resultantes do descumprimento de obrigação, contratual ou legal, e que tenha por causa o inadimplemento de obrigação contratual, o dever contratual de responder pelo risco ou dever legal de responder sem culpa, sempre em termos denexo causal cujo núcleo é a ação subjetiva: consequência da conduta de quem o produziu. Mas sim são danos resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder (exclusão e colusão), ou porque as condutas visam à construção de situações de poder ou porque se originam de situação de poder e, em ambos os casos, os autores levam vantagem disso. Ou seja, prejuízos cujo núcleo causal está não na propriedade (em sentido privatista de conduta individual e individualizável), mas na competição (em sentido de interesse

¹³⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 154.

¹³¹ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 155.

¹³² TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012. p. 293

¹³³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013, p. 11-31. p. 21.

difuso: seus interesses individuais ou individuais homogêneos), mas individualizados no agente econômico que os sofre.¹³⁴

Assim, conforme Paula Forgioni¹³⁵, com base no art. 47 da Lei 12.529/11, bem como nas normas do Código Civil, as partes que experimentarem prejuízos em decorrência de práticas empresariais que configuram atentado à ordem econômica possuem legitimidade para requerer a condenação das infratoras ao pagamento de perdas e danos. Ocorre que, como bem lançado pela referida autora: “o desconhecimento da lei antitruste impede que a defesa das empresas e dos consumidores seja realizada de forma plena, inclusive e especialmente perante o Poder Judiciário”¹³⁶.

De acordo com Wouter Wils¹³⁷, o alvo do *enforcement* público deve ser desenvolver e esclarecer as proibições antitruste, além de dissuadir e punir essas violações, enquanto que caberia ao *enforcement* privado buscar as compensações pelos danos gerados. Segundo o autor, quando se trata do campo dissuasório e punitivo, o *enforcement* público é, sem dúvidas, superior ao *enforcement* privado, por várias razões, citando, dentre elas, a maior efetividade de poder investigatório e cominação de penalidades (podendo inclusive impor sanções não restritas a limites monetários). O *public enforcement* seria também mais eficiente na imposição de penalidades que se aproximem do ponto “ótimo”¹³⁸, além de, inevitavelmente, ser mais capaz de priorizar o efetivo cumprimento das legislações antitruste. No entanto, pode ser argumentado que o *private enforcement* cria incentivos para a

¹³⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013, p. 11-31. p. 21.

¹³⁵ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 155.

¹³⁶ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 155.

¹³⁷ WILS, Wouter P.J. **The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages**. *World Competition*. Vol. 32, 2009, pp. 3-26. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962334>. Acessado em: 10 mar. 2018

¹³⁸ Considerando o *public enforcement* como instrumento superior na tarefa de desenvolver e esclarecer os dispositivos legais que se referem às proibições antitruste, bem como na dissuasão e punição dos ilícitos concorrenciais e o *private enforcement* como instrumento essencial na busca da justiça compensatória, entende Wouter Wils que um funcionamento ótimo do sistema antitruste deveria contar com a participação de ambos. Neste sentido: “*If, as argued above, public antitrust enforcement is the superior instrument to pursue the objectives of clarification and development of the law and of deterrence and punishment, whereas private action for damages are superior for the pursuit of corrective justice through compensation, then the optimal antitrust enforcement system would appear to be a system in which public antitrust enforcement aims at clarification and development of the law and at deterrence and punishment, while private actions for damages aim at compensation*”. WILS, Wouter P.J. **The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages**. *World Competition*. Vol. 32, 2009, pp. 3-26. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962334>. Acessado em: 10 mar. 2018.

disseminação do controle antitruste perante a sociedade civil, que pode controlar o respeito às normas antitruste a um custo de transação menor, já que são diretamente afetadas¹³⁹.

Daniel Crane¹⁴⁰, analisando a realidade brasileira, afirma que não há dados disponíveis acerca de quantos casos foram ajuizados frente a infrações à ordem econômica, mas que as autoridades acreditam que sejam poucos. Gisele Mation¹⁴¹, na mesma linha, destaca que esse tipo de ação é bastante escasso no Brasil. A autora constatou que não foi encontrado nenhum estudo que analise este tipo de ação judicial no Brasil, bem como que há pouco conhecimento da existência de tais litígios. Em sua pesquisa, foi verificada a existência de 396 decisões, na jurisprudência brasileira, de ações civis propostas com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas. As decisões referentes a ações que tinham como pedido somente a cessação da conduta somaram 208 (52,23%) e as que pediam somente o ressarcimento somaram 26 (6,57%). Em 14 das decisões analisadas houve pedido de ressarcimento somente por danos morais.

Dados estes diferentes dos apurados nos Estados Unidos da América, onde as ações privadas concorrenciais são responsáveis por expressivas cifras. Entre 1990 e 2010 foi verificado que as ações privadas se recuperaram cerca de 18 bilhões, enquanto nas multas impostas pelo *United States Department of Justice* (DoJ) resultaram em cerca de \$ 4.232 bilhões¹⁴².

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em estudo realizado em cooperação com as autoridades brasileiras, chegou a conclusão de que “embora o direito da concorrência brasileira preveja explicitamente que as vítimas de infração antitruste tenham direito a reclamar por indenização por

¹³⁹ Neste sentido: TIMM, Luciano Benetti. Globalização e internacionalização do direito concorrencial brasileiro. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. n.8. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 209.

¹⁴⁰ CRANE, Daniel. Private enforcement Against International Cartels in Latin America. **Cardozo Legal Studies Research Paper**, nº 231, p. 1-40, 2008.

¹⁴¹ MATION, Gisela. **Ações Civis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/seae>. Acessado em 13 jan. 2018.

¹⁴² LANDE, Robert H.; DAVIAS, Joshua P. The *Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Weden, Hammond, And Barnett*. **University of San Francisco Law Research Paper No 24**. São Francisco, 2012, p. 899.

danos, tais ações no Brasil ainda estão em sua infância”¹⁴³. Para a citada organização, a baixa adesão ao *private litigation* é justificada por várias razões, dentre elas:

14. Primeiramente, no Brasil, assim como em outras jurisdições, existem obstáculos legais e procedimentais a ações de reparação. Estão incluídas a necessidade de análise econômica complexa, avaliação de risco e o cálculo de danos, que são notoriamente difíceis de serem obtidos por particulares;
15. A questão do acesso a documentos dentro de um processo administrativo no CADE, e documentos específicos de leniências, são de importância crucial.
16. Informações e documentos fornecidos no âmbito de um acordo de leniência são mantidos em sigilo pelo CADE. O acesso a esses documentos é restrito àqueles que estão sendo investigados, bem como a outras autoridades públicas, como o Ministério Público Federal; No entanto, o Judiciário ainda não decidiu se a assinatura de um acordo de leniência é considerado uma confissão formal que possa dar origem à reparação de danos.
17. Também deve-se notar que não há uma forte cultura de reivindicação de danos no Brasil, que é um obstáculo cultural à proliferação da aplicação privada no campo da antitruste.
18. Além disso, no que se refere ao próprio Judiciário, o tempo tomado pelos recursos e falta de familiaridade dos juízes com a matéria antitruste contribuem fortemente para desencorajar ações por danos. Vale ressaltar também que por serem processos longos e que requerem análises jurídicas e econômicas complexas, ações privadas de reparação de danos podem ser extremamente dispendiosas.¹⁴⁴

¹⁴³ Tradução nossa. No original: “Although Brazilian Competition law explicitly provides that victims of antitrust infringement are entitled to claim for damage compensation, such actions in Brazil are still in their infancy”. (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil*. 15 June 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). Acessado em 30 dez 2017).

¹⁴⁴ Tradução nossa. No original: “14. Firstly, in Brazil, as in other jurisdictions, there are legal and procedural obstacles to damage actions. These include the need for complex economic analyses, evaluation of risk and the calculation of damages, which are notoriously difficult to obtain by private parties. 15. The issue of access to documents within an administrative proceeding file at CADE, and particular leniency documents, is of crucial importance. 16. Information and documents provided in the scope of a leniency agreement are kept confidential by CADE. Access to these documents is restricted to those who are being investigated, as well as other public authorities, such as the Federal Public Ministry. However, the Judiciary has not yet ruled on whether the signing a leniency agreement is considered a formal confession which can give rise to necessary compensation damages. 17. It must also be noted that there is not a strong culture of claiming damages in Brazil, which is a cultural obstacle to the proliferation of private enforcement in the field of antitrust. 18. Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages. It is also worth mentioning that due to these characteristics of being a lengthy process requiring complex legal and economic analysis, private actions for damages can be extremely costly for the parties.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil*. 15 June 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)).

Assim, conforme se observa, a prática de *private enforcement* no Direito Concorrencial brasileiro ainda é pouco utilizada. Todavia, nos últimos anos, percebe-se um crescente movimento dos prejudicados na busca de indenização por ilícitos concorrenciais¹⁴⁵.

Neste sentido, nos autos do Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, que teve como relator o Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica aplicou uma multa no valor de R\$ 2,3 bilhões às empresas White Martins Gases Industriais LTDA., Air Liquide Brasil LTDA., Air Products Brasil LTDA., Linde Gases LTDA., sucessora da AGA S.A., e Indústria Brasileira de Gases e aos seus dirigentes e funcionários, em razão de um cartel no setor de gases medicinais, sendo esta a maior multa já aplicada pela autarquia até aquele momento.¹⁴⁶

Em tal decisão, o CADE tentou estimular os eventuais prejudicados a buscarem indenização por seus eventuais prejuízos.

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

No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis [sic]. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados.¹⁴⁷

Buscando ser ressarcido pelos seus prejuízos, por exemplo, a Associação dos Hospitais de Belo Horizonte ajuizou uma Ação Civil Pública perante o Poder

3&docLanguage=En. Acessado em 30 dez 2017).

¹⁴⁵ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, pp. 205-230.

¹⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgaX0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn> Acesso em 13 jan. 2018.

¹⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgaX0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn> Acesso em 13 jan. 2018.

Judiciário do Estado de Minas Gerais, que foi autuada sob o número 7099345-90.2009.8.13.0024, que tramita perante a 28ª Vara Civil da Comarca de Belo Horizonte¹⁴⁸. Todavia, a ação ainda não possui uma sentença, de maneira que não se tem maiores informações sobre o entendimento do Poder Judiciário mineiro no que tange ao assunto.

Outro exemplo, apesar de não se tratar de uma ação individual, o Ministério Público Federal, que tutela a ordem econômica sob o prisma de direito da coletividade, ajuizou uma Ação Civil Pública, que foi autuada sob o número 0002983-48.2012.4.03.6105, distribuída perante a 3ª Vara Federal de Campinas¹⁴⁹, pleiteando que empresas já condenadas pelo CADE por formação de cartel no setor de gases medicinais, fossem condenadas na esfera cível ao pagamento de indenização por danos difusos causados à coletividade dos consumidores dos serviços industriais e de saúde e aos órgãos públicos lesados como o Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁵⁰.

Recentemente, ainda, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.554.986-SP, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, decidiu que não se poderia admitir o sigilo de dados por período indefinido, pois a sua manutenção só seria justificável no período de apuração da conduta. O Ministro Relator manifestou-se no sentido de que o CADE deveria, então, prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, sob pena de “perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei”.¹⁵¹

¹⁴⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 7099345-90.2009.8.13.0024**, da 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?comrCodigo=24&numero=1&apenso=09709934>. Acesso em 31 mai. 2018.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Ação Civil Pública nº 0002983-48.2012.4.03.6105**, em trâmite na 3ª Vara Federal de Campinas/SP. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>>. Acesso em 31 mai. 2018.

¹⁵⁰ O Ministério Público Federal publicou a petição inicial no seu endereço eletrônico, podendo ser acessada pelo seguinte link: <http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/ACP%20Cartel%20gases.pdf>. Acesso em 13 jan. 2018.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08 de mar. de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF> Acesso em 04 jan. 2018.

Neste sentido, em que pese a discussão suscitada pela doutrina acerca do possível enfraquecimento dos programas de leniência realizados pelo CADE¹⁵², é certo que a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.554.986¹⁵³ suscitou uma abertura a propositura de demandas indenizatórias pelas partes prejudicadas na prática de cartéis. A decisão estimulou, inclusive, um posicionamento do CADE sobre a questão, com a submissão da Minuta de Resolução submetida à Consulta Pública 05/2016¹⁵⁴, visando regulamentar de maneira geral articulação entre persecução pública e privada a condutas anticompetitivas no Brasil.

Assim, conclui-se parcialmente que os agentes econômicos que cometerem infrações à ordem econômica estão sujeitos ainda à responsabilização por dano causado na esfera civil, seja um dano material ou moral, isto porque a própria Lei 12.529/11 prevê que os agentes lesados, ou prejudicados, por possível infração à ordem econômica com efeitos na esfera privada possam ingressar em juízo, visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática da infração.

A pergunta que deve ser feita é se seria possível, sob o ponto de vista jurídico, na eventual hipótese de haver entre duas empresas uma convenção de arbitragem, a parte prejudicada requerer a instauração do juízo arbitral, mesmo sob a alegação de violação às normas de Direito Concorrencial. Para tanto, analisaremos na próxima seção as peculiaridades do instituto da arbitragem.

¹⁵² Neste sentido, recomenda-se a leitura de: MOTTA, Lucas Griebeler da. Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial nº 1.554.986: uma ameaça aos cartéis ou ao programa de leniência brasileiro? **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 22, p. 236-244, 2016.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08 de mar. de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF> Acesso em 04 jan. 2018.

¹⁵⁴ A proposta de Resolução que disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil; regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão; e fomenta as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais no Brasil, pode ser acessada na seguinte página: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/participacao-social-1/consultas-publicas-concluidas/consulta-publica-no-05-2016>>.

2.2 A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELA ARBITRAGEM

O desenvolvimento das teorias da separação dos poderes e dos Estados Nacionais¹⁵⁵ trouxe consigo a incumbência do Poder Judiciário como protagonista na resolução de conflitos¹⁵⁶. Seguindo a lógica, designou-se o processo judicial como meio para os cidadãos em conflito destinarem as pretensões resistidas, para que um terceiro, agente estatal, decidisse de maneira definitiva e vinculante o litígio¹⁵⁷.

Neste contexto, a Constituição Federal preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁵⁸. Em razão disso, o acesso à Justiça¹⁵⁹, durante muito tempo, foi encarado como sinônimo de acesso ao

¹⁵⁵ A idéia de tripartição de poderes foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, segundo a qual, os poderes do Estado deveriam ser divididos: em a) poder deliberante: deliberava sobre todos os negócios do Estado; b) poder executivo: atribuído aos magistrados e exercido com fundamento nas decisões tomadas pelo poder deliberante; e c) poder de fazer justiça: dizia respeito à jurisdição (ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001). John Locke também classificara as funções estatais propondo a sua entrega a órgãos independentes, quais sejam: a) poder federativo, ao qual cabia tudo o que dissesse respeito às relações exteriores do Estado; b) poder legislativo, o editor de leis com o principal objetivo de especificar a forma pela qual o Estado protegeria os seus integrantes; c) poder executivo, que executava o disposto na lei, no interior do Estado. (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003). Porém a obra de Montesquieu denominada “O Espírito das leis” foi a que melhor explicou a divisão e distribuição da repartição do poder adotada pela constituição brasileira. Para o autor, “o Legislativo ‘faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas’. O Judiciário pune os crimes ou julga as demandas dos particulares’. E o Executivo, sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25).

¹⁵⁶ Para Alexandre de Moraes: “A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgão autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385).

¹⁵⁷ Para Cândido Rangel Dinamarco, “a longa tradição da jurisdição estatal como centro natural da solução de conflitos, sendo cultivada por muitos tempos séculos” fez, inclusive, com que equivocadamente fosse prosperada uma “a ideia de *monopólio da jurisdição* pelo Estado”, fazendo com que os outros intrusmentos, inclusive, fossem tratados como “alternativos”, sendo o processo judicial o primário (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editora, 2013, p. 31)

¹⁵⁸ Artigo 5º, inciso XXXV. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.)

¹⁵⁹ Para Kazuo Watanabe, “o princípio do acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a

Judiciário, onde as partes, ao final de um longo caminho percorrido através de um processo judicial, obteriam a decisão final imposta pelo Estado através da prolação de uma sentença ou acórdão em que uma das partes sairia vencedora e outra derrotada¹⁶⁰.

No entanto, a estrutura das regras processuais do ordenamento jurídico brasileiro tem feito surgir fatores, tais como custas judiciais elevadas, sistema com problemas de morosidade, com procedimentos demasiadamente complexos, exagerado sistema recursal, falta de uniformização de jurisprudência¹⁶¹, bem como excesso de demandas, que evidenciam a atual crise¹⁶² a qual está sujeita a forma estatal para resolução de conflitos nos dias de hoje¹⁶³.

todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la caberá organizar não apenas os serviços processuais, como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação (WATANABE, Kazuo. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 4).

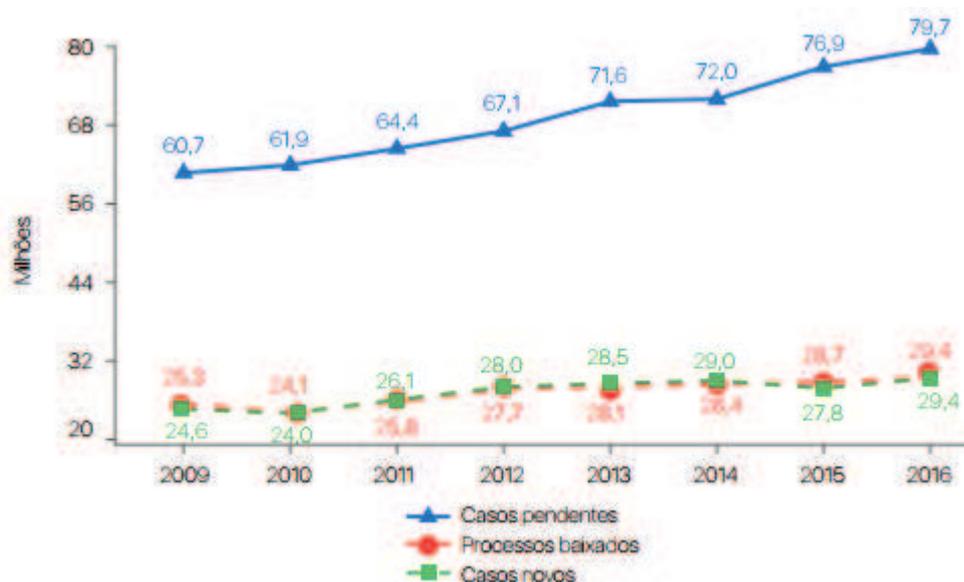
¹⁶⁰ Neste sentido é a crítica por parte de Cândido Rangel Dinamarco, para quem o processo civil brasileiro ainda privilegia a visão predominantemente técnica, em detrimento do escopo social da pacificação, prejudicando sua mobilidade e modernização, face à dinâmica hipercomplexa da atualidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271). Daniel Mitidiero destaca que essa concepção exclusivamente técnica do processo, dentro de um paradigma cientificista, teve relevância no reconhecimento e no desenvolvimento do direito processual como ramo jurídico autônomo; todavia, também acarretou o isolamento cultural do fenômeno jurídico, congelando-o e desligando-o da realidade social (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29).

¹⁶¹ Neste sentido, Ivo Gico Jr. defende que a insegurança jurídica causada pela ausência de uniformização de jurisprudência (capital jurídico) pode explicar o problema de congestionamento dos tribunais brasileiros. Para o autor, a análise das regras indica que os magistrados não possuem incentivos e mecanismos suficientes para uniformizar regras jurídicas. A insegurança jurídica resultante, combinada com o livre acesso ao serviço público adjudicatório constitucionalmente garantido, gera incentivos para a sobreutilização dos tribunais, resultando no problema endêmico de congestionamento, a Tragédia do Judiciário (GICO JR., Ivo Texeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 267, 2014, p. 163-198).

¹⁶² Ovídio Baptista, no campo do processo civil, reforça que a morosidade e ineficiência do Poder Judiciário é fator que a todos embarça e afeta até mesmo a legitimidade da democracia representativa. Porém, quando analisa a investigação que pudesse indicar as causas determinantes do problema, o autor afirma que tal diagnóstico nunca foi propriamente realizado, seja por juristas, órgãos do governo ou pelo Parlamento. (SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299-300). Ada Pellegrini Grinover, no mesmo sentido, destaca que “a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante

Dados levantados pelo relatório Justiça em Números, elaborado pelo CNJ em 2017 com dados de 2016, evidenciou que o estoque de processos do poder judiciário aumenta gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de 109,1 milhões de processos em 2016, sendo que, destes, 29,4 milhões (27%) são casos novos e 79,7 milhões (73%) estavam pendentes de anos anteriores.¹⁶⁴

Figura 1 – Série histórica da movimentação processual



Fonte: Relatório Justiça em Números 2017¹⁶⁵

A mesma pesquisa também evidenciou que o número de processos baixados (29,4 milhões) foi exatamente igual ao de casos novos (29,4 milhões). Desta forma,

consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007).

¹⁶³ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito in: TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

¹⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório Justiça em Números 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acessado em 10 jan. 2017.

¹⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório Justiça em Números 2017**. Brasília, 2017, p.13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acessado em 10 jan. 2017.

a taxa de congestionamento total do Poder Judiciário no ano de 2016 foi de aproximadamente 73%. Ou seja, de 100 processos que tramitaram no ano, apenas cerca de 27 foram baixados no período.¹⁶⁶

Figura 2 – Série histórica da taxa de congestionamento, do índice de atendimento à demanda e do percentual de processos eletrônicos em 2017



Fonte: Relatório Justiça em Números 2017¹⁶⁷

Neste cenário, os advogados começam a cogitar cada vez mais a inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos comerciais, uma vez que evidente os benefícios para uma solução diferenciada para seus eventuais conflitos¹⁶⁸, razão pela qual a arbitragem, aqui entendida como forma adequada¹⁶⁹ para solução de controvérsias, vem se firmando de forma inequívoca nas relações de comércio.

¹⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório Justiça em Números 2017**. Brasília, 2013. P. 11. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acessado em jan. 2018. p. 14.

¹⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório Justiça em Números 2017**. Brasília, 2013. P. 11. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acessado em jan. 2018. p. 13.

¹⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 3.

¹⁶⁹ Carlos Alberto Carmona defende que, diante do grau de civilização que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio, é razoável pensarmos que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas e, em não resolvendo, recorrerão aos métodos heterocompositivos. Desta forma, os métodos alternativos seriam os de autocomposição (mediação, conciliação e conciliação), não os de heterocomposição (processo estatal ou arbitral). (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 32-33).

Dados levantados pelo estudo intitulado “*International Arbitration Survey 2013: Corporate choices in International Arbitration*”, que foi conduzido pela empresa de consultoria *PricewaterhouseCoopers* (PwC) e pela Escola de Arbitragem Internacional da Universidade Queen Mary e publicado em abril de 2013, demonstrou que no geral, 52% dos advogados afirmam ser a arbitragem o melhor método para a resolução de conflitos, demonstrando, como principais fatores para esta escolha, a preocupação em relação aos custos e atrasos nos procedimentos arbitrais.¹⁷⁰

No mesmo sentido, pesquisa de opinião com árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) com o apoio institucional e metodológico do Instituto de Pesquisas Ipsos, destacou que a principal vantagem da arbitragem em comparação ao processo judicial é o menor tempo necessário para obter uma solução definitiva para o conflito.¹⁷¹

Não ficando inerte frente ao cenário de crise, o próprio Poder Judiciário buscou por implementar mecanismos para a solução de litígios que possam atender as demandas dos litigantes de forma mais eficiente e com o fim de obter a pacificação social. Foi com esse espírito que, em agosto de 2006, nasceu o “Movimento pela Conciliação”¹⁷² com o escopo de “alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante acordos”¹⁷³. No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125 que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”¹⁷⁴.

¹⁷⁰ PricewaterhouseCoopers (PwC). *Corporate Choices in international Arbitration: Industry perspectives*. London, 2013. Disponível em < <http://www.pwc.com/arbitrationstudy>>. Acessado em 06 jan 2018.

¹⁷¹ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBar). **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>. Acessado em 06 jan 2018.

¹⁷² No dia 23.08.2006, o Movimento pela Conciliação foi oficialmente lançado pela Ministra Ellen Gracie Presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal [...]. (MORAES, Germana de Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida durante a gestão inicial do CNJ). In: PELUSO, Cezar Antonio; RICHA, Morgana de Almeida; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense 2011. p. 71-84. p. 78).

¹⁷³ PACHÁ, Andreia Maciel. Movimento pela Conciliação – O Foco na Sociedade. In: PELUSO, Cezar Antonio; RICHA, Morgana de Almeida; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense 2011. p 86-87.

¹⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do

A partir das referidas iniciativas do CNJ, observou-se um movimento no sistema judiciário para difundir a necessidade de mudança na tradição jurídica litigiosa para uma cultura jurídica em que a solução pacífica de conflitos possa encontrar o seu devido espaço.

Neste mesmo caminho, no ano de 2015, o Congresso Nacional aprovou três importantes leis que vieram para regular institutos adequados para solução de disputas no Brasil: Em primeiro lugar, a Lei nº 13.105, que institui o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que, trouxe incentivos à mediação, conciliação e arbitragem, as Cartas Arbitrais e o segredo de justiça atribuído à arbitragem; Em segundo lugar, a Lei nº 13.129, que, dentre outras disposições, serviu para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem; E, por fim, a Lei nº 13.140, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública.

Os incentivos para utilização da arbitragem não pararam no Poder Judiciário e no Poder Legislativo. Tanto é assim que, recentemente, na 101ª Sessão Ordinária do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ocorrida em 22/03/2017, que aprovou, com restrições, uma operação entre a BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros (BVMF) e a Cetip S/A – Mercados Organizados, em um *leading case*, utilizou o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar o principal problema concorrencial identificado naquele momento (aumento das barreiras à entrada) na análise de um ato de concentração.

Ou seja, os dados demonstram que não há dúvidas de que a arbitragem vem adquirindo cada vez mais prestígio e importância como meio de solução mais adequada a determinadas controvérsias, colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem resolução de seus conflitos, sobretudo nas demandas mais complexas do Direito Empresarial, que exigem, em regra, soluções céleres e técnicas, fundadas em uma racionalidade econômica distinta e, por vezes, juridicamente inovadora¹⁷⁵. Esse prestígio decorre das conhecidas vantagens da

Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em: 12 mar. 2018.

¹⁷⁵ Neste sentido é a doutrina de Eduardo Silva Da Silva: “[...] Esse microsistema, fiel à origem e à natureza do instituto, dirige-se precipuamente ao contencioso empresarial” (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52-54).

arbitragem: especialidade e tecnicidade¹⁷⁶, celeridade¹⁷⁷, confidencialidade¹⁷⁸, economia¹⁷⁹, por exemplo, que são valores perseguidos por aqueles que optam pela jurisdição arbitral.

Assim, evidencia-se que a forma estatal de solução de conflitos por meio do Poder Judiciário está em crise e que diversas pesquisas empíricas têm evidenciado uma equivocada estrutura de incentivos das regras processuais, que acabam por estimular demandas judiciais, fazendo com que os advogados optem por buscar formas alternativas para a solução de conflitos, em especial a arbitragem quando o assunto são conflitos comerciais¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Na arbitragem, às partes cabe a escolha do árbitro, do número de árbitros, da lei aplicável, dos prazos, do idioma a ser utilizado na arbitragem, etc. Desta feita, como as próprias partes podem decidir como será o procedimento arbitral, não existe um rito pré-fixado e solene. Além disso, o "clima" de uma arbitragem bem conduzida deve ser sempre de aproximação das partes.

¹⁷⁷ Enquanto um Processo Judicial, dependendo de sua natureza, pode levar muitos anos para ser julgado em definitivo (considerando o nosso atual sistema processual, nossa organização e nosso aparelhamento Judiciários), num procedimento Arbitral, o prazo máximo admitido por lei para que se tenha uma decisão final é de 180 dias. Para Carmona: "Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tem condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a seguir, fica claro que muitos atos poderão ser simplificados a cada caso para evitar a demora inútil". (CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1990, p. 72).

¹⁷⁸ Embora a lei 9.307/96 não preveja a obrigatoriedade do sigilo nos procedimentos arbitrais, é praxe que as partes assinem um compromisso de confidencialidade entre si, no bojo do próprio Compromisso Arbitral que firmam antes de dar início ao procedimento. Isto porque é muito vantajoso às partes que seus problemas e discussões de caráter jurídico não fiquem expostos ao público, afinal, na maioria dos casos, discutem-se questões delicadas que podem ser danosas aos envolvidos caso se tornem de domínio público. Na Justiça Estadual, a não ser que haja motivação suficiente para que se determine Segredo de Justiça num processo, a regra geral é a da Publicidade total dos documentos juntados aos autos.

¹⁷⁹ Para Armando Castelar Pinheiro: "O custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, mas também das despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode ela própria depender do quanto é gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a causa. Custas judiciais elevadas, advogados caros e um sistema judicial com problemas de corrupção tendem a encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de disputas ou simplesmente a não iniciarem um litígio" (PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?**. In: TIMM, Luciano Benetti. (org.). Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25).

¹⁸⁰ Apesar da arbitragem estar ganhando maior espaço com a crise que vem enfrentando a jurisdição estatal, ela está longe de representar a solução para o problema do acesso à justiça no Brasil. A arbitragem, na nossa visão, representa uma alternativa relevante para alguns setores da economia interessados em evitar o estrangulamento e as amarras procedimentais do Poder Judiciário. Carlos Alberto Carmona, neste sentido, ressalta que a experiência arbitral tem demonstrado que as partes não se socorrem da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade, cujo direcionamento é, em regra, aos Juizados Especiais Cíveis ou à Justiça Comum. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3).

Trata-se, aliás, de lição já preconizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸¹ há algumas décadas, que, em sua obra *Acesso à Justiça*, destacaram como tarefa elementar dos processualistas modernos a análise dos mecanismos de processamento de litígios, e, “consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas”¹⁸²

Desta forma, o presente capítulo tem por objetivo analisar o panorama do instituto da arbitragem no contexto do Direito brasileiro, em especial seu conceito, a convenção de arbitragem, seus principais princípios, sua natureza jurídica e os requisitos para submissão de um litígio à arbitragem, de maneira a atingir um dos objetivos específicos deste trabalho.

2.2.1 Premissas Fundamentais: Conceito e Natureza

O instituto da arbitragem tomou fôlego no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996¹⁸³, que teve sua constitucionalidade confirmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal cinco anos mais tarde¹⁸⁴.

A lei de arbitragem foi concebida e formulada, nas palavras do Senador Marco Maciel, em “resposta aos anseios e lideranças de setores expressivos da sociedade, cada vez mais convencidos das grandes limitações do nosso sistema jurídico no tocante à arbitragem”¹⁸⁵. O vocábulo arbitragem é de origem latina, vem

¹⁸¹ Conforme a segunda e terceira ondas de acesso à justiça indicadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49 e 67.

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 13.

¹⁸³ Consigna-se que, ainda no ano de 1997, a Lei n.º 9.307/96 foi submetida ao controle incidental de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Homologação de Sentença Estrangeira tombada sob o n.º 5.206-7. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1091267>> Acesso em 26 jan. 2018).

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1091267>> Acesso em 26 jan. 2018.

¹⁸⁵ MACIEL, Marco. Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, nº 9, 2006, p. 316.

de *arbiter* (juiz, louvado, jurado), e designa o “processo que se utiliza, a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas”¹⁸⁶.

A doutrina não possui grandes divergências para conceituar a arbitragem¹⁸⁷. De forma geral, a arbitragem, como microsistema jurídico¹⁸⁸, é meio heterocompositivo de resolução de conflitos, eficiente¹⁸⁹ e alternativo¹⁹⁰ (ou adequado/complementar¹⁹¹) à jurisdição estatal, onde as partes delegam a um

¹⁸⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, volume I, 1984, p. 183.

¹⁸⁷ Selma Maria Ferreira Lemes conceitua o referido instituto como sendo um “meio extrajudicial de solução de controvérsias, na qual as partes, ao firmarem um contrato, outorgam a terceiro(s), árbitro(s), a competência para dirimir futuras controvérsias que surgirem e forem decorrentes dessa avença.” (LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 08 jan. 2018). Para Carreira Alvim, a arbitragem é “a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis.” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 01). Carlos Alberto Carmona, por sua vez, conceitua o instituto da arbitragem como: “meio de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 31).

¹⁸⁸ Nas palavras de Eduardo Silva Da Silva: “Todos os microsistemas estão ligados ao eixo central por uma relação não de dependência, mas de subsidiariedade, ainda que não explícita. Acima de todos os microsistemas e do próprio Código de Processo Civil, orbitam e incidem os valores eleitos pela comunidade política e estabelecidos na Constituição Federal – norma fundamental e verificadora da legitimidade na hierarquia de fontes jurídicas –, garantindo-se caráter instrumental tanto ao sistema como aos microsistemas, em relação à Lei Maior. A arbitragem consiste assim em um microsistema de diluição de controvérsias voltado precipuamente a atender determinada espécie de demandas por justiça. Esse microsistema, fiel à origem e à natureza do instituto, dirige-se precipuamente ao contencioso empresarial” (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52-54).

¹⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito in: TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17

¹⁹⁰ Apesar da arbitragem estar ganhando maior espaço com a crise que vem enfrentando a jurisdição estatal, ela está longe de representar a solução para o problema do acesso à justiça no Brasil. A arbitragem, na nossa visão, representa uma alternativa relevante para alguns setores da economia interessados em evitar o estrangulamento e as amarras procedimentais do Poder Judiciário. Carlos Alberto Carmona, neste sentido, ressalta que a experiência arbitral tem demonstrado que as partes não se socorrem da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade, cujo direcionamento é, em regra, aos Juizados Especiais Cíveis ou à Justiça Comum. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – um comentário à Lei 9307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3).

¹⁹¹ Carlos Alberto Carmona, ressalta ainda que a terminologia tradicional que se reporta à arbitragem como “meios alternativos” parece estar sob ataque, uma vez que, para o referido autor, “uma visão mais moderna do tema aponta para meios adequados (ou mais adequado) de solução de litígio, não necessariamente alternativos” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo - um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 32-33. Tal preocupação também é verificada na obra de Cândido Rangel Dinamarco que entende que a tradição da jurisdição estatal como o centro natural de solução de conflitos leva o jurista a qualificar a arbitragem como um meio alternativo, quando, na verdade, em que pese não deixe de ser um método alternativo, também é

terceiro – o árbitro/tribunal arbitral - a decisão sobre o mérito do litígio entre pessoas capazes e sobre direito patrimonial disponível, sendo a decisão uma sentença e, como tal, terá força de título executivo judicial, consoante disposição expressa do Código de Processo Civil¹⁹² e da Lei de Arbitragem¹⁹³.

O tema da natureza jurídica da arbitragem é de muita controversa na doutrina arbitral e processual e seu completo aprofundamento extrapola o escopo do presente trabalho. O intuito desta seção é noticiar os principais posicionamentos e o atual estágio de discussão do tema no Direito pátrio.

Existem três correntes doutrinárias para a explicação da natureza jurídica¹⁹⁴ da arbitragem. De um lado temos a Teoria Contratual (privatista), de outro a Jurisdicional (publicista), e há ainda, entendimento no sentido de que a natureza jurídica é híbrida, fazendo uma junção entre as duas primeiras teorias.

A arbitragem, para a corrente contratualista, tem caráter de ato privado, uma vez que é um contrato entre as partes que deve ser regido pelas normas extraídas do direito das obrigações. Essa corrente considera que a arbitragem é despida de jurisdição e, conseqüentemente, o laudo arbitral não é equiparado a uma sentença judicial, sendo considerado título executivo extrajudicial.

Essa corrente é sustentada, por, dentre outros juristas, Celso Barbi Filho¹⁹⁵, César Fiuza¹⁹⁶, Eros Roberto Grau¹⁹⁷, Eduardo Talamini¹⁹⁸, Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁹,

uma solução “socialmente mais convincente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editora, 2013, p. 31/32).

¹⁹² “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral; [...]” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018).

¹⁹³ Art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018).

¹⁹⁴ Entende-se por natureza jurídica aquilo que corresponde ao fenômeno de compreensão teórica dos institutos jurídicos, ou seja, a “afinidade que um instituto jurídico guarda para com uma grande categoria jurídica por diversos pontos estruturais, de modo a nela poder ter ingresso classificatório” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, volume I, 1984, p. 569). Desta forma, a natureza jurídica deve refletir a expressão da matéria, levando em consideração seus elementos constitutivos.

¹⁹⁵ BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n.º 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 36, n.º 108, São Paulo, 1997, out.-nov., p. 73-90, p. 75/87

¹⁹⁶ FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 124.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 303-311, 2008, p. 303-304

¹⁹⁸ Para o autor, “[...] a atuação dos árbitros pode ser qualificada como sendo um perfeito equivalente da jurisdição estatal: equipara-se à atuação jurisdicional cognitiva[...]. No entanto, “[...] equivaler não significa ser idêntico. Conseqüência do caráter não-estatal da arbitragem reside na circunstância de

Daniel Mitidiero²⁰⁰ e Alexandre Freitas Câmara²⁰¹. Os juristas que a seguem, de regra, afirmam que a arbitragem nasce de uma convenção privada e, por conseguinte, os poderes dos árbitros, também. Adotam o entendimento, portanto, de que a origem dos poderes do árbitro é que define a sua natureza jurídica, sendo ela, portanto, contratual²⁰², de maneira que a caracterização da jurisdição decorre pelos sujeitos que a exercem, e não partir dos escopos da atividade exercida.²⁰³

A corrente contratualista, desta forma, atribui mais importância à origem da arbitragem, relacionam todo o procedimento arbitral à convenção de arbitragem, a qual está dentro da esfera contratual. Logo, não concorda com a ideia de que a arbitragem tem caráter de jurisdição, nem que a função que o árbitro exerce tenha cunho jurisdicional. Apenas considera o instituto arbitral como um simples pacto de vontade entre as partes demandantes.

Assim sendo, em que pese os defensores da corrente contratualista defendam que a origem contratual da arbitragem se projeta sobre todo o instituto, negando o caráter jurisdicional ao laudo arbitral²⁰⁴, tal corrente encontra dificuldade em explicar a previsão legal para o laudo arbitral ter o mesmo caráter da sentença judicial²⁰⁵ a desnecessidade de homologação do laudo arbitral²⁰⁶.

que os árbitros não detêm o *imperium* estatal. Não podem adotar medidas de força coativa. Toda vez que dela necessitarem, precisam recorrer à autoridade judiciária[...]. (TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel do; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 159-183).

¹⁹⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni, arbitragem e jurisdição não se confundem, uma vez que, em linhas gerais: (i) a escolha, pelas partes, da solução do conflito por arbitragem implica renúncia à jurisdição; (ii) o exercício da jurisdição pressupõe investidura por concurso público; (iii) a arbitragem não observa o princípio do juiz natural; (iv) o árbitro não tem aptidão para executar suas decisões. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 150-156).

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86.

²⁰¹ Alexandre Freitas Câmara e reconhece a função (*munus*) pública exercida pelos árbitros relacionada à pacificação de conflitos, com nítido caráter de colaboração com o Estado, mas não aceita sua natureza jurisdicional, haja vista o monopólio estatal. Na visão do processualista carioca, a arbitragem é um sucedâneo jurisdicional que tem início com um ato de direito privado, qual seja, a convenção arbitral, podendo ser caracterizada como “justiça privada”, mas não jurisdição, já que o Estado tem o monopólio da jurisdição, mas não da justiça. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem – A Lei 9.307/96**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 11/15; e CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48).

²⁰² GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 36.

²⁰³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 149-150.

²⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184.

²⁰⁵ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Os defensores da Teoria Jurisdicional (publicistas), por sua vez, atribuem jurisdição à arbitragem e equiparam a sentença arbitral à sentença judicial. No entanto, não levam em conta o caráter contratual da arbitragem, deixando em segundo plano a vontade das partes, sendo capitaneada, dentre outros, por Carlos Alberto Carmona²⁰⁷, Pedro A. Batista Martins²⁰⁸, Carlos Alberto de Salles²⁰⁹, J. E. Carreira Alvim²¹⁰, Cândido Rangel Dinamarco²¹¹, Fredie Didier Jr²¹², Humberto Theodoro Júnior²¹³, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²¹⁴, Athos Gusmão Carneiro²¹⁵, Francisco José Cahali²¹⁶ e Ricardo Borges Ranzolin²¹⁷.

Para esta corrente a natureza jurisdicional da arbitragem reside no fato de que a decisão arbitral, quando não for inválida, fica imutável pela coisa julgada material, tornando-se soberana. Diante disso é que não pode ser considerada

(BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.)

²⁰⁶ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018.)

²⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32 e 338.

²⁰⁸ MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil. **Revista dos Advogados**, n.º 51, São Paulo, out. 1997, p. 36-45.

²⁰⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, p. 92.

²¹⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46;

²¹¹ Em sua mais recente obra sobre arbitragem, DINAMARCO revela ter aderido integralmente a tese da jurisdicionalidade da arbitragem. Dentre as diversas razões apresentadas, lembra que a arbitragem inegavelmente pacífica litígios, fazendo-se presente o primordial escopo da jurisdição. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-40).

²¹² Fredie Didier Jr afirma que a natureza jurisdicional da arbitragem reside no fato de que a decisão arbitral, quando não for inválida, fica imutável pela coisa julgada material, tornando-se soberana. Diante disso é que não pode ser considerada sequer equivalente jurisdicional, pois é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado, oriunda do exercício do direito fundamental de auto regramento. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 82).

²¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol III. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 327.

²¹⁴ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1758.

²¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 16. ed. São Paulo: 2009, p. 57.

²¹⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017.

²¹⁷ Nas palavras do autor: “a jurisdição estatal tem mais abrangência do que a atuação do árbitro [...] Entretanto, dentro do espaço de validade que é reservado à arbitragem, a eficácia do processo arbitral e de suas decisões encontra esteio na proteção constitucional ao negócio jurídico (ato jurídico perfeito), o qual sequer o controle jurisdicional pode violar. É assim que a decisão arbitral faz *lei entre as partes*, sem se poder dizer que seria *mais ou menos* do que a jurisdição estatal. Não obstante suas distinções, a via do processo judicial e a via da arbitragem se inserem em um sistema jurídico uno, que garante tanto o direito à opção pela convenção arbitral, quando couber, como também o direito à não opção por ela. Há, assim, uma imposição teleológica de harmonia entre ambas as formas de obtenção de justiça, sem que isto implique hibridização das suas naturezas”. (RANZOLIN, Ricardo Borges. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 206-207).

sequer equivalente jurisdicional, pois é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado, oriunda do exercício do direito fundamental de auto regramento²¹⁸.

Os defensores da corrente publicista, portanto, observam apenas o procedimento arbitral, preocupando-se com a finalidade da convenção, que é de caráter jurisdicional.

A corrente intermediária busca conciliar as duas posições. Considera a natureza contratual da arbitragem na sua origem e a natureza jurisdicional na finalidade do procedimento arbitral. Dentro outros juristas, seguem esta corrente Selma Lemes²¹⁹, Luciano Benetti Timm²²⁰, Thiago Marinho Nunes²²¹, Marcelo Dias Gonçalves Vilela²²², José Carlos de Magalhães²²³, Irineu Strenger²²⁴ e Eduardo Silva da Silva²²⁵.

²¹⁸ Da mesma forma é a conclusão de Eduardo Damiano Gonçalves no sentido de que a arbitragem “[...] é mais outra manifestação da redução do monopólio estatal e consagra a visão de que a justiça é hoje um bem público e não um serviço público” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 24-25).

²¹⁹ Selma Ferreira Lemes, explicando o entendimento da corrente híbrida, argumenta que: “Em muitas legislações, a arbitragem encontra-se regulada no estatuto processual, mas não é o caso brasileiro em que temos o novo Código Civil dispondo sobre o compromisso (arts. 851 a 853), tal como disciplinava o anterior de 1916, e a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que pode ser considerada como norma de Direito Processual”. (LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficácia econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 62).

²²⁰ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito in: TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82.

²²¹ NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e Prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.

²²² Para Marcelo Dias Gonçalves Vilela, a tendência é adotar a natureza mista da arbitragem, uma vez que, não obstante a Lei 9.307/96 ter atribuído caráter jurisdicional à arbitragem, não se pode afastar a natureza contratual do instituto, posto que a vontade é pressuposto indispensável para a formação do juízo arbitral. Neste sentido: “Não se pode, assim, aquartelar a natureza jurídica da arbitragem reduzindo-a a um de seus traços caracterizadores, contratual na origem (formação) e jurisdicional na finalidade (resultado), devendo assim admitir-se sua natureza híbrida ou mista. Isto porque a contratualidade e a jurisdicionalidade deverão funcionar como verdadeiros pêndulos no estudo e na utilização do instituto, demandando ao jurista o conhecimento da teoria geral das obrigações e dos contratos e da teoria geral do processo para enfrentar as questões e afastar eventuais perplexidades da utilização da própria arbitragem” (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 46)

²²³ Para o autor: “As duas posições, contudo, são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual, que é o compromisso, de característica estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui. Mas o laudo não é ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da Lei e não da vontade das partes. Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios.” (MAGALHÃES, José Carlos de. A Arbitragem e o Processo judicial. **Revista do Advogado**, n. 87. São Paulo, 2006, p. 98).

²²⁴ STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**: direito interno e internacional. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p.17.

²²⁵ Nas palavras do autor: “Entendo que a natureza jurídica da arbitragem seja mista ou híbrida, abrangendo simultaneamente o seu fundamento que se dá em uma convenção privada (cláusula

Como se vê, as duas correntes opostas são bastante radicais. Admitir a natureza mista da arbitragem é aproveitar o que se tem de melhor em cada esfera. A corrente intermediária estabelece equilíbrio entre o público e o privado.

Em nossa opinião, a teoria híbrida deve ser vista com cautela porque considerar natureza contratual da arbitragem, ainda que apenas na origem, pode servir de argumento para retirar do árbitro os poderes jurisdicionais conferidos pela Lei de Arbitragem, visto que o mesmo ficaria adstrito ao pactuado pelas partes na convenção arbitral, afastando-lhe, assim, a liberdade de atuação, deixando-o mais longe da real e efetiva solução da disputa.

O Superior Tribunal de Justiça expressamente reconhece o caráter jurisdicional da arbitragem, sendo possível até mesmo a “existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral”²²⁶ suscitado favoravelmente à jurisdição arbitral.

Neste contexto, em que pese as divergências doutrinárias, conclui-se que a arbitragem tem um caráter jurisdicional, inclusive com reconhecimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de maneira que a corrente contratual se torna praticamente refutada no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1.2 Princípios da Arbitragem

A arbitragem, como microsistema jurídico, também é dotada de seus princípios, aos quais, em razão da função que cumprem, são considerados como princípios diretores do processo arbitral²²⁷. Dentre estes princípios, pode-se arrolar, dentre outros, os seguintes: autonomia da vontade e limites (arts. 1º e 39, I e II, da Lei de Arbitragem); boa-fé (art. 20, da Lei de Arbitragem); autonomia da convenção

compromissória ou compromisso arbitral) e seus efeitos que são jurisdicionais (diluição de controvérsias e pacificação social). É instituto limítrofe entre as atividades normalmente enquadradas como atividade pública e atividade privada, consistindo em um fenômeno complexo que sofre os influxos dessas duas polaridades [...]” (SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33).

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 111230 / DF**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08 de maio de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 29 jan. 2018.

²²⁷ Não obstante, deve-se destacar que a arbitragem, qualquer instrumento jurisdicional previsto no ordenamento jurídico brasileiro, deve observar as garantias processuais, previstas tanto na constituição federal na lei de arbitragem, a saber: devido processo legal; ampla defesa, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento.

de arbitragem em relação ao contrato (art. 8, da Lei de Arbitragem); e competência-competência (art. 8, parágrafo único, da Lei de Arbitragem).

2.2.1.2.1 Princípio da Autonomia da Vontade das Partes

Por definição, a arbitragem é um procedimento voluntário para resolução de conflitos. Assim, o processo arbitral decorre necessariamente de uma conjugação de vontade das partes litigantes, as quais elegem um ou mais terceiros para decidir sobre determinada controvérsia, sujeitando-se em caráter definitivo à decisão proferida. O fundamento basilar da arbitragem é, portanto, o consentimento em arbitrar, uma vez que a jurisdição arbitral é fruto da autonomia privada²²⁸, sendo o elemento volitivo sua essência.

O consentimento é essencial, sem ele, não pode haver arbitragem válida. Em outras palavras, “a arbitragem é um processo consensual que requer a concordância das partes”²²⁹. A vontade das partes assume tamanha relevância que, se violada, poderá ensejar a anulação da sentença arbitral.²³⁰²³¹

Da autonomia da vontade decorre também a flexibilidade inerente à arbitragem, estando as partes autorizadas a definir as regras do procedimento que guiará a resolução do conflito²³², sendo essa uma das grandes vantagens do instituto.²³³

Uma das formas em que o princípio se consagra é ao garantir às partes a possibilidade de escolha dos árbitros, não sendo tal direito mera prerrogativa concedida às partes; é direito amparado no princípio da vontade privada, de extrema

²²⁸ HANOTIAU, Bernard. **Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions, International arbitration law library**. Kluwer Law International, 2005, p. 116.

²²⁹ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2014, p. 249.

²³⁰ À título ilustrativo: Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem;

[...]

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018)

²³¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 406.

²³² Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018)

²³³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 7-21.

relevância por ser um dos princípios norteadores sobre os quais repousa a arbitragem. Não é à toa que a doutrina afirma que a escolha dos árbitros “é uma das partes mais importantes de toda a arbitragem – isso se não for a maior delas”²³⁴.

Como se vê, portanto, não existe arbitragem desassociada ao princípio da autonomia da vontade.

2.2.1.2.2 Princípio da Autonomia da Cláusula de Arbitragem

O princípio da autonomia da cláusula compromissória, também chamado de princípio da separabilidade (*separability concept*) na arbitragem internacional, está evidenciado no caput do art. 8º da Lei n.º 9.307/96, a Lei de Arbitragem, o qual dispõe que “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”²³⁵.

Assim, “quando se fala em autonomia da cláusula compromissória, deve-se entender que a convenção de arbitragem é juridicamente autônoma do contrato principal, não estando a sua validade condicionada a uma aceitação distinta”²³⁶. Carlos Alberto Carmona²³⁷, comentando o referido dispositivo legal, destacou que:

As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de modo que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá validade para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral. Constatou-se, em outros termos, que a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias.

Destaca ainda o referido autor que a intenção do legislador foi dar maior segurança às partes que, livre e voluntariamente, acordaram pela instituição do juízo

²³⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 232.

²³⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

²³⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 234.

²³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 173/174.

arbitral, uma vez que “se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seja ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões ligadas exatamente à nulidade do contrato”²³⁸.

Também concernente ao tema da separação, Ricardo Ranzolin²³⁹ leciona que não se pode confundir o negócio jurídico principal com o negócio jurídico que dá fim ao litígio:

O negócio jurídico *ad finiendam* litem não se confunde com a relação jurídica de direito material objeto do conflito a ser solucionado. [...] Desse modo, é sempre devida uma apreciação autônoma acerca da validade do negócio *ad finiendam* litem e do negócio jurídico do qual derivam as relações jurídicas de direito material objeto do litígio (embora possam ambos ser objeto do mesmo instrumento contratual).

Portanto, a cláusula compromissória, apesar de, no sentido lógico ou no temporal, aderir a um contrato principal, constitui um negócio jurídico em si mesma, um contrato próprio, dotado de individualidade própria e com função diferente do negócio jurídico principal.

2.2.1.2.3 Princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

O princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, ou competência-competência, é um princípio trazido pelo parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, em conjunto com o art. 20 da mesma lei, e é entendido como o princípio que dá competência ao próprio árbitro para decidir sobre questões referentes à sua própria competência. Melhor dizendo, é o árbitro quem tem o poder de analisar pontos atinentes à validade, à eficácia e à existência da convenção arbitral e do contrato em que estiver inserida a cláusula compromissória. Neste sentido:

O Princípio da competência-competência é uma regra de prioridade cronológica. Levando-se em consideração ambas suas facetas (efeito positivo e negativo), o princípio da competência-competência pode ser definido como a regra através da qual os árbitros devem ter a primeira

²³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 173.

²³⁹ RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GTZ, 2011. p. 141.

oportunidade de deliberar sobre objeções relativas à sua jurisdição, sujeitas à posterior revisão pelos tribunais.²⁴⁰

Carlos Alberto Carmona, comentando o referido dispositivo legal, explica que, enquanto o *caput* disciplina a autonomia da cláusula de arbitragem, o parágrafo único estabelece o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, que, nas palavras do autor, deve ser entendido como:

Competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral.²⁴¹

Para Cândido Rangel Dinamarco, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* significa a “competência do próprio árbitro para em primeiro lugar decidir sobre a concreta existência de jurisdição arbitral, sempre que a arbitragem já esteja instaurada”²⁴². No mesmo sentido é a doutrina de Pedro Batista Martins, para quem, em havendo controvérsia quanto à submissão da matéria à arbitragem, seja por falha ou dupla interpretação da cláusula compromissória, “a tendência moderna dos doutrinadores e das cortes estatais é a de atribuir ao órgão arbitral competência para a apreciação e julgamento da questão”²⁴³.

Nos autos do Agravo Regimental na Reclamação nº 9.030/SP, que tramitou perante a corte especial do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do voto do Ministro Ari Pargendler, confirmou o entendimento de que:

A teor do disposto no art. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro. Trata-se da *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a

²⁴⁰ Tradução nossa. No original: “*In that sense, the competence-competence principle is a rule of chronological priority. Taking both of its facets into account [positive and negative effects], the competence-competence principle can be defined as the rule whereby arbitrators must have the first opportunity to hear challenges relating to their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts*” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 401).

²⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 175.

²⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94.

²⁴³ MARTINS, Pedro Batista. **A autonomia da Cláusula Compromissória**. Disponível em <<http://www.batistamartins.com/>>. Acessado em: 12 jan 2018.

sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade.

Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida. Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem detém competência para dirimir essas matérias assim como para decidir sobre sua própria competência. Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.703/96, que censura atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral, ou na hipótese específica, também à homologação dessa sentença arbitral estrangeira.²⁴⁴

Parte da doutrina entende que tal princípio, nos termos em que colocado na legislação brasileira de arbitragem apresenta dois efeitos, um de caráter positivo e outro negativo.

O primeiro consiste, basicamente, na atribuição de competência ao próprio árbitro para decidir sobre a sua própria competência para julgar o litígio. Melhor dizendo, o efeito garante positivamente a competência do juízo arbitral para decidir sobre sua competência, consagrando a legitimidade da via arbitral para tal julgamento.²⁴⁵

Já o segundo, encontra amparo no caput do art. 20 da Lei n.º 9.307/96²⁴⁶ e traduz-se na primazia que têm os árbitros em relação à jurisdição estatal para decidir acerca de questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem, ou seja, estabelece uma prioridade cronológica, a fim de que o árbitro, antes do juiz estatal, aprecie as questões sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.²⁴⁷

Assim, após a breve análise do conceito de arbitragem, necessário é o estudo da forma com que as partes poderão convencionar a utilização da arbitragem como meio de solução de litígios, ou seja, a convenção de arbitragem.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Reclamação nº 9.030/SP**. Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgado em 20 de mar. de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1218649&num_registro=201201163734&data=20130424&formato=PDF>. Acesso em 13 jan. 2018.

²⁴⁵ RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da Arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 140.

²⁴⁶ Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018).

²⁴⁷ LONGO, Samantha Mendes. Ação judicial extinta de ofício em razão da existência de cláusula compromissória: art. 301, § 4.º, do CPC. Comentários ao Ag Inominado da ApCiv 0422107-87.2008.8.19.0001 do TJRJ. In: WALD, Arnaldo (coord.) **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Ano 9. vol. 32. jan.-mar. 2012, p. 375.

2.2.2 A Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem é definida, juntamente com seus efeitos, no Capítulo II da Lei n.º 9.307/96, entre os artigos 3 e 12, como o instrumento pelo qual as partes acordam a submissão de conflitos à arbitragem, sendo representada tanto pela cláusula compromissória quanto pelo compromisso arbitral. Nesse sentido, a convenção de arbitragem é a forma expressa e o instrumento pelo qual as partes escolhem a arbitragem como forma definitiva de solução de controvérsias futuras ou atuais.²⁴⁸

Dispõe o art. 3º do referido diploma legal que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Desta forma, tem-se que o compromisso arbitral é gênero, qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, que, por sua vez, estão respectivamente descritos nos artigos 4º e 9º da Lei de Arbitragem²⁴⁹.

A convenção arbitral também é prevista, ainda que denominada, por vezes, por suas espécies “compromisso” e “cláusula”, em outros diplomas legais brasileiros. A título de exemplo, o Código Civil²⁵⁰ trata do compromisso nos artigos 851 e 852 e da cláusula compromissória no art. 853. Já o Código de Processo Civil, além de, no capítulo que trata da competência, ressaltar às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral, coloca a convenção como causa de extinção do feito sem julgamento

²⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 99

²⁴⁹ Art. 4º-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.

[...]

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.)

²⁵⁰ “Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018).

de mérito e como questão a ser suscitada em preliminar da contestação e traz a possibilidade de tramitação de cartas arbitrais no Poder Judiciário²⁵¹.

É consenso que a existência e a validade da convenção arbitral são pontos elementares para que se possa formar a arbitragem, ou, melhor dizendo, para que possa ser instituído o juízo arbitral. Ou seja, sem um pacto válido para submissão de algum conflito ao juízo arbitral, não há como assim ser procedido.²⁵²

Ademais, consigna-se que a legislação brasileira, conforme afirma Carlos Alberto Carmona “prestigiou-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei”²⁵³.

Acrescenta-se que tal autonomia conferida à arbitragem também pode ser evidenciada no art. 2º da Lei n.º 9.307/96, que dá grande liberdade para que as partes envolvidas escolham, quando do pacto arbitral, quais regras de Direito deverão ser aplicadas ao caso específico ou, ainda, se a decisão basear-se-á em princípios gerais de Direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio²⁵⁴.

²⁵¹ “Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.

[...]

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

[...]

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: [...] § 3o A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

[...]

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem; [...] § 6o A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

[...]

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;”

(BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018).

²⁵² RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem Privada Internacional no Brasil**. Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

²⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 15.

²⁵⁴ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade [sic], a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018).

Neste sentido, o Superior Tribunal Federal, nos autos da Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7, sob relatoria do ministro Maurício Corrêa, manifestou-se, a respeito da convenção de arbitragem:

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum.²⁵⁵

No mesmo sentido, é o voto do ministro Sepúlveda Pertence, nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, que discutiu a constitucionalidade da lei de arbitragem. Para ele, “o compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir”²⁵⁶.

Desta forma, tem-se que a convenção de arbitragem deve representar a vontade de todas as partes envolvidas, não podendo alguém ser obrigado a ver uma controvérsia solucionada por árbitro com cuja intervenção não concordou, porquanto a arbitragem é expressão inequívoca da autonomia da vontade das partes.

Pela legislação brasileira, portanto, o conceito de convenção compreende tanto a cláusula arbitral ou cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Os dois pactos, ainda que, atualmente, possam instituir o juízo arbitral, guardam importantes distinções, o que se deve analisar a partir de então.

2.2.2.1 Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

A cláusula compromissória é definida no artigo 4º da Lei de Arbitragem como sendo “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”. O Compromisso Arbitral, por sua vez, nos termos do artigo 9º do mesmo

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7**. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 13 de junho de 2002. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265769>> Acesso em 21 jan. 2018.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1091267>> Acesso em 26 jan. 2018.

diploma é entendido como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.²⁵⁷

A diferença que se pode destacar entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, portanto, diz respeito ao momento em que a convenção é firmada, ou seja, enquanto a cláusula compromissória diz respeito a litígio futuro e incerto e o compromisso arbitral diz respeito a litígio atual e específico²⁵⁸. Neste sentido:

A convenção de arbitragem, juridicamente válida, é o elemento indispensável para a instituição de um tribunal arbitral e sua competência no julgamento de uma lide. Quando refere-se a uma lide futura, decorrente de determinada relação jurídica, entre duas partes, mormente de natureza contratual, a convenção de arbitragem (convention d'arbitrage, patto de arbitrato, Schiedsvereinbarung Schiedsabrede) é denominada cláusula compromissória (clause compromissoire) ou, por vezes, também, cláusula arbitral (Schiedsklausel). Se, entretanto, a convenção de arbitragem estiver relacionada à lide já existente, costuma-se falar em compromisso arbitral (compromis, Schiedsvertrag).²⁵⁹

O Superior Tribunal de Justiça²⁶⁰, nos autos da Sentença Estrangeira Contestada nº 1.210, sob relatoria do ministro Fernando Gonçalves, distinguiu as duas espécies de convenção da seguinte forma:

A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

Assim, quanto ao momento da formação e à cronologia do conflito, pode-se resumir a diferença entre as espécies da convenção de arbitragem da seguinte forma: a cláusula compromissória geralmente se antecipa; é firmada anteriormente ao surgimento da desavença, adquirindo, em certa medida, caráter preventivo; ao passo que o compromisso é necessariamente contemporâneo ou posterior à

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²⁵⁸ FIÚZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 109. No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 102.

²⁵⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem Privada Internacional no Brasil**. Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada nº 1.210**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 20 de junho de 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=702299&num_registro=200601859186&data=20070806&formato=PDF> Acesso em 26 jan. 2018.

controvérsia, e, por isso, remediativo, podendo resultar tanto da vontade das partes quanto de determinação judicial²⁶¹.

Além da distinção fundamental quanto ao momento da formação e à cronologia do conflito, a legislação estabelece uma série de diferenças entre os documentos instauradores da arbitragem que fogem ao escopo do presente estudo²⁶².

Em que pese as diferenças apresentadas entre as duas espécies de convenção de arbitragem, tem-se em comum entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral que, havendo sua pactuação, as partes submetem as eventuais controvérsias ao juízo arbitral, fazendo, assim, uma efetiva renúncia à jurisdição estatal, condicionada à abertura de outra via para a solução da controvérsia: o juízo arbitral²⁶³. Neste sentido, segundo Carlos Alberto Carmona:

A convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)²⁶⁴

Quanto à eficácia da convenção arbitral, portanto, a doutrina brasileira destaca duas facetas: a eficácia negativa e a eficácia positiva. Quanto à primeira, em síntese, trata-se de uma renúncia à jurisdição estatal “condicionada à efetiva abertura de outra via para a solução da controvérsia: o juízo arbitral”²⁶⁵. A segunda,

²⁶¹ SILVA, Rodrigo Tellechea. **Sociedade Anônimas Fechadas: Direitos Individuais dos Acionistas e Cláusula Compromissória Estatutária Superveniente**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 434.

²⁶² o artigo 10 da Lei 9.307/96 exige que o compromisso arbitral deve, obrigatoriamente, conter: I – nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II – nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III – a matéria que será objeto da arbitragem; e IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral. Já o art. 11 refere que o compromisso poderá conter: I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III – o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: jan. 2018

²⁶³ RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GTZ, 2011. p. 88.

²⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 79.

²⁶⁵ RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GTZ, 2011. p. 88.

por seu turno, trata-se de “condição de a convenção arbitral estabelecer efetiva renúncia ao exercício da pretensão processual diante de determinadas lides envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, previstas na mesma convenção”²⁶⁶.

2.2.2.2 Variações da Cláusula Compromissória

A cláusula compromissória não se presume, ela deverá ser sempre expressa, por força de disposição expressa da lei brasileira de arbitragem²⁶⁷, podendo ser inserida no contrato principal ou em documento em apartado que a ele se refira. No entanto, embora desprovida de qualquer outro tipo de formalidade²⁶⁸ além da utilização da escrita²⁶⁹, deve a cláusula obedecer aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos²⁷⁰.

A cláusula compromissória pode ser dividida em várias espécies, dependendo de suas características. A primeira e mais importante delas é a cláusula cheia. Este tipo prevê todos os elementos necessários à instituição de um processo arbitral, iniciado pela aceitação pela parte dos árbitros de sua nomeação. A respeito de sua importância, afirma Pedro Batista Martins:

Conveniente considerar que a cláusula compromissória deve ser exaustiva, de modo a limitar o poder discricionário do juiz no momento de definir e fixar os pontos referenciais do compromisso, que se irradiará da sentença judicial para produzir todos os efeitos de direito no campo das relações jurídicas

²⁶⁶ RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GTZ, 2011. p. 79.

²⁶⁷ § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁶⁸ Consigna-se, no entanto, que conforme o artigo 4º, §2º, da Lei 9.307 de 1996, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá validade se a mesma estiver em negrito e conter a assinatura, do aderente, especialmente para essa cláusula, como manifestação de sua vontade em instituir o compromisso arbitral. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 106/108)

²⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 105.

²⁷⁰ Nesse sentido, se posicionou o Ministro Maurício Corrêa, ao proferir seu voto na sentença estrangeira contestada nº 6.753-7, oriunda do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte: "a lei brasileira sobre o tema exige clara manifestação escrita das partes quanto à opção pela jurisdição arbitral (Lei 9.307/96, artigos 3º, 4º e 5º). Tanto que nos contratos de adesão requer-se destaque e a assinatura especial na cláusula compromissória e, nos ajustes remissivos não se dispensa que as partes reportem-se expressamente à opção. Não se admite, em consequência [sic], até pela sua excepcionalidade, convenção de arbitragem tácita, implícita e remissiva " (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7**. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 13 de junho de 2002. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265769> > Acesso em 21 jan. 2018).

Carlos Alberto Carmona chama atenção para as chamadas cláusulas patológicas, assim entendidas como as cláusulas compromissórias que, “por conta da redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem”²⁷¹.

Para o referido autor, dentro do gênero cláusula patológica, existem três espécies: a cláusula vazia²⁷²; a cláusula que indica um órgão arbitral inexistente²⁷³; e a cláusula arbitral que aponta um mecanismo inoperante para a indicação de árbitro²⁷⁴.

A lei de arbitragem, por meio do artigo 6º, previu a possibilidade de as partes preencherem a lacuna de cláusula arbitral que não contenha as indicações para a nomeação de árbitros para a instituição do juízo arbitral²⁷⁵. Para tanto, como ressalta Carmona²⁷⁶:

Determina a Lei que a parte interessada notificará o adversário acerca de seu interesse de ver instaurado o juízo arbitral através de qualquer meio de comunicação que comporte comprovação de recebimento, a fim de que em local, dia e hora predeterminados venha firmar o compromisso arbitral.

A parte notificada para firmar compromisso, por sua vez, poderá tomar três posturas ao ser notificada: “comparecer à reunião e concordar com a instituição da arbitragem; comparecer à reunião e recusar-se a assinar o compromisso (ou, mais

²⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 112.

²⁷² A cláusula vazia é aquela que “não indica método ou critério para nomeação de árbitros na hipótese de surgimento de litígio decorrente de determinada relação jurídica. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 112).

²⁷³ CARMONA explica que, na hipótese de uma cláusula arbitral afirmar que em caso de litígio as partes resolverão por meio de arbitragem a ser administrada por um órgão arbitral inexistente, “a previsão acaba por equivaler a uma cláusula arbitral vazia, na medida em que a previsão contratual não é capaz de permitir a nomeação de árbitros”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 112/113).

²⁷⁴ Para CARMONA, na ocorrência desta patologia, e na ausência de acordo com o adversário, a parte interessada em ver instituída a arbitragem “deverá socorrer-se do procedimento previsto no art. 7º da Lei de Arbitragem”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 113).

²⁷⁵ 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. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 09 jan. 2018.)

²⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 143.

adequadamente, recusar-se a tomar as providências que caibam para dar início ao juízo arbitral); ou ausentar-se”²⁷⁷.

Desta forma, “o simples atendimento do notificado ao convite para comparecer a uma reunião não resolve a questão da instauração da arbitragem”²⁷⁸. Por este motivo, havendo resistência de uma das partes para firmar compromisso arbitral, caberá à parte interessada, de acordo com o parágrafo único do artigo 6º da Lei de Arbitragem²⁷⁹, ajuizar a demanda prevista no artigo 7º da Lei 9.307/96²⁸⁰, hipótese que dotará o juiz estatal de poderes para “preencher a lacuna deixada pelas partes independentemente dos dados faltantes na cláusula arbitral”²⁸¹.

No que tange à classificação das cláusulas arbitrais, Selma Ferreira Lemes²⁸² ainda destaca as chamadas cláusulas escalonadas, que são entendidas como a cláusula que prevê como forma de solução de controvérsias a mediação ou conciliação prévias à arbitragem, de maneira que “as partes avençam que se submeterão a procedimento de mediação (ou de conciliação, conforme seja o caso) e, não chegando a um acordo, instaurarão desde logo a arbitragem”²⁸³.

2.2.2.3 Espécies de Compromisso Arbitral

Sobre o compromisso, para além do que já foi dito, importa referir que, de acordo com a Lei de Arbitragem, este pode manifestar-se sob quatro formas: duas judiciais e duas extrajudiciais. No entanto, diferentemente da cláusula

²⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p.146.

²⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 146.

²⁷⁹ 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. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁸⁰ 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 lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 155.

²⁸² LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada, mediação e arbitragem. **Revista de Mediação e Arbitragem**, v. 10, janeiro de 2005, p. 40-42.

²⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 34

compromissória, a Lei de Arbitragem, por meio dos artigos 9º e 10²⁸⁴, prevê uma forma “rígida”²⁸⁵ para sua validade. A ausência de qualquer um dos dados elencados nos artigos, em princípio, resultará na nulidade do negócio jurídico²⁸⁶. Apesar dos itens do artigo 10 serem essenciais, podem as partes, conforme artigo 11 da lei de arbitragem²⁸⁷, estipularem outros dados em compromisso arbitral.

A primeira hipótese do compromisso arbitral celebrado em juízo é regulada pelo art. 7º da Lei nº 9.307/96 e ocorre quando a cláusula compromissória já existe, mas há resistência de uma das partes em relação à instituição da arbitragem. Nesse caso, a parte interessada pode ingressar em juízo requerendo que, para o cumprimento da declaração de vontade instituída na cláusula, seja celebrado o compromisso arbitral²⁸⁸

Sendo procedente o pedido de instauração do procedimento arbitral, a sentença judicial valerá como o compromisso arbitral, nos termos do § 7º, do artigo

²⁸⁴ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 105.

²⁸⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 197.

²⁸⁷ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁸⁸ 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 lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

7º, da Lei de Arbitragem²⁸⁹. No entanto, dependerá ainda da aceitação do árbitro para ser instituída a arbitragem²⁹⁰.

A segunda possibilidade de compromisso judicial foi prevista pelo §1º do artigo 9º da Lei nº 9.307/96, sendo vislumbrada quando as partes, em litígio na justiça comum, decidem optar pela arbitragem, mesmo sem ter acordado previamente a instituição de juízo arbitral para dirimir eventuais conflitos. Nesse caso, as partes, em comum acordo, optam por desistir do processo judicial e lavram o compromisso arbitral, manifestando a vontade de solucionar o conflito por meio da arbitragem²⁹¹.

Por sua vez, a terceira hipótese de compromisso arbitral, totalmente extrajudicial, vem regulada no § 2º do artigo 9º. Essa espécie de compromisso ocorre quando, mesmo não tendo sido firmada cláusula compromissória nem havendo demanda judicial tramitando no Poder Judiciário, as partes, voluntariamente, decidem que o conflito existente deve ser submetido à decisão de um árbitro, lavrando-se então o compromisso arbitral. Para a celebração de compromisso arbitral extrajudicial, exigiu o legislador, por cautela, forma solene, sob pena de nulidade²⁹². Assim, deverá o compromisso arbitral extrajudicial ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.²⁹³

Por fim, a quarta possibilidade de compromisso, em que, nos termos do art. 6º da mesma lei, havendo cláusula compromissória, sem, entretanto, haver acordo acerca da forma de instituição da arbitragem, a parte interessada manifesta à outra parte sua vontade de dar início ao juízo arbitral, convocando-a, com data, horário e local certos, para a lavratura do compromisso. No caso da parte adversa não

²⁸⁹ § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 165.

²⁹¹ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 190/191.

²⁹³ § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018).

comparar, a solução seria aquela prevista pelo parágrafo único do art. 6º, qual seja, a propositura da ação já referida de que trata o art. 7º da Lei de Arbitragem²⁹⁴.

Desta forma, como conclusão parcial, tem-se que do gênero convenção de arbitragem, derivam duas espécies: cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Em que pese suas diferenças formais, tem-se que a convenção arbitral possui duas eficácias diretas. A eficácia negativa, assim compreendida como uma renúncia à jurisdição estatal e a eficácia positiva, e a eficácia positiva, que garante a submissão do conflito objeto da convenção ao juízo arbitral.

Assim, após a apresentação do instrumento pelo qual as partes escolhem a arbitragem como forma definitiva de solução de controvérsias futuras ou atuais, passa-se à análise dos requisitos para submissão de um litígio à arbitragem.

2.3.3 Requisitos para Submissão de um Litígio À Arbitragem: Arbitrabilidade

O emprego da arbitragem somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam o seu emprego. Assim, não é qualquer litígio que está apto a ser resolvido por esse mecanismo de resolução de controvérsias, mas somente aqueles que satisfaçam os requisitos de admissibilidade impostos pela lei.

Usa-se o termo arbitrabilidade para se referir à aptidão genérica de uma determinada lide para que seja submetida à arbitragem. Em outras palavras, arbitrabilidade “é condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem”²⁹⁵. A arbitrabilidade condiciona a validade da convenção de arbitragem²⁹⁶ e, conseqüentemente, toda a arbitragem²⁹⁷.

²⁹⁴ 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. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acessado em 23 jan. 2018).

²⁹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 91.

²⁹⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 215. No mesmo sentido: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: **Direito Internacional Privado- Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁹⁷ À título ilustrativo: Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem;

De acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²⁹⁸. Desta forma, pela regra do artigo 1º da lei de arbitragem, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem, é necessário que estejam presentes as condições²⁹⁹ para a arbitrabilidade subjetiva e para a arbitrabilidade objetiva³⁰⁰.

Em estudo específico sobre o tema da arbitrabilidade, Eduardo Damiano Gonçalves sustenta, com base em farta doutrina estrangeira, que a arbitrabilidade refere-se “à pessoa (*ratione personae*), que, por razão relacionada com sua função ou sua natureza, não poderia ser submetida à solução de litígios pela via arbitral”, ao passo que a objetiva refere-se “às matérias (*ratione materiae*) sobre as quais o Estado, em razão de sua vinculação com fundamentos econômicos e sociais essenciais à coletividade, estima ser detentor do poder exclusivo de solucionar controvérsias³⁰¹. Vejamos as particularidades de cada uma delas.

(BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018)

²⁹⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁹⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 10 jan. 2018.

³⁰⁰ Sobre o tema, cabe destacar uma crítica tecida por Cândido Rangel Dinamarco: “Pensando bem, e vendo esses conceitos fora da cultura dos arbitralistas, a arbitrabilidade não é objetiva nem subjetiva. Falar em arbitrabilidade é falar na suscetibilidade de dado conflito à solução arbitral, e nada mais. O que há de objetivo e de subjetivo são as causas excludentes da arbitrabilidade, de modo que, ocorrendo uma delas, o conflito deixa de ser arbitrável ainda quando a outra não ocorra. Se a falta da chamada arbitrabilidade objetiva, isso basta para que o conflito não seja arbitrável. Se faltar a arbitrabilidade subjetiva dá-se o mesmo. Só a arbitrabilidade objetiva, sem a subjetiva, não basta para que haja uma concreta arbitrabilidade. O mesmo quando só está presente a arbitrabilidade subjetiva e não a objetiva. Vendo as coisas dessa maneira, o que se percebe é uma delimitação objetiva e uma delimitação subjetiva da arbitrabilidade, de modo que um conflito só será arbitrável quando estiver cumulativamente contido no âmbito de uma e de outra. Mas essa linguagem conta com absoluta aceitação e é pacificamente praticada na teoria da arbitragem, não havendo razão para afastá-la. Vale somente a observação aqui dirigida por um não arbitralista ao espírito dos não arbitralistas em geral, como contribuição ao melhor entendimento daqueles conceitos segundo uma boa lógica verbal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76). No mesmo sentido é a crítica de Diego Franzoni, o qual destaca que: “[...] em nossa opinião, a primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem é absolutamente inútil. Seu efeito prático consiste em repetição desnecessária de regras sobre capacidade, representação e assistência do Código Civil. É evidente que aqueles que são capazes de contratar podem se valer da arbitragem, seria um contrassenso se não pudessem. Ademais, mesmo por um ângulo objetivo, essa disposição não tem qualquer relevância, porque a transacionabilidade de um direito (capacidade de contratar sobre ele) também não é critério para arbitrabilidade objetiva.” (FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.77-78).

³⁰¹ GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 9. No mesmo sentido: LEMES, Selma M. F. **Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116 e seg. e GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitrabilidade no Direito**

2.3.3.1 Arbitrabilidade Subjetiva

Arbitrabilidade subjetiva tem relação direta com a capacidade das partes de contratar, de assumir direitos e obrigações no universo jurídico³⁰². Significa dizer que a arbitrabilidade subjetiva corresponde à necessidade das partes serem juridicamente capazes para participar da arbitragem³⁰³.

A capacidade jurídica está prevista no art. 1º do Código Civil de 2002³⁰⁴, e significa a “aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil”³⁰⁵. Trata-se da capacidade de direito, que é distinta da capacidade de fato³⁰⁶, que significa aptidão para o exercício dos direitos, desde que inexistentes as incapacidades relativas ou absolutas³⁰⁷, conforme dispõe o Código Civil de 2002³⁰⁸.

Diego Frazoni faz uma crítica no sentido de que “a primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem é absolutamente inútil” haja vista que “seu efeito prático consiste

Brasileiro e Internacional. **Revista de Direito Bancário**, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 12, abr./jun., 2001, p. 337-356.

³⁰² ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

³⁰³ LEMES, Selma M. F. **Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 116

³⁰⁴ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018)

³⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 1: Teoria Geral dos Direito Civil**. 27ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 153.

³⁰⁶ Segundo Francisco Amaral: “A capacidade de direito decorre apenas do nascimento com vida, para as pessoas físicas, e da observância dos requisitos legais de Constituição, para a pessoa jurídica”. (AMARAL, Francisco, **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 264).

³⁰⁷ JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de Arbitragem**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

³⁰⁸ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018).

em repetição desnecessária de regras sobre capacidade, representação e assistência do Código Civil”³⁰⁹.

Genericamente, portanto, podemos dizer que a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende da análise se as partes que pretendem utilizar a arbitragem: (i) firmaram compromisso arbitral; (ii) podem ser atingidos pelos efeitos do compromisso arbitral; e (iii) se tais efeitos podem lhes ser opostos coercitivamente³¹⁰.

2.3.3.2 Arbitrabilidade Objetiva

Arbitrabilidade objetiva, por sua vez, está relacionado à natureza da matéria submetida à arbitragem, funcionando como “filtro aos litígios e matérias que podem ser submetidos à arbitragem”³¹¹. Arbitrabilidade objetiva, portanto, representa um limite legal à arbitragem, de modo que “diante de um acordo de arbitragem referente a um litígio inarbitrável, é a própria fonte do poder dos árbitros que está viciada”³¹².

O campo da arbitrabilidade é definido no direito brasileiro³¹³ em função da patrimonialidade e da disponibilidade dos direitos em discussão³¹⁴. Nesse contexto, resta saber o significado da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” inserida na parte final do *caput* do art. 1.º da Lei 9.307/96. A doutrina destaca que o legislador brasileiro optou por um critério cumulativo, ou seja, o objeto do litígio deve ser disponível e patrimonial (e não patrimonial ou disponível ou vice-versa), sendo

³⁰⁹ São as palavras do citado autor: “[...] em nossa opinião, a primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem é absolutamente inútil. Seu efeito prático consiste em repetição desnecessária de regras sobre capacidade, representação e assistência do Código Civil. É evidente que aqueles que são capazes de contratar podem se valer da arbitragem, seria um contrassenso se não pudessem. Ademais, mesmo por um ângulo objetivo, essa disposição não tem qualquer relevância, porque a transacionabilidade de um direito (capacidade de contratar sobre ele) também não é critério para arbitrabilidade objetiva.” (FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.77-78).

³¹⁰ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.

³¹¹ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

³¹² GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 7. No mesmo sentido: LEMES, Selma M. F. **Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 123-124.

³¹³ João Bosco Lee, ao analisar a arbitrabilidade objetiva sob a ótica dos países do Mercosul, constata que dois são os critérios para defini-la: “a noção de transação e a livre disponibilidade dos direitos”³¹³. E conclui que a “definição de arbitrabilidade, como a de transação converge à mesma noção: a livre disponibilidade dos direitos”.(LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. São Paulo, n. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000, p. 348).

³¹⁴ STEIN, Raquel. **Arbitrabilidade no direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 108.

correto concluir que o tema da arbitrabilidade no Brasil é mais restrito do que em países que se valem da alternância de um ou de outro critério³¹⁵.

Consigna-se que o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 852³¹⁶, reforça tal premissa, e se harmoniza com a Lei de Arbitragem, ao vedar o compromisso arbitral para questões de estado, de direito pessoal de família e “de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Não há divergência na doutrina quanto à definição do critério da patrimonialidade. Selma Ferreira Lemes³¹⁷ entende que “direitos patrimoniais são aqueles que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender, etc.”.

No âmbito do Direito Civil, Caio Mário da Silva Pereira³¹⁸ entende que direitos patrimoniais seriam os avaliáveis pecuniariamente, fazendo parte de uma relação jurídica mensurável economicamente. No mesmo sentido é a doutrina de Orlando Gomes³¹⁹, segundo a qual, os termos “direitos patrimoniais” e “direitos extrapatrimoniais” são divisões da categoria jurídica dos direitos subjetivos, sendo, em regra, os primeiros suscetíveis de apreciação pecuniária, e, portanto, sujeitos à arbitragem, e os segundos não. A relevância prática da diferenciação está na sua transmissibilidade, existente nos primeiros e inexistente nos últimos.

Quanto ao critério da disponibilidade, contudo, o cenário se altera. A doutrina não encontra solução completamente satisfatória para sua conceituação. Em regra, relaciona-se o instituto da disposição com a capacidade jurídica do sujeito de emanar vontade, diretamente ou por intermédio de outrem legitimado para tanto, no sentido de perder ou modificar um direito ou relação jurídica³²⁰.

³¹⁵ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 173; LEMES, Selma M. F. **Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124.

³¹⁶ Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018)

³¹⁷ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficácia econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124.

³¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol1.

³¹⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87/88.

³²⁰ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 157, 162 e 183.

Para Carlos Alberto Carmona um direito é disponível quando ele pode ser ou não “exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”³²¹. Para o autor, portanto, seriam arbitráveis as causas que tratem sobre matérias das quais “o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”³²².

No mesmo sentido é a doutrina de Francisco José Cahali³²³, segundo o qual, a disponibilidade “[...] se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição [...]”³²⁴. Para o citado autor, as partes precisam ter “[...] poder de autorregulamentação dos interesses submetidos à arbitragem, podendo dispor sobre as mais diversas formas dos negócios jurídicos; são, pois, interesses individuais passíveis de negociação, ou seja, podem ser livremente exercidos[...]”³²⁵.

A doutrina portuguesa, como menciona António Sampaio Caramelo, considera disponível um direito “quando ele poder constituído e extinto por um ato de vontade de seu titular, ou seja, quando está sob o controle total do seu titular, de tal maneira que este pode fazer tudo a seu respeito, nomeadamente, aliená-lo e a ele renunciar”³²⁶.

Desta forma, entende-se que o artigo 1º da Lei Brasileira de Arbitragem estabelece que podem ser objeto de arbitragem, as controvérsias cujo Estado não tenha criado reserva específica por resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e que o bem objeto do litígio possa ser livremente transigível pelas partes³²⁷.

Nesse contexto, indaga-se como deverá um árbitro, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, portar-se em uma disputa na qual os litigantes tenham arguido, ainda que incidentalmente, questões relativas ao Direito Concorrencial, levando-se em consideração as características peculiares que distinguem esse ramo do Direito.

³²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 38.

³²² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 39.

³²³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 92-93.

³²⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 92-93.

³²⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6a. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 92-93.

³²⁶ CARMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisando o tema. **Revista de arbitragem e mediação**. M 27, out.-nov., 2010, p. 141.

³²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 39.

3 PARTE 2 - A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS QUE ENVOLVAM MATÉRIA CONCORRENCIAIS: *THE MEETING OF TWO BLACK ARTS*

O Direito Concorrencial e o instituto da arbitragem, como visto, são assuntos aparentemente contraditórios e incompatíveis, isto porque “a natureza pública do direito da concorrência e a especial importância dos seus princípios e finalidades tornam a sua arbitrabilidade questionável”¹.

De um lado, a arbitragem, como vimos, é um método de solução de disputas oriundo de uma criação da autonomia privada, tendo como sua base um acordo de vontade das partes para submeter um futuro ou atual litígio a um julgador privado, retirando os poderes do âmbito do juízo estatal. De outro lado, o Direito Concorrencial pode ser entendido como um conjunto de normas que tem por objetivo corrigir eventuais falhas de mercado por meio da restrição de atos e práticas que cerceiem o processo concorrencial.

Neste contexto, enquanto em matéria de arbitragem o que há é a consagração da liberdade de agir e o respeito à autonomia da vontade, o Direito Concorrencial se caracteriza por uma série de normas imperativas, que limitam a liberdade de atuação dos agentes econômicos, com vistas a impedir práticas capazes de distorcer o livre jogo da concorrência nos mercados². Assim, a autonomia privada, que cria a arbitragem, também pode estar sujeita ao controle do Estado por meio do Direito Concorrencial³.

No entanto, apesar das normas de Direito Concorrencial serem, de regra, de ordem pública, elas eventualmente se chocam com interesses de empresas que possuem cláusulas compromissórias em seus contratos submetendo o tratamento de tais matérias à arbitragem. E, como já verificado na primeira parte do presente

¹ TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: *the meeting of two black arts***. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 445.

² CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional** – Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 391

³ KOMMINOS, Assimakis. **Arbitration and EU Competition Law**. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017, p. 3.

estudo, havendo a pactuação de uma convenção de arbitragem, as partes renunciam à jurisdição estatal, levando os litígios para a via arbitral⁴.

Neste contexto, nesta segunda parte do trabalho, realizaremos uma análise do debate jurídico existente na utilização da arbitragem como método de resolução de disputas privadas que envolvam direito concorrencial. Mais especificamente, o objetivo do capítulo será de analisar a possibilidade jurídica (arbitrabilidade) da utilização do procedimento arbitral como alternativa para resolução de conflitos privados que envolvam matéria concorrencial no Brasil, bem como investigar as situações em que a arbitragem pode ser utilizada para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Brasil.

Com esta parte, espera-se atingir os outros três objetivos específicos da pesquisa, quais sejam: (b) analisar a possibilidade jurídica da utilização do procedimento arbitral (arbitrabilidade) como alternativa para resolução de conflitos privados que envolvam matéria concorrencial no Brasil; (c) analisar a possibilidade de aplicação das normas de Direito concorrencial brasileira pelos árbitros; e (d) investigar as situações em que a arbitragem pode ser utilizado para solucionar disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito brasileiro.

3.1 LIMITES PARA O USO DA ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO BRASIL

Hoje é aceito na literatura especializada que não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral no Brasil, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96⁵.

⁴RANZOLIN, Ricardo. **Controle Judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GTZ, 2011. p. 88.

⁵ Esta inclusive foi nossa conclusão em trabalho de conclusão defendido e aprovado pela Banca de Direito Comercial nesta Escola de Direito em 2014. (MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014).

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração⁶.

Nesse contexto, dois grandes questionamentos são importantes para que possa falar em utilização da arbitragem para resolver disputas concorrenciais no Brasil: (i) quais são os requisitos que autorizam o emprego da arbitragem para solução de disputas concorrenciais, de acordo com a legislação brasileira? (ii) tem o tribunal arbitral um poder e/ou um dever de aplicação das normas concorrenciais?

3.1.1 Arbitrabilidade do Direito Concorrencial Brasileiro

Como vimos na primeira parte do trabalho, o emprego da arbitragem somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam a sua utilização. Assim, não é qualquer litígio que está apto a ser resolvido por esse mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, mas somente aqueles que satisfaçam os requisitos de admissibilidade impostos pela lei.

De acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁷. Desta forma, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem, é necessário que estejam presentes as condições⁸ para a arbitrabilidade subjetiva e para a arbitrabilidade objetiva⁹.

⁶ O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso “ICL-Bromisa” (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso “ALL-Rumo” (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso “BM&FBovespa-Cetip” (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso “AT&T-TimeWarner” (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <<http://www.cade.gov.br>>

⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva**. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁹ Sobre o tema, cabe destacar uma crítica tecida por Cândido Rangel Dinamarco: “Pensando bem, e vendo esses conceitos fora da cultura dos arbitralistas, a arbitrabilidade não é objetiva nem subjetiva. Falar em arbitrabilidade é falar na suscetibilidade de dado conflito à solução arbitral, e nada mais. O que há de objetivo e de subjetivo são as causas excludentes da arbitrabilidade, de modo que, ocorrendo uma delas, o conflito deixa de ser arbitrável ainda quando a outra não ocorra. Se a falta da chamada arbitrabilidade objetiva, isso basta para que o conflito não seja arbitrável. Se faltar a arbitrabilidade subjetiva dá-se o mesmo. Só a arbitrabilidade objetiva, sem a subjetiva, não basta para que haja uma concreta arbitrabilidade. O mesmo quando só está presente a arbitrabilidade subjetiva e não a objetiva. Vendo as coisas dessa maneira, o que se percebe é uma delimitação objetiva e uma delimitação subjetiva da arbitrabilidade, de modo que um conflito só será arbitrável quando estiver cumulativamente contido no âmbito de uma e de outra. Mas essa linguagem conta com absoluta

Nesse contexto, indaga-se como deverá um árbitro (ou mesmo as partes e advogados no desenho de suas cláusulas ou compromissos ou os centros de arbitragem), sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, portar-se em uma disputa na qual os litigantes tenham arguido, ainda que incidentalmente, questões relativas ao Direito Concorrencial, levando-se em consideração as características peculiares que distinguem esse ramo do Direito.

3.1.1.1 Arbitrabilidade Subjetiva

Verificamos na seção 1.3.3 do presente trabalho que arbitrabilidade subjetiva tem relação direta com a capacidade das partes de contratar, de assumir direitos e obrigações no universo jurídico¹⁰. Significa dizer que, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende da análise se as partes que pretendem utilizar a arbitragem: (i) firmaram convenção arbitral; (ii) podem ser atingidos pelos efeitos do compromisso arbitral; e (iii) se tais efeitos podem lhes ser opostos coercitivamente¹¹.

Neste ponto, quando estamos diante de entes privados, a questão é saber se, em primeiro lugar, as partes que pretendem utilizar a arbitragem para resolver alguma disputa que envolva matéria concorrencial firmaram convenção arbitral. Ela pode ser uma cláusula compromissória contida em instrumento contratual existente entre as partes ou em acordo firmado com o CADE ou, ainda, um compromisso arbitral, por exemplo.

Por fim, deve-se analisar se os efeitos do compromisso arbitral podem ser opostos às partes coercitivamente, caso uma delas se recuse a se submeter à arbitragem. No caso, deve-se analisar se as partes tinham aptidão para o exercício

aceitação e é pacificamente praticada na teoria da arbitragem, não havendo razão para afastá-la. Vale somente a observação aqui dirigida por um não arbitralista ao espírito dos não arbitralistas em geral, como contribuição ao melhor entendimento daqueles conceitos segundo uma boa lógica verbal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76). No mesmo sentido é a crítica de Diego Franzoni, o qual destaca que: “[...] em nossa opinião, a primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem é absolutamente inútil. Seu efeito prático consiste em repetição desnecessária de regras sobre capacidade, representação e assistência do Código Civil. É evidente que aqueles que são capazes de contratar podem se valer da arbitragem, seria um contrassenso se não pudessem. Ademais, mesmo por um ângulo objetivo, essa disposição não tem qualquer relevância, porque a transacionabilidade de um direito (capacidade de contratar sobre ele) também não é critério para arbitrabilidade objetiva.” (FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.77-78).

¹⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

¹¹ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78

do direito de contratar no momento da pactuação do compromisso arbitral e se inexistiam quaisquer hipóteses de incapacidades relativas ou absolutas.

Questão a ser enfrentada nos próximos estudos é a possibilidade do CADE, como membro da Administração Pública, se submeter à arbitragem como parte. Trata-se de uma hipótese verossímil onde o CADE tenha alguma questão de direito patrimonial a ser resolvida.

Tal discussão torna-se ainda mais evidente com a publicação da Lei nº 13.129/2015, que instituiu as reformas na Lei de Arbitragem¹². Isto porque, com previsão legal, parece não haver mais dúvidas a respeito da capacidade dos entes da Administração Pública de se valerem da via arbitral para a solução de conflitos. Neste sentido é o § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015: “§ 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Significa dizer que mesmo as pessoas jurídicas de direito público - União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias - podem firmar convenções de arbitragem e resolver os conflitos correlatos por meio do procedimento arbitral.

E não há dúvida que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis¹³, entendidos como como direitos passíveis de negociação¹⁴. Não fosse assim, a Administração sequer poderia celebrar contratos¹⁵ e, tampouco poderia

¹² É bem verdade que outros diplomas legais já autorizaram expressamente o uso da arbitragem na composição de litígios entre a Administração Pública e os particulares. Sem pretender esgotá-los, vale citar a Lei n.º 10.233/2001, que trata do transporte aquaviário e terrestre, permitindo a inclusão no contrato de concessão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 35, inciso XVI); merece menção também a Lei n.º 11.079/2004, que disciplina o contrato de parceria público-privada, prevendo “o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem” (art. 11, inciso III); e a Lei n.º 8.987/1995, que foi alterada em 2005 para que dela constasse expressa autorização de inclusão no contrato de concessão comum “de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem” (art. 23-A).

¹³ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 6, p. 47-81, 2015.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, p. 252-264, 2013.

¹⁵ Para Marçal Justen Filho, “[...] o argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e

prevenir litígios de modo amigável, hipótese expressamente admitida na legislação¹⁶ ou mesmo encerrar litígios por transação, conforme prevê a Lei n.º 9.469/1997, isto porque, ao contratar, celebrar acordos ou pactuar transações a Administração Pública está dispondo de direitos de sua titularidade, o que não lhe autoriza, por óbvio, a dispor do interesse público em qualquer desses casos. Bem pelo contrário, ela só pode dispor de seus direitos para melhor atender ao interesse público¹⁷.

Na jurisprudência brasileira é firme o entendimento de que a Administração Pública pode recorrer à arbitragem para buscar a composição dos litígios de que seja parte. Merecem destaque quatro julgados, o primeiro do STF (Caso Lage¹⁸), mais antigo, e os outros três do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Caso AES Uruguaiana¹⁹; Caso Compagás²⁰ e Caso ANP²¹), mais recentes.

igualmente todos os contratos administrativos” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825).

¹⁶ São exemplos: decreto-lei n.º 3.365/1941, art. 10; Lei n.º 8.666/1993, art. 65, inciso II e art. 79, inciso II

¹⁷ “A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles” (GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: **Revista trimestral de direito público**. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 14-20, 2000, p. 20).

¹⁸ Discutia-se no processo a constitucionalidade do Decreto-lei n.º 9.521/1946, por meio do qual instituiu-se juízo arbitral para definir, dentre outras questões acessórias, o valor da indenização devida pela União ao Espólio de Henrique Lage, que tivera parte expressiva de seu patrimônio expropriada, “no interesse da defesa nacional”, por meio do Decreto-lei n.º 4.648/1942. no Caso Lage o STF reconheceu a constitucionalidade da arbitragem de modo claro e contundente, admitindo a via arbitral sempre que a Administração Pública possa “prevenir o litígio pela via transacional”, entendimento que é plenamente compatível com a Carta de 1988 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 52.181**. Relator: Bilac Pinto. Julgado em 14 de novembro de 1973. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>> Acesso em 21 mar. 2018.).

¹⁹ Em julgamento ocorrido em 2005, a Segunda Turma do STJ, por unanimidade de votos, reconheceu a validade de convenção de arbitragem constante de contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre uma sociedade de economia mista gaúcha, Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, e uma empresa privada, AES Uruguaiana Ltda (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 612.439/RS**. Relator: João Otávio de Noronha. Julgado em 25 de outubro de 2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=589042&num_registro=200302124603&data=20060914&formato=PDF> Acesso em 26 mar. 2018).

²⁰ Em julgamento ocorrido em 2011, o STJ reafirmou o entendimento de que é válida convenção de arbitragem celebrada por sociedade de economia mista, desta feita por decisão unânime da sua Terceira Turma. A discussão girava em torno da validade de compromisso arbitral celebrado entre a estatal Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás e o Consórcio Carioca Passarelli. Para invalidar o compromisso arbitral que firmara, a Compagás ajuizou ação declaratória de nulidade, ao final julgada improcedente pelo STJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.813/PR**. Relator: Nancy Andrighi. Julgado em 20 de outubro de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF> Acesso em 26 mar. 2018.).

Neste contexto, portanto, nos parece superada as objeções iniciais à utilização da arbitragem pela Administração Pública, dado o avanço da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos. Disso resulta a possibilidade de inserção de cláusula compromissória nos contratos com a administração pública – inclusive o CADE.

Abre-se um amplo leque de possibilidades para a utilização da arbitragem nos conflitos com a Administração Pública, permitindo-se a inserção da convenção arbitral não apenas nos contratos administrativos, mas também em convênios, acordos, contratos de gestão e termos de cessão e de permissão de uso, e assim por diante.

Passada essa análise da arbitrabilidade subjetiva, deve-se analisar, na próxima seção, se a matéria concorrencial se enquadra no conceito de Direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva).

3.1.1.2 Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial

Embora a presente pesquisa seja destituída, neste momento e por recorte metodológico, de um estudo e de uma metodologia específica de direito comparado²², há mais de 30 anos doutrinadores e tribunais, inclusive arbitrais²³, de diversas jurisdições vêm discutindo a arbitrabilidade da matéria concorrencial.

²¹ Em julgamento ocorrido em 2017, a primeira seção do STJ, por maioria, afirmou a validade da convenção de arbitragem celebrada pela Agência Nacional de Petróleo (ANP) e a Petrobras no Espírito Santo. Esta foi a primeira decisão reconhecimento a possibilidade da administração direta se submeter à arbitragem. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 139.519/RJ**. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 11 de outubro de 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518784&num_registro=201500766352&data=20171110&formato=PDF> Acesso em 26 mar. 2018.).

²² Embora o estudo de direito comparado seja método relevante, delimitou-se, neste momento, a análise apenas do Direito brasileiro. o tema será tratado especialmente em vista da realidade brasileira, tendo em consideração especialmente o estado atual da arbitragem no Brasil. Para isso, tomar-se-á em conta, especialmente, a legislação atinente às questões propostas e a doutrina do direito concorrencial e da arbitragem. Embora tanto o direito da concorrência como o instituto da arbitragem guardem de alguma semelhança nos ordenamentos jurídicos ao longo do planeta, não se pode ignorar que eles mantêm diferenças que podem ser substanciais, o que tornaria este trabalho muito mais complexo do que se pretende.

²³ Fouchard, Gaillard e Goldman ilustram diversos casos onde a arbitrabilidade de litígios concorrenciais foram debatidos no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (CCI), a saber: “*See the awards on various issues of EC law rendered under the ICC Rules in cases No. 6106 (1988 and 1991), U.S. company v. Italian company, No. 6709 (1992), German licensor v. French licensee, No. 7081 (1992), European company v. African organization, No. 7319 (1992), French supplier v. Irish distributor (ICC BULLETIN, Vol. 5, No. 2, at 44 et seq. (1994)) and in cases No. 6475 (1994), U.S. licensor v. French licensee, No. 6614 (1991), American company v. French company, No. 7181 (1992), Parties to a joint venture agreement for the development of software packages, No. 7673 (1993), French licensor v. Finnish licensee, ICC BULLETIN, Vol. 6, No. 1, at 51 et seq. (1995); ICC*

É por isso que, antes de se adentrar especificamente na análise da arbitrabilidade do Direito Concorrencial brasileiro, analisaremos alguns precedentes de Direito comparado que são relevantes, já que servem de contexto e mesmo pano de fundo para a discussão nacional.

3.1.1.2.1 Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial em Direito Comparado

Talvez não por acaso, mas justamente por ser o país o berço do Direito Concorrencial, bem como também pela larga utilização da arbitragem como meio adequado de solução de conflitos, o *leading case* sobre a arbitrabilidade de litígios que envolvam matéria concorrencial surgiu na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que analisou o tema ainda na década de 80 no célebre Caso *Mitsubishi*²⁴.

Antes de tal decisão, prevalecia na jurisprudência norte-americana o entendimento formado pela Corte de Apelação do Segundo Circuito, por ocasião do julgamento do Caso *American Safety*²⁵, de que uma disputa fundada em Direito Antitruste não constituía matéria de âmbito meramente privado, isto porque, segundo Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney “o *Sherman Act* foi concebido para promover o interesse nacional em uma economia competitiva e que os ilícitos concorrenciais podem afetar centenas de milhares de pessoas e infligir danos econômicos desestabilizadores”²⁶.

*Award No. 7539 (1995), French company v. Greek company, 123 J.D.I. 1030 (1996), and observations by Y. Derains. For a refusal to apply U.S. antitrust law extraterritorially, see ICC Award No. 6773 (1992), Belgian and U.S. companies v. Luxembourg and Italian companies, ICC BULLETIN, Vol. 6, No. 1, at 66 (1995). See also the ad hoc award rendered in Geneva on June 30, 1994, supra, note 450, in which there is a long discussion of the arbitrability of EC antitrust law and the respective positions of the Commission and the arbitrators.” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 412).*

²⁴ BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration and Competition Law: The Position of The Courts and of arbitrators. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 10 jan. 2018.p. 51-87.

²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals Second Circuit. **American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.** 391 F.2d 821. Disponível em: <<http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>>. Acessado em: 18 jan. 2018.

²⁶ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional** – Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 404

Laurence Idot²⁷ elenca os principais motivos que levavam os julgadores norte-americanos a considerar inabitáveis os litígios concorrenciais:

Três principais razões justificam a impossibilidade de submeter essas disputas à arbitragem: a natureza de política pública do direito antitruste; o fato de que o sistema judicial foi melhor equipado para lidar com a complexidade do litígio antitruste; e o risco de que árbitros favorecessem os interesses das empresas no interesse geral da matéria. Somado a isso foi o fato de que os árbitros não têm os mesmos recursos que o juiz, especialmente em termos de investigações. (Tradução nossa)

Desta forma, entendiam os Tribunais norte-americanos que o legislador não pretendia que tais disputas fossem resolvidas em qualquer outro foro que não o judicial. Assim, no curso de um procedimento arbitral, se qualquer das partes amparasse seu pleito em normas de direito concorrencial, a lide seria necessariamente cindida, com o prosseguimento da arbitragem relativamente aos demais fundamentos, devendo as partes remeter a solução da matéria concorrencial ao órgão estatal competente.²⁸

Ocorre que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 2 de julho de 1985, em um processo relatado pelo Justice Blackmun, envolvendo, de um lado, a *Mitsubishi Motors Corp.* (“*Mitsubishi*”), uma *joint-venture* entre a *Mitsubishi Heavy Industries, Inc.* e a *Chrysler International S.A.* e, de outro, sua revendedora de veículos localizada em Porto Rico, a *Soler Chrysler-Plymouth Inc.* (“*Soler*”)²⁹, precisou discutir a eventual possibilidade de questões concorrenciais virem a ser discutidas em sede de júízo arbitral.

Tal litígio se deu porque a *Mitsubishi Motors Corp.*, com o intuito de vender automóveis da marca *Mitsubishi* através dos agentes da Chrysler fora dos Estados Unidos da América, fez um contrato de distribuição com um agente da Chrysler em Porto Rico, acordo este que continha uma convenção de arbitragem. O acordo corria

²⁷ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 jan. 2018, p. 55.

²⁸ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Júízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional** – Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 404/405.

²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Supreme Court. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>>. Acessado em: 17 jan 2018.

bem, até que a empresa Soler começou a diminuir o nível das suas vendas, decidindo então, a *Mitsubishi*, suspender o envio de automóveis.

Assim, a *Mitsubishi* propôs uma ação judicial no *Federal District Court*, pedindo que a Soler fosse obrigada, de acordo com a Lei Federal de Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque, a tratar o litígio por via arbitral. A Soler defendeu-se alegando, entre outros fundamentos, uma violação das leis americanas da concorrência (*Sherman Act*). O referido tribunal julgou favoravelmente a ação, decidindo que as partes deveriam iniciar o processo arbitral, sendo o tribunal arbitral competente para analisar as questões de concorrência³⁰.

Após recurso, o caso chegou à Suprema Corte norte-americana, que percebendo que o critério da arbitrabilidade estava sendo amplamente aplicado para afastar as partes do tribunal arbitral, ou seja, espécie de sabotagem, decidiu que as questões de concorrência eram arbitráveis. Ou seja, a Suprema Corte norte-americana, por maioria, rejeitou a pretensão da Soler em não se submeter à arbitragem, enaltecendo a opção do legislador norte-americano pela validade e efetividade das cláusulas arbitrais.

Para Laurence Craig, William Park e Jan Paulsson³¹, um dos principais propósitos dessa decisão foi o de impedir a sabotagem do procedimento arbitral, através do desencorajamento dos réus a inventar espúrios argumentos de Direito Antitruste para tentar subtrair do alcance da arbitragem a apreciação da demanda.

Desta forma, diante de princípios aparentemente antagônicos que informam de um lado a arbitragem, e de outro o Direito Concorrencial, tem-se que, através deste *leading case*, a corte suprema dos EUA revelou a prevalência da intenção do legislador norte-americano em prestigiar a manifestação de vontade das contratantes em solucionar suas disputas através do juízo arbitral, mesmo em se tratando de questões protegidas por normas legais imperativas.

Desta forma a jurisprudência norte-americana da arbitrabilidade de disputas relativas a matéria concorrencial divide-se em antes e depois do célebre Caso *Mitsubishi*, tornando-se uma tendência mundial, uma vez que “sob a influência do

³⁰ O resumo foi extraído de: WEINTRAUB, Russel J. *International litigation and arbitration: Practice and Planning*. Durham: Carolina Academic Press, 1997, p. 71/79; e de TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 452/454.

³¹ CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. e PAULSSON, Jan. “*International Chamber of Commerce Arbitration*”. Paris: Oceana Publications Inc. e ICC Publishing S.A., 1990., 2ª ed., p. 86.

caso *Mitsubishi*, tribunais inferiores têm favorecido a aplicação de acordos internacionais de arbitragem mesmo quando alegações de direito público são feitas”³².

O caso norte-americano importa ao brasileiro porque a regra do *private Litigation* prevista no artigo 47 da Lei Antitruste brasileira tem o mesmo racional que a legislação americana de estimular monitoramento do cumprimento da legislação antitruste por agentes privados.

Esta decisão da Suprema Corte Norte-Americana acabou influenciando outras decisões de Tribunais judiciais ao longo do planeta. Abaixo, ilustra-se três.

A primeira foi tomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³³. É fato que o Tribunal de Justiça da União Europeia nunca diretamente considerou que litígios que implicam direito comunitário da concorrência são arbitráveis. No entanto, levou indiretamente a questão no emblemático caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*³⁴.

Em 1995, a *Benetton* instaurou em um tribunal de Haia uma ação pedindo a anulação de uma sentença arbitral que a condenou a pagar 29 milhões de dólares à *Eco Swiss*, com diversos fundamentos, entre eles a violação do artigo 81.º do Tratado da União Europeia³⁵, uma vez que entendia que tal preceito deveria ser

³² WEINTRAUB, Russel J. *International litigation and arbitration: Practice and Planning*. Durham: Carolina Academic Press, 1997, p. 79.

³³ Nos termos do artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”. (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)**. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf>. Acessado em: 10 fev. 2018).

³⁴ ROGERS, Catherine A.; LANDI, Niccolò. **Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe**. *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01; Corcorrenza e Mercato*. Milão, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962334>. Acessado em: 10 fev. 2018, p. 4.

³⁵ O artigo 81 do Tratado de Roma fazia parte das regras que tratavam sobre o direito antitruste na União Europeia. Atualmente esta matéria é regulada pelos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)**. Disponível em: <

considerado norma de ordem pública do direito holandês. Em 1997, o Tribunal Superior Holandês decide utilizar o mecanismo de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do antigo Tratado de Roma³⁶.

Em 1999, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a regra antitruste contida no Tratado faz parte da ordem pública e que, se a lei do Estado onde a ação de anulação corria, consagrava a violação de ordem pública como fundamento de anulação de decisão arbitral, tal decisão devia ser anulada com esse fundamento. Caso não preveja, não há que se falar em anulação³⁷. Apesar do fato de que o Tribunal de Justiça da União Europeia não ter expressamente afirmado a arbitrabilidade dos litígios que envolvam Direito Concorrencial, “a grande maioria dos doutrinadores consideram que no caso *Eco Swiss* o Tribunal considerou como arbitráveis as disputas, em princípio, mesmo que o direito comunitário da concorrência implique em política de ordem pública”³⁸.

A segunda foi tomada no ano de 2005, em uma decisão do *English High Court (Commercial Court)*, no Caso Eurotunnel (ET Plus SA v Welters). Neste caso, a *English High Court* também confirmou a arbitrabilidade de litígios em que estivesse em causa dos artigos 81.º e 82.º do Tratado de Roma³⁹, uma vez que, nas palavras do tribunal: “Não há dúvida de que tais litígios de “concorrenciais” ou “antitruste” são arbitráveis”⁴⁰.

making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf>. Acessado em: 10 fev. 2018).

³⁶ TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011. p. 455.

³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. ***Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV***. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?ELX_SESSIONID=wF1WTByLLPXnfZX14XnNhKsTsxVxkfvK6wffl5XWJWKFI LxvQ3xql-732300313?isOldUri=true&uri=CELEX:61997CJ0126#CO>. Acessado em: 28 jan. 2018.

³⁸ Tradução nossa. No original: “the vast majority of the commentators regard the *Eco Swiss* as inferring that the Court considers them as arbitrable in principle, even if EC competition law implicates public policy”, ROGERS, Catherine A.; LANDI, Niccolò. **Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe**. Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01; Corcorrenza e Mercato. Milão, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962334>. Acessado em: 10 fev. 2018, p. 4.

³⁹ JAMES BRIDGEMAN. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008. p. 158.

⁴⁰ Tradução nossa. No original: “There is no realistic doubt that such “competition” or “anti-trust” claims are arbitrable (...)”. INGLATERRA; PAÍS DE GALES. High Court of Justice (Commercial Court). **ET Plus SA & Ors v Welter & Ors [2005] EWHC 2115 (Comm)**. Julgado em 07 de Novembro de 2005. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2115.html>. Acessado em: 10 fev. 2018.

A terceira foi tomada em 2008, pelo Tribunal de Apelação de Milão⁴¹, na Itália, que confirmou a arbitrabilidade das reivindicações da lei de concorrência, incluindo quaisquer divergências que possam surgir entre as partes sobre a validade de um acordo em conformidade com as normas de concorrência do Direito Concorrencial da União Europeia⁴².

Embora os cinco casos citados estivessem analisando uma legislação diferente da brasileira, eles constituem um marco nos estudos de arbitragem antitruste, uma vez que deixam a marca de que litígios relativos a direitos com regimes de ordem pública são inarbitráveis *per se*. No caso específico do presente trabalho, estas decisões jurisprudenciais ainda são mais relevantes, na medida em que tratam precisamente a respeito das questões de Direito da Concorrência. Isto porque a partir destas decisões é ponto assente que as questões de concorrência são arbitráveis⁴³. Não é à toa que Fouchard, Gaillard e Goldman⁴⁴, destacam que “um grande número de sentenças arbitrais têm reconhecido a arbitrabilidade de controvérsias envolvendo questões de direito antitruste” (tradução nossa).

3.1.1.2.2 Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial Brasileiro

Voltando ao caso da legislação brasileira, objeto do presente trabalho, a questão da arbitrabilidade objetiva, como vimos, se pauta pelos critérios de disponibilidade de direitos e patrimonialidade⁴⁵.

Com efeito, diferentemente de outros países, a legislação brasileira não previu de forma expressa a vedação *per se* de arbitragem envolvendo temas de ordem pública⁴⁶. Neste sentido, Ricardo de Carvalho Aprigliano ressalta que é um

⁴¹ ITÁLIA. *Court of Appeal of Milan. Istituto Biochimico Italiano v Madaus A.G.*. Julgado em 13 de setembro de 2002.

⁴² TALBORT, Conor C. **Arbitration and Competition Law: The Potential Role of Ireland in the Privatisation of Competition Law**. In: *Hibernian Law Journal* 2014, nº 1, p. 137-158. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2464619>. Acessado em 10 fev. 2018.

⁴³ TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011. p. 456.

⁴⁴ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: *Kluwer Law International*, 1999. p. 341; BRIDGEMAN, James. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008. p. 154.

⁴⁵ O assunto foi tratado na seção 1.3.3 do presente trabalho.

⁴⁶ São 3 as referências à “ordem pública” na Lei nº 9.307/96, mas nenhum desses dispositivos diz respeito à arbitrabilidade:

equivoco afirmar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável. Para o autor, a origem da confusão que existe está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados. Segundo o autor, "Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis"⁴⁷. Pedro Batista Martins, no mesmo sentido, adverte que é um engano considerar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável, pois "ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível"⁴⁸.

Desta forma, não há, *per se*, uma exclusão de matérias que interessem à ordem pública do litígio arbitral.⁴⁹ Nessa esteira, nos termos do artigo 1º da LBA, o campo da arbitrabilidade é definido no direito brasileiro em função da patrimonialidade e da disponibilidade dos direitos em discussão.

O problema, como vimos, reside no fato de que: (i) o Direito Concorrencial brasileiro, é regulado pela Lei 12.529/11, considerada imperativa e de ordem pública com o objetivo de tutelar direitos difusos, pertencentes à coletividade, extrapolando, portanto, a órbita individual. Em outras palavras, trata-se de um direito de todos, mas de ninguém individualizadamente; e (ii) o conteúdo imediato do Direito Antitruste não é de natureza patrimonial, de maneira que, além de ultrapassar a esfera individual, não podem os litigantes transigir sobre os direitos.

I. O artigo 2º, §1º, o qual limita-se a impedir a escolha de regras que violem a ordem pública;
 II. O inciso II do artigo 39, o qual, por sua vez, dispõe não ser passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça uma sentença arbitral estrangeira proferida em ofensa à ordem pública nacional; e
 III. O parágrafo único do mesmo artigo 39, o qual afasta a possibilidade de alegação de ofensa à ordem pública em matéria de citação. Nenhum desses dispositivos diz respeito à arbitrabilidade.

Assim, a ordem pública no critério adotado pelo direito brasileiro serve como "um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade do litígio. Ou seja, a imperatividade *per se* não é um óbice à submissão do litígio à arbitragem, já que o árbitro poderá aplicar tais normas durante o transcurso do procedimento.

⁴⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 53.

⁴⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

⁴⁹ Ressalta-se que, no mesmo sentido da autora, Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura Rangel Ney destacam que "a lei brasileira não exclui as 'matérias de ordem pública' do objeto possível de um procedimento arbitral". (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. **Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral**. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003)

Assim, tendo-se em vista que o legislador brasileiro optou que só podem ser objeto de arbitragem no Brasil os “direitos patrimoniais disponíveis”, poder-se-ia chegar à conclusão lógica de que foge aos domínios de uma arbitragem substituir-se às autoridades, administrativas ou judiciais, na aplicação do Direito da Concorrência, uma vez que o Estado reservou o papel de guardião de uma determinada ordem econômica ao Tribunal Administrativo do CADE ou ao Poder Judiciário.

No entanto, como vimos, não se pode ignorar que os agentes econômicos sempre devem ser vistos como responsáveis pelas consequências prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem, inclusive quando ilícitas à luz do Direito Antitruste. Ou seja, embora o Direito Antitruste, em sua essência, proteja a coletividade contra desvios (abusos) no mercado, seria inaceitável imaginar que o prejuízo individual (cliente, concorrente, consumidor) pudesse ser inteiramente subsumido, em termos privados, à sanção administrativa.

Desta forma, evidente que a defesa da concorrência não se faz apenas no âmbito do CADE⁵⁰. Por este motivo, o artigo 47 da lei 12.529/11 legitima que os sujeitos prejudicados, com efeitos na esfera privada, por infração à ordem econômica possam pleitear na esfera judicial, visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática da infração.

Nos termos da Lei 12.529/11, portanto, tem-se que a tutela administrativa do Direito Antitruste não esgota as ações em face dos infratores da legislação concorrencial, especialmente para o ressarcimento de cada indivíduo lesado, ou seja, enquanto o Processo Administrativo perante o CADE tem como objeto a imposição de multa por infração administrativa, a ação judicial visa à reparação dos danos causados ou a cessação da conduta.

Enquanto a aplicação direta do Direito Antitruste perante o CADE visa a proteção de direitos da coletividade, o prejudicado que busca reparação de seus prejuízos, com fundamento no artigo 47 da lei 12.529/11, está em defesa de um direito individual ou individual homogêneo⁵¹.

Assim, no que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, à luz do artigo 47 da Lei Antitruste brasileira, observa-se que não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de

⁵⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

⁵¹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, novembro 2013, pp. 11-31.

ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96. A indisponibilidade do Direito Concorrencial, portanto, “encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual”⁵².

Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração⁵³.

No âmbito acadêmico, encontrou-se pelo menos 9 publicações discutindo arbitrabilidade objetiva do Direito concorrencial brasileiro, sendo que todos os autores foram enfáticos a confirmarem a arbitrabilidade. O quadro abaixo resume o posicionamento dos autores.

Figura 3 – Arbitrabilidade Objetiva do Direito Concorrencial Brasileiro

AUTOR / ANO PUBLICAÇÃO	ARBITRABILIDADE OBJETIVA DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO
Pedro Paulo Salles Cristofaro; e Rafael de Moura Rangel Ney (2003)	“há uma forte inclinação em atribuir-se aos árbitros a competência para decidir controvérsias que envolvam a aplicação de normas de Direito da Concorrência”
José Gabriel Assis de Almeida (2008)	“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”
Isabel Vaz (2009)	“Não existem, ao que se sabe, precedentes no Direito Brasileiro, embora, <i>en passant</i> , alguns arbitralistas, ao discorrerem sobre a arbitragem, se refiram à possibilidade do recurso a essa jurisdição para solucionar questões antitruste”
Daniela Gabbay; e Ricardo Pastore (2014)	No que diz respeito à violação à ordem econômica, poder-se-ia pensar à primeira vista que tal matéria seria indisponível, o que também não é verdade, especialmente quando se está tratando de demandas reparatórias ajuizadas pelas partes prejudicadas para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, o que pode ocorrer independentemente do inquérito ou processo administrativo (tal como previsto no art. 47 da Lei n. 12.529/2011)
Danilo Brum de Magalhães Júnior (2014)	Ocorre, no entanto, que o Direito da Concorrencial brasileiro, embora público na sua natureza, gera direitos cujos titulares são particulares ou situações jurídicas que podem ser tuteladas ou exercidas por privados, havendo, nestas hipóteses, grandes indícios acerca da possibilidade jurídica de aplicação de normas de Direito antitruste pelo juízo arbitral no contexto brasileiro, desde que haja um compromisso arbitral entre as partes.
Bruno Bastos Becker (2015)	A questão da arbitrabilidade de questões concorrenciais parece já ter sido superada em âmbito internacional e nacional, admitindo-se, no Brasil, que árbitros decidam a respeito de questões concorrenciais (...)
Rodrigo Camargo Cavalcanti (2015)	A ausência de previsão legal sobre a utilização da arbitragem pelo CADE não se mostra, enfim, nenhum obstáculo, já que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional o impede de fazê-lo
Yane Dantas (2017)	A conclusão a que se chega é a de que a arbitragem pode ser utilizada por empresas e indivíduos, uma vez que a lei antitruste permite que os prejudicados busquem indenização perante o Judiciário, mas não os força a fazê-lo, o que demonstra que esse direito pode ser livremente disposto e, portanto, podem também ser sujeitos a negociação e resolução pela via arbitral
Lucas Moreira Jimenez (2017)	Em vista disso, a doutrina brasileira é praticamente uníssona em reconhecer que, por maioria de razão, aqueles legitimados a pleitear reparação por infração à ordem econômica na esfera judicial estão igualmente legitimados a recorrer à esfera arbitral.

Fonte: Elaborado pelo autor⁵⁴.

⁵² ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 203

⁵³ O CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em atos de concentração. A saber: 1) Caso “ICL-Bromisa” (Processo nº 08700.000344/2014-47); 2) Caso “ALL-Rumo” (Processo nº 08700.005719/2014-65); 3) Caso “BM&FBovespa-Cetip” (Processo nº 08700.004860/2016-11); e 4) Caso “AT&T-TimeWarner” (Processo nº 08700.001390/2017-14). Os 4 casos serão abordados ao longo do presente trabalho. O inteiro teor das decisões pode ser acessado em <http://www.cade.gov.br>.

Verifica-se, portanto, que apesar da questão da arbitrabilidade do Direito Concorrencial não ter sido objeto de intenso debate no Judiciário brasileiro, muito possivelmente porque o contencioso envolvendo matéria concorrencial ainda é incipiente no Brasil⁵⁵, há um claro sinal por parte da doutrina e da autoridade concorrencial do Brasil no sentido de ser possível a utilização do procedimento arbitral no direito antitruste⁵⁶, sendo até recomendável por parte da autoridade concorrencial o fomento de tal prática, em razão dos benefícios dela advindos⁵⁷. Caso tal matéria simplesmente fosse considerada como não arbitrável, “haveria um

⁵⁴ Os posicionamentos foram retirados das obras a seguir listadas: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008; VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 16. São Paulo, 2009, p. 353-385; 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; MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro**. 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014; BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018; CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015; DANTAS, Yane Pitanguera. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, pp. 231-246, 2017; JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

⁵⁵ Esta foi a conclusão alcançada no relatório sobre o Brasil que integrou outro estudo da OCDE sobre o *enforcement* privado do Direito Concorrencial – *Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*. Uma das razões apontadas pelo relatório é a falta de familiaridade de juízes com a matéria em questão, que ainda impera no judiciário brasileiro: “Also, on the side of the judiciary itself, the prolonged time that appeals can take within the Brazilian judiciary and judges’ lack of familiarity with antitrust strongly contribute to discourage actions for damages.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. **Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil**. Paris, 2015, p. 3. 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 30 jan. 2018).

⁵⁶ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 242.

⁵⁷ Neste sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>. Acessado em: 17 fev. 2018.

enorme potencial para manobras táticas objetivando interferir nos efeitos apropriados de uma convenção de arbitragem”⁵⁸.

Adverte-se, contudo, que nos sistemas jurídicos em que é feita uma distinção entre disputadas baseadas no direito do contrato e em leis de responsabilidade civil extracontratual (contractual law vs. tort law) – como no Brasil -, há necessidade de interpretar se a convenção de arbitragem existente em relação contratual abrange a questão de responsabilidade civil extracontratual. Em geral, as convenções de arbitragem são elaboradas amplamente, de modo a cobrir todos os litígios decorrentes ou relacionados ao negócio jurídico a ele submetido, o que afastaria essa discussão – pelo menos em tese. No entanto, a partir da análise das peculiaridades do caso, o Tribunal arbitral deverá analisar se está no escopo da convenção de arbitragem a análise de responsabilidade civil extracontratual, quando suscitado pelas partes.

Portanto, no atual panorama da legislação brasileira, é possível concluir pela possibilidade jurídica de utilização da arbitragem (arbitrabilidade) para resolução de conflitos privados, que em alguma medida esbarram em questões concorrenciais, cabendo ao árbitro, na análise do caso em concreto, analisar, ainda, se a disputa travada entre as partes está no escopo da convenção de arbitragem por elas firmada.

3.1.2 Aplicação do Direito Concorrencial Pelo Árbitro: Faculdade ou Dever?

Tendo sido estabelecida a possibilidade do Direito Concorrencial ser invocado e aplicado em uma arbitragem, volta-se a atenção para uma questão cujo tratamento é necessário para que se avance na discussão proposta: o árbitro tem o dever ou somente a faculdade de aplicar o Direito Concorrencial?

De acordo com o que foi dito acima parece lógico que tem o dever, contudo pode haver dúvidas a respeito da abrangência da competência do tribunal arbitral. A dificuldade implicada no questionamento acima decorre de um aparente conflito entre o mandato do árbitro de julgar e decidir a lide a ele submetida e os termos do mandato concebido pelas partes que o indicaram, sendo recorrente o entendimento de que o árbitro deve fidelidade primariamente às partes.

⁵⁸ DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p.162.

Para analisarmos a questão, imaginemos três situações hipotéticas exemplificativas, tendo as três, como premissa, que foram pactuadas em uma relação comercial doméstica entre duas empresas:

- (i) Na primeira hipótese, as partes pactuam na convenção de arbitragem - ou no termo de arbitragem - que eventuais condutas anticompetitivas praticadas por qualquer das partes relacionadas ao contrato seriam dirimidas por procedimento arbitral.
- (ii) Na segunda hipótese, em sentido contrário, as partes fazem – seja no contrato, na cláusula compromissória, compromisso arbitral, termo de arbitragem e/ou qualquer outro instrumento - menção expressa ao afastamento da aplicabilidade do Direito Concorrencial, estabelecimento de imunidade concorrencial entre as partes contratantes em face dos comportamentos anticompetitivos.
- (iii) Na terceira hipótese, embora as partes nada tenham referido na convenção ou no termo de arbitragem sobre a aplicação do Direito Concorrencial e nem tenham feito qualquer pedido que possibilitasse a aplicação do Direito Concorrencial, o tribunal arbitral se depara com uma situação em que há necessidade de aplicar normas concorrenciais.

Na primeira hipótese, onde as partes pactuaram a determinação para que o árbitro aplique o Direito Concorrencial, pouca dúvida resta quanto à possibilidade do árbitro apreciar e julgar matéria concorrencial. Isto porque, como se sabe o princípio da autonomia da vontade está na base da existência e do desenvolvimento da arbitragem no direito brasileiro (e estrangeiro).

Como visto na primeira parte do trabalho, da autonomia da vontade decorre também a flexibilidade inerente à arbitragem, estando as partes autorizadas a definir as regras do procedimento que guiará a resolução do conflito, sendo essa uma das grandes vantagens do instituto.

Assim, a fim de que respeito à vontade das partes, deverá o árbitro aplicar as normas de Direito Concorrencial nos casos em que as partes pactuaram a determinação para que o árbitro aplique o Direito Concorrencial⁵⁹.

⁵⁹ 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**

Mas a liberdade às partes não é plena na lei de arbitragem brasileira. Ela é limitada, de um lado, “pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas”⁶⁰. É por isso que a análise da segunda e da terceira hipóteses são mais complexas e dependem da interpretação da expressão ordem pública⁶¹ disposta na Lei de Arbitragem. Em outras palavras, a questão é saber a forma que serão tratadas as normas de ordem pública no caso concreto.⁶²

Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 208.

⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 64

⁶¹ A 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). A qualificação de certas normas como de ordem pública tem, um valor teórico para justificar, no plano político e filosófico, a conduta do legislador. No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de ordem pública tem sido definido pelos doutrinadores com o objetivo de concretizar o amplo conteúdo da redação do artigo 166 do Código Civil, incorporando, hoje, dois aspectos: o aspecto socioeconômico, ou seja, as leis relacionadas ao desempenho do bem-estar econômico e social, tais como Direito da Concorrência, Direito do Consumidor, Direito Previdenciário e Direito das Sucessões; e o aspecto moral, que inclui a organização fundamental da família e do Estado, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, Direito de Família. Ricardo de Carvalho Aprigliano, em estudo da ordem pública em sua tese de doutorado, chegou às seguintes conclusões: “1. A ordem pública tem sido considerada como o conjunto de princípios que refletem os valores fundamentais de uma determinada sociedade. Estes valores, que se encontram na sua base, sofrem modificações conforme o tipo de sociedade, o tempo e o lugar, mas de modo geral estão associados com aspectos morais, sociais, econômicos e religiosos desta mesma sociedade. 2. A par de constituir um verdadeiro princípio, de feições universais e aplicação a diferentes ramos do direito, a ordem pública também se constitui, em um plano mais concreto, como um conjunto de regras, que justamente procuram dar cumprimento ao princípio mais geral da ordem pública. Tais regras apresentam elementos centrais, que são a existência de interesse público marcante, a cogência absoluta e a imperatividade destas normas, do que resulta a impossibilidade de transação ou de qualquer ato de disposição a seu respeito, ressalvada a expressão meramente econômica de tais conteúdos. Para identificar a presença da ordem pública, será sempre necessário investigar a presença destes elementos”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 53). Essa é a razão pela qual as regras antitruste operam, como ordem pública econômica, com o escopo de limitar a vasta liberdade das partes envolvidas nos negócios – em nome da própria proteção do mercado (e não no sentido de se fazer justiça distributiva ou política social de proteção da parte mais fraca).

⁶² Reitera-se que a legislação brasileira não previu de forma expressa a vedação de arbitragem envolvendo temas de ordem pública. A arbitragem, aliás, convive tranquilamente com a ordem pública, devendo ser afastada qualquer conclusão no sentido de que, se a matéria envolver normas ou preceitos de ordem pública, não pode ser submetida à arbitragem. Neste sentido, Ricardo de Carvalho Aprigliano ressalta que a é um equívoco afirmar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável. Para o autor, a origem da confusão que existe entre a está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados. Segundo o autor, “Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 53) Pedro Batista Martins, no mesmo sentido, adverte que é um engano considerar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável, pois “ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto

Desse contexto, como se observou na primeira parte do trabalho, o Direito Concorrencial brasileiro tem caráter eminentemente público e é comumente associado à noção de ordem pública⁶³ sendo as suas normas consideradas como normas imperativas.

Tanto a ordem pública, como as normas imperativas⁶⁴ interferem na aplicação da lei normalmente aplicável a uma dada relação jurídica, os dois conceitos atuam de modo e em momentos diferentes. Assim, a ordem pública seria invocada visando afastar lei ou decisão contrária ao seu conteúdo, enquanto que a norma imperativa seria aplicada preventivamente, visando justamente resguardar a coerência da ordem pública à qual esteja associada⁶⁵. Uma boa distinção entre leis imperativas e leis de ordem pública é feita por Esther Engelberg, para quem “as leis imperativas, isto é, aquelas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, é que podem

direito indisponível”. (MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4).

⁶³ Calixto Salomão Filho identifica a ordem concorrencial com o que chama de “Constituição Econômica” de um Estado, ou seja, o conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômico de um dado país. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, 1ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 37-38). Eros Grau, por sua vez, traz o conceito de “ordem pública econômica”, a qual compreenderia o conjunto de medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012, p. 60).

⁶⁴ Entende-se normas imperativas (por vezes também chamadas por disposições cogentes, preceptivas, coativas, absolutas, leis de polícia ou *lois de police*) como aquelas regras, de aplicação obrigatória, que impõem ou vedam determinada conduta no âmbito de um ordenamento jurídico. Sua característica reside em impor-se à vontade dos particulares, não lhes permitindo regular determinada situação por forma diversa. Neste sentido, o artigo 166, do Código Civil, assevera que a disposição do contrato que ferir a ordem pública ou lei imperativa deve ser considerada nula. Na visão de Pontes de Miranda, o direito cogente, impositivo ou proibitivo é aquele que a vontade dos particulares não pode alterar. Logo, uma vez formado o suporte fático, haverá incidência automática da regra jurídica, ainda que o interessado ou todos os interessados não o queiram. Tais normas são caracterizadas por ordenar ou proibir alguma coisa; por determinar, em certas circunstâncias, a realização de uma ação ou abstenção; por sistematizar a categorização de determinado fato ou estado subjetivo, sem admitir alternativas, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta. No plano teórico, a justificativa para a sua existência é a regulamentação de determinadas relações ou estados da vida social que não podem ser deixados ao arbítrio individual, já que tutelam interesses fundamentais da sociedade diretamente relacionados ao bem comum. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 56).

⁶⁵ Joaquim Muniz adverte que o conceito de ordem pública “engloba as normas e princípios que, em determinado momento histórico, refletem os valores essenciais de uma sociedade e que, por isso, merecem especial proteção do ordenamento jurídico”. Para o autor, “em sua faceta positiva, a ordem pública visa à afirmação dessas normas, princípios e valores essenciais. Em sua faceta negativa, impede a eficácia de lei estrangeira, o reconhecimento de ato judicial, administrativo ou arbitral proveniente de outra jurisdição e qualquer outra forma de aplicação de regras de direito estranhas ao ordenamento jurídico local que venham de encontro a tais normas, princípios e valores essenciais”. (MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral: teoria e prática**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 77).

ser de duas categorias: umas visam os indivíduos, outras a sociedade, protegendo um interesse geral. Estas últimas são as leis de ordem pública”⁶⁶.

As normas imperativas, em síntese, são aquelas em que o imperativo jurídico não abre aos particulares quaisquer fissuras, retirando-lhes o poder de dispor de acordo com certas conveniências⁶⁷. Em outras palavras, compõem a antítese da autonomia privada, ou seja, não permitem a formação do conteúdo dos negócios jurídicos a ela vinculados e, por vezes, obrigam os interessados a adotar determinada conduta ou a fazer uso de uma forma prescrita em lei. Não autorizam, também, que as partes excluam do campo de abrangência de determinados negócios a produção de certos efeitos jurídicos, difundindo-se, entre essas relações jurídicas, o princípio da inserção automática do conteúdo de determinados contratos, e assim por diante⁶⁸.

A partir dessas explicações, denota-se que as normas de Direito Concorrencial, por serem imperativas, se impõem de modo absoluto, irretorquível, não sendo possível a sua derrogação pelos particulares. Elas indiscutivelmente limitam e condicionam o domínio da autonomia da vontade. No plano do direito material, representam uma limitação à liberdade de contratar, impõem restrições às partes no que toca à disponibilidade de seus direitos⁶⁹.

Significa dizer, na prática, que os cidadãos que entabularem qualquer tipo de contrato sob o ordenamento jurídico brasileiro devem respeitar as normas concorrenciais, por serem ordem pública. As disposições que desrespeitarem tal disposição poderão ser consideradas nulas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Naturalmente, o esforço para evitar o abuso do poder econômico deve estar em equilíbrio com outros princípios aceitos pelo sistema jurídico, dentre os quais, o desenvolvimento da economia e a riqueza do país.

⁶⁶ ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 75.

⁶⁷ Silvio Rodrigues ensina que “norma cogente é aquela que por atender mais diretamente ao interesse geral não pode ser alterada pela convenção entre os particulares. São preceitos que interessam diretamente à ordem pública, à organização social, e que por isso o legislador não transige em que se suspenda sua eficácia. As partes não podem, através de convenção, ilidir a incidência de uma norma cogente”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16).

⁶⁸ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 69

⁶⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 21.

O que se conclui, assim, é que o Direito Concorrencial é entendido como um componente da ordem pública do Estado brasileiro, que tem como fundamento básico a proteção da livre concorrência e da estrutura de mercado (consumidores e eficiência)⁷⁰. Ou seja: proteção da concorrência, e não dos concorrentes.

Na mesma linha, as normas que compõe o Direito Concorrencial são consideradas como normas imperativas, na medida em que são de aplicação obrigatória e que se mostram essenciais para a preservação da organização econômica do Estado.

É por isso que José Gabriel de Almeida, ao comentar especificamente sobre o Direito brasileiro, é enfático ao afirmar que “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”⁷¹. Para o citado autor, o direito da concorrência deveria ser, inclusive, aplicado de ofício pelo tribunal arbitral.⁷²

Neste contexto, não restam dúvidas que o árbitro possui uma obrigação de aplicar o Direito Concorrencial. Neste sentido, foram as conclusões do relatório produzido pela OCDE na pesquisa “Arbitragem e Concorrência”:

Os árbitros têm, sem dúvida, o dever de aplicar o direito da concorrência, e é esperado que assim o faça. No passado, foram levantadas dúvidas sobre os deveres dos árbitros, com o argumento de que a arbitragem está sujeita à autonomia da vontade das partes, de maneira que os árbitros não deveriam, portanto, ir além do que as partes desejam. No entanto, se os sistemas legais permitirem que os assuntos de direito da concorrência sejam arbitrados, isso deve vir com a expectativa de que os árbitros apliquem a lei da concorrência.”⁷³

⁷⁰ No mesmo sentido, Herbert Hovenkamp, um dos grandes teóricos do Direito Concorrencial norteamericano atualmente, afirma categoricamente que “federal antitrust law represents the public economic policy of the United States” (HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3^o ed. West Group, 2005, p. 766).

⁷¹ 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.

⁷² Nas palavras do autor: “Um corolário da aplicação obrigatória do direito da concorrência é a aplicação de ofício desse mesmo direito. Pode acontecer que as partes não invoquem, perante o tribunal arbitral, o direito da concorrência. Mesmo assim, o tribunal arbitral está vinculado á aplicação do direito da concorrência, que deve ser invocado de ofício pelo referido tribunal”. (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).

⁷³ No 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

Luca Radicati di Brozolo⁷⁴ destaca que uma das justificativas na origem do reconhecimento da arbitrabilidade do Direito Concorrencial é a presunção de que árbitros são tão capazes de lidar com este ramo do direito quanto juízes, e o farão imperativamente se necessário. Assim, fica difícil conceber que o Poder Judiciário anule uma sentença arbitral por ser *ultra petita* ou contrária à vontade das partes neste contexto.⁷⁵

Voltando à análise das hipóteses lançadas no início da presente seção, tem-se que deverá ser considerada nula a estipulação pelas partes que vise ao afastamento da aplicabilidade do Direito Concorrencial no procedimento arbitral⁷⁶, não vinculando o árbitro de forma alguma.⁷⁷

Isto porque, como vimos, o Direito Concorrencial, na qualidade de norma imperativa e integrante da ordem pública, seria de aplicação obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em uma arbitragem, sendo insuscetível de afastamento pelas partes⁷⁸.

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." (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 10 jan. 2018. p. 13).

⁷⁴ DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p. 193.

⁷⁵ JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 228-229.

⁷⁶ Neste sentido se coloca Eduardo Damiano Gonçalves, para quem "o árbitro pode decretar a nulidade de um acordo contrário às regras de ordem pública da concorrência, mas ele não pode determinar a aplicação de multas em razão da violação da legislação antitruste" (GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 153).

⁷⁷ Neste sentido ver: PINTO, Débora. **The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process**. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p. 14; e DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p. 192.

⁷⁸ Neste sentido, pertinente é a lição da doutrina dos professores Jonas Lew, Loukas Mistellis e Stefan Kroll: *'It is a feature of public policy that it is not left to the disposition of the parties.'* (LEW, Jonas; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, p. 488). Luca Radicati di Brozolo vai além, afirmando que um árbitro que concorda em deixar de aplicar o Direito Concorrencial atendendo a pedidos das partes corre o risco de ser pessoalmente responsabilizado por auxiliar e instigar uma conduta ilegal. O autor adiciona que, segundo o Direito Concorrencial europeu, por exemplo, árbitros em tais situações poderiam ser considerados "instrumentos de conduta anticoncorrencial" (DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p. 192). Existem autores que destacam situações em que não é claro o dever do árbitro de aplicar o Direito Concorrencial, à medida que a própria violação da lei antitruste não é evidente, e que fazê-lo seria arriscar contrariar a autonomia das partes e extrapolar o mandato outorgado por estas (KURKELA, Matti S. *Competition laws in international arbitration: the may, the must, the should and the should not*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 4, 2005, p. 144).

Uma outra observação que deve ser feita sobre o tema é o fato de que as questões concorrenciais que surgirem em procedimentos arbitrais “deveriam ser levantadas ao longo do procedimento, ao invés de se dar na decisão final, de forma a garantir a resposta adequada das partes e evitar que sejam surpreendidas com a decisão”⁷⁹, especialmente quando não invocadas pelas partes. Isto porque, a posição dos árbitros é consideravelmente mais delicada do que aquela do Poder Judiciário, órgão do Estado com um dever inquestionável de aplicar o Direito Concorrencial e que não precisam se preocupar com a efetivação de seus julgamentos⁸⁰.

Neste sentido, a OCDE, no relatório produzido na pesquisa “Arbitragem e Concorrência, concluiu que ainda que os árbitros tenham o dever de aplicar a lei de concorrência, eles devem, no julgamento dos casos, validar essa questão junto às partes logo no início do procedimento, quando são definidas as questões objeto do litígio, embora a aplicação da lei em si não esteja sujeita à autonomia da vontade das partes:

As partes e qualquer árbitro envolvido no procedimento devem concordar que a questão da concorrência faça parte da arbitragem. Uma questão de concorrência não pode de repente ser colocada nas etapas finais do procedimento, e as partes devem estar cientes que uma questão de concorrência provavelmente será levantada na arbitragem. Na linha da decisão do caso *Eco / Swiss*, do Tribunal de Justiça Europeu, parece que o movimento é para um dever sobre os árbitros para levantar questões legais em processos de arbitragem, apesar de alguns permanecerem hostis a qualquer dever de aplicar leis de concorrência⁸¹

⁷⁹ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 264;

⁸⁰ Lucas Moreira Jimenez, neste sentido, estudando a aplicação do Direito Concorrencial na arbitragem internacional destaca que os árbitros “terão de levar em conta um conjunto mais geral - e mais pragmático - de considerações no intuito de precisar a fonte do dever de aplicar o Direito Concorrencial no caso concreto”. A principal delas, na visão do autor, seria “o dever de produzir uma sentença exequível, isto é, o dever do árbitro de se assegurar - até onde for razoável - que a sentença prolatada ao final de um procedimento arbitral não seja passível de anulação na sede da arbitragem ou não execução em qualquer outra jurisdição”, o que significa dizer que há “um dever de diligência mínima por parte do árbitro, traduzido na ideia de que deve ele envidar os melhores esforços para produzir uma sentença exequível”. Outro ponto de atenção é que o árbitro deve evitar “se tornar cúmplice de uma violação ou burla ao direito, o que também pode ser visto como um dever de não compactuar com condutas que o façam”. (JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 235-236)

⁸¹ No original: “*The parties and any other arbitrators involved in the procedure need to agree that the competition issue forms part of the arbitration. A competition question cannot suddenly be brought into the process at the final stages, and the parties should be able to see from the case file that a*

Assim, é recomendado que: (i) a invocação do Direito Concorrencial pelo árbitro seja feita apenas na presença de provas robustas no procedimento, de que o direito da concorrência seria de fato aplicável ao caso e de que a falha em levá-lo em consideração resultaria em uma violação séria⁸²; e que (II) a questão da aplicação do Direito Concorrencial seja levantada o quanto antes, oportunizando-se às partes “se manifestarem sobre o tema de forma ampla, de forma a permitir uma fundamentação cuidadosa da sentença adiante no procedimento”⁸³, mitigando, assim, acusações pelas partes de violação ao devido processo legal.

Por fim, como última observação, entende-se que o árbitro deverá aplicar a lei dentro da sistemática da Lei 12.529/11. Ou seja, a lei deve ser aplicada em sua totalidade, e não em retalhos. Já virou clássica, a propósito, a citação de Eros Grau no sentido de que “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”⁸⁴.

Neste contexto, as partes devem atentar para escolha de um árbitro que conheça o Direito Concorrencial, porque a aplicação da Lei 12.529/11 depende da pré-compreensão do direito material antitruste, que tem uma lógica econômica e jurídica distinta, já que visa a regulação de agentes econômicos atuantes em diversos mercados.

Nesse ponto, deve-se destacar a impossibilidade de dissociação entre o Direito e a Economia⁸⁵ para o enfrentamento de litígio na seara do Direito

competition issue is likely to be raised in the arbitration. In following the Eco/Swiss decision of the European Court of Justice, it would seem the movement is towards a duty on arbitrators to raise legal issues in arbitration proceedings, despite some remaining hostile to any duty to apply competition laws.” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 12 jan. 2018. p. 13).

⁸² DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p. 193.

⁸³ JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 229.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40.

⁸⁵ O diálogo entre Direito e Economia adquiriu importância com as publicações de Ronald H. Coase (*The problem of social cost*, em 1960), de Richard Posner (*Economic analysis of law*) e de Guido Calabresi (*The cost of accidents*). Neste sentido, a disciplina do Direito e Economia pode ser compreendida como “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídicopolíticas” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51). Ou seja, tem-se que a Análise Econômica do Direito é capaz de fornecer aos juristas um padrão normativo útil de avaliação do Direito e das políticas públicas empregadas, uma vez que, tendo em vista o objetivo de proteção e promoção de valores sociais essenciais, torna-se imperiosa a utilização da Economia para o conhecimento dos efeitos das leis sobre esse objetivo (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito &**

Antitruste⁸⁶. Com efeito, é a definição do mercado relevante que indicará a estrutura de mercado em jogo (se monopólio, oligopólio ou concorrencial). A estrutura de mercado define se se está diante de empresas com poder econômico que não se submetem às leis de mercado ou não. É justamente essa falha de mercado que indicará a necessidade de intervenção do Estado. Sem isso não há processo antitruste. E, como tal, conceitos aplicados ao mercado e ao seu funcionamento, importados da economia, seja da teoria da firma, seja da macroeconomia, devem ser observados quando do enfrentamento de disputas desta natureza, além da própria noção de estrutura do mercado e organizacional em que se dá o embate.⁸⁷

Conclui-se parcialmente, portanto, que o árbitro possui um dever de aplicar o Direito Concorrencial na sua integralidade, ou seja, dentro da sistemática da Lei 12.529/11, inclusive de ofício, se necessário, mas jamais surpreendendo as partes, porque as normas que compõe o Direito Concorrencial são consideradas imperativas e componente da ordem pública brasileira, o que significa dizer que são de aplicação obrigatória diante da importância que se mostram essenciais para a preservação da organização econômica do Estado brasileiro.

3.1.3 Os Limites da Atuação do Árbitro em Face das Autoridades Estatais de Defesa da Concorrência

Verificado um amplo entendimento acerca da arbitrabilidade e do dever do árbitro de aplicar o Direito Concorrencial, surge uma nova discussão. Quais são os limites da competência do árbitro em aplicar o Direito Concorrencial? A presente seção, assim, tratará sobre a demarcação entre as esferas de competência do árbitro e das autoridades de defesa da concorrência.

Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26). Para Rachel Sztajn, “a relação entre Direito e Economia perpassa todo o espectro de Direitos patrimoniais, notadamente propriedade, contratos e responsabilidade civil, havendo quem a projete até mesmo para o campo delitual penal e relações de família e sucessão” (SZTAJN, Rachel; ZYLBERZSTAJN, Décio. **Direito & Economia**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005, p. 82).

⁸⁶ Para aprofundamento de estudos sobre Análise Econômica do Direito Antitruste, sugere-se a leitura de: MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação de Mestrado. Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Brasília, 2014.

⁸⁷ A bem da verdade a disciplina da análise econômica do Direito ou do Direito e Economia (*law and economics*) nasce justamente do Direito Econômico sobretudo pela essencialidade da discussão de alguns conceitos econômicos tornados jurídicos pela legislação concorrencial, fundamentalmente aqueles ligados às estruturas de mercado (oligopólio, monopólio, concorrência perfeita). É dali que sairão conceitos empregados no direito econômico.

Verificou-se nas seções anteriores⁸⁸ que, nos termos da Lei 12.529/11, a tutela administrativa do Direito Antitruste, perante o CADE, não esgota as ações em face dos infratores da legislação concorrencial. A legislação reservou competências criminais e civil, especialmente para o ressarcimento de cada indivíduo lesado com fundamento no artigo 47 da lei 12.529/11. Neste contexto, no que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, observou-se que não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96.

Em outras palavras, o CADE apenas detém monopólio de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 12.529/11. As sanções de natureza privada (direitos individuais), foram delegadas ao Poder Judiciário e poderão ser levadas à arbitragem, caso as partes assim desejem.

Mas qual é o limite entre as esferas de competência do árbitro e das autoridades de defesa da concorrência? Definir a linha demarcatória entre a jurisdição exclusiva das autoridades estatais e a esfera de competência do árbitro nem sempre é tão evidente.

A OCDE, nas conclusões do relatório da pesquisa sobre Arbitragem e Concorrência concluiu que “um árbitro não pode impedir autoridades de concorrência de exercerem seus próprios poderes para fazer cumprir o direito da concorrência”⁸⁹. Para a OCDE, o árbitro “só pode intervir para determinar as consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial”⁹⁰.

Significa dizer que, na prática, de maneira geral, o árbitro pode determinar consequências de direito civil pela violação do direito concorrencial por uma das

⁸⁸ Neste sentido ver a seção 1.1.2.2 do presente trabalho, na qual se verificou a existência do *private enforcement* na legislação antitruste brasileira.

⁸⁹ No original: “[...] *an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law.*” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11).

⁹⁰ No original: “[...] *arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law.*” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11).

partes⁹¹ (*ex post allocation* ou controle de condutas⁹²), excluindo do escopo do árbitro matérias de *public enforcement*⁹³. Ou seja: o árbitro não pode investigar e punir uma conduta de cartel e impor aos seus participantes multas em benefício da sociedade, mas somente determinar o ressarcimento de uma parte lesada pelos danos sofridos em razão da prática anticompetitiva⁹⁴.

Existe a discussão acerca da possibilidade do árbitro de, além de aplicar as sanções pecuniárias de ordem civil, reconhecer a contrariedade de determinada conduta com o Direito Concorrencial, determinando a invalidade/nulidade de contrato ou cláusula com base neste julgamento. Aqui, a solução parece ser largamente positiva, na medida em que é permitido às cortes estatais reconhecer em ilicitude de condutas em caráter incidental, não havendo razão para se entender em sentido diverso com relação ao juízo arbitral.⁹⁵

Os árbitros ainda detêm um espaço, embora muito limitado, para aplicação *ex ante allocation* do Direito Concorrencial⁹⁶ (controle de estruturas). A competência exclusiva do CADE no âmbito de um sistema de notificação prévia de operações⁹⁷ afasta a possibilidade de envolvimento da arbitragem para o controle preventivo⁹⁸. Mas isso não impede que haja um espaço para aplicação do instituto da arbitragem no controle de condutas, especificamente atribuído e delineado pelo CADE para

⁹¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11

⁹² A atuação repressiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi tratada na primeira parte do presente trabalho na seção 1.1.2.1.2 do presente trabalho.

⁹³ PINTO, Débora. **The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process**. Tese de Mestrado, Maastricht University, 2016, p. 7.

⁹⁴ Neste sentido: “o árbitro pode decretar a nulidade de um acordo contrário às regras de ordem pública da concorrência, mas ele não pode determinar a aplicação de multas em razão da violação da legislação antitruste” (GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 153). No mesmo sentido é o entendimento de JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 229.

⁹⁵ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 59.

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 11

⁹⁷ A atuação preventiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi tratada na primeira parte do presente trabalho na seção 1.1.2.1.1 do presente trabalho.

⁹⁸ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 58.

cumprimento de obrigações contidas em Acordos de Atos de Concentração ou Termo de Cessação de Condutas.

De modo geral, portanto, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *enforcement* privado do Direito Concorrencial, embora haja um apertado espaço para utilização no *enforcement* público, o que é normalmente incentivado pelo SBDC⁹⁹. De fato, entende-se que uma cultura disseminada de “litígio concorrencial” funciona como um importante desestímulo à prática ou tolerância de condutas anticompetitivas, colaborando para o fortalecimento da ordem concorrencial como um todo, com os conhecidos benefícios resultantes para a sociedade.

Dentro deste contexto, entende-se que o árbitro pode reconhecer e aplicar as consequências civis de uma violação ao Direito Concorrencial, sem tratar de leis e matérias que resvalam na esfera administrativa ou criminal da disciplina, isto porque, o árbitro só pode atuar naquilo que não interfira com a jurisdição exclusiva da autoridade de defesa da concorrência.¹⁰⁰

Assim, um árbitro não pode impedir autoridades do SBDC (ou do Ministério Público e Poder Judiciário em caso de crime) de exercerem seus próprios poderes sancionatórios para fazer cumprir o direito da concorrência em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica (esfera administrativa ou criminal). A esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com

⁹⁹ Este entendimento foi expressado pelo CADE no âmbito do Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, de relatoria do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, que apurou a existência de um cartel no setor de gases medicinais e condenou as empresas envolvidas ao pagamento de multas que totalizaram R\$ 2,3 bilhões: “Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdição estrangeiras. Nos Estados Unidos, onde a lei estabelece que os prejudicados por um cartel têm [sic] direito a um valor equivalente a três vezes a indenização ordinariamente cabível, a litigância privada já se transformou em peça chave de política de defesa da concorrência no país. Trata-se de mais um desestímulo à infração da lei. No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados.” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9ATHgaX0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn> Acesso em 13 jan. 2018.).

¹⁰⁰ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 58.

a atuação administrativa do CADE. Além disso, os árbitros devem observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei 12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.

Conclui-se parcialmente, portanto, que há uma complementaridade entre o poder do SBDC e o poder do árbitro. O primeiro (SBDC) possui monopólio da aplicação de sanções administrativas por violação à ordem econômica, mas não com relação às consequências civis, que são exercidas pelos “prejudicados” perante o Poder Judiciário ou arbitragem.

Vejamos, na próxima seção, situações práticas que a arbitragem poderá, à luz da legislação nacional, ser utilizada como meio adequado de resolução de disputas que envolvam matéria concorrencial.

3.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DE QUESTÕES CONCORRENCIAIS EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Verificadas as condições para arbitrabilidade de disputas que envolvam matéria de direito concorrencial, o dever do árbitro de aplicar as normas deste microsistema e os limites entre a jurisdição exclusiva das autoridades estatais e a esfera de competência do árbitro, passa-se a analisar as situações que a arbitragem poderá, à luz da legislação nacional, ser utilizada como meio adequado de resolução de disputas em matéria concorrencial.

De modo geral, qualquer assunto de Direito da concorrência pode surgir no contexto de demandas privadas, desde “cartéis até abuso de posição dominante, subsídios estatais e controle de fusões”¹⁰¹. As questões concorrenciais podem aparecer “como objeto central do litígio, ou podem surgir de forma incidental na instrução do procedimento; podem surgir após a decisão do CADE ou do Poder Judiciário a respeito da conduta anticoncorrencial, ou podem surgir sem que haja qualquer suspeita pelas autoridades competentes da existência da conduta”¹⁰².

¹⁰¹ DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p.162.

¹⁰² BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 257.

De maneira mais prática, a arbitragem poderá ser utilizada para, dentre outros temas¹⁰³: (i) definir, sob o ponto de vista do direito civil, as responsabilidades reparatórias de cada uma das partes em razão da prática de um ilícito concorrencial; (ii) pleitear a cessação (tutela inibitória) de práticas que constituam infração da ordem econômica que tenham influência em relação contratual entre as partes; (iii) quantificações de danos por práticas reconhecidas pelo SBDC ou pelo Poder Judiciário como anticompetitivas; (iv) decidir questões contratuais derivadas de decisão judicial ou administrativa da autoridade antitruste; (v) implementação de remédios antitruste pelo CADE em sede controle de estruturas.

Ou seja, a arbitragem pode ser utilizada: (i) como meio para *enforcement* privado do Direito concorrencial por agentes privados; e (ii) uma ferramenta para as autoridades concorrenciais (SBDC) aplicarem o Direito concorrencial. Embora existam semelhanças entre ambas as formas, existem também diferenças significativas¹⁰⁴. Portanto, passa-se à análise detalhada das hipóteses de incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais, dividindo-as de acordo com a classificação acima.

3.2.1 *Enforcement* Privado por Meio da Arbitragem: Arbitragem em Controle de Condutas

Viu-se anteriormente que, de maneira geral, o árbitro pode determinar consequências de direito civil pela violação do direito concorrencial por uma das partes (*ex post allocation*). De modo geral, portanto, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *enforcement* privado do Direito Concorrencial.

As demandas, neste contexto, podem aparecer “tanto como uma defesa (como um escudo, conforme dito por vezes) quanto como o fundamento de uma demanda (como uma espada)”¹⁰⁵.

¹⁰³ O rol é de autoria nossa e meramente exemplificativo.

¹⁰⁴ Neste sentido também entende a OCDE: “A distinction should be drawn between arbitration as (i) a means for individuals to privately enforce competition law and (ii) a tool for competition authorities in their public enforcement of competition law. While similarities exist between both forms, there are also significant differences” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018, p. 11).

¹⁰⁵ DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010, p.162.

Como matéria de defesa, o Direito Concorrencial pode ser invocado por uma das partes, ao longo do procedimento, tanto no sentido de afastar um compromisso arbitral ou anular um procedimento arbitral, quanto no sentido de invalidar um contrato ou cláusula objeto da controvérsia¹⁰⁶. Neste sentido, concorda-se com Lucas Jimenez¹⁰⁷ que é cada vez mais difícil de persuadir juízes ou árbitros a anularem compromissos arbitrais ou procedimentos arbitrais conforme se consolida o entendimento pela arbitrabilidade do Direito Concorrencial.

Nas situações em que o Direito Concorrencial é o fundamento de uma demanda, leva-se a conhecimento do árbitro a existência de um ilícito concorrencial e, de regra, cabendo ao árbitro analisar consequências civis da violação ao Direito Concorrencial, sejam elas ou não previamente reconhecidas pelas autoridades do SBDC e/ou pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, Débora Pinto¹⁰⁸ categoriza as demandas em dois grupos, as chamadas demandas “*follow-on*”¹⁰⁹ e demandas “*stand-alone*”¹¹⁰. Nas primeiras, as vítimas postulariam indenização contra o infrator com quem teve uma relação contratual pré-existente; já as segundas são demandas autônomas, que não se apoiam no reconhecimento prévio de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades concorrenciais.

¹⁰⁶ Como exemplo dessa situação, a doutrina traz o caso de uma disputa em que se discute perdas e danos decorrentes de descumprimentos contratuais - tipicamente em um contrato de distribuição, licenciamento ou cooperação - e a parte requerida alega a nulidade ou invalidade de todo ou parte do contrato com base no Direito Concorrencial aplicável (a avença pode estipular uma cláusula de não concorrência em desacordo com as normas vigentes, prever a divisão de mercados ou combinação de preços, etc.). KOMMINOS, Assimakis. **Arbitration and EU Competition Law**. University College London, Department of Law. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017.

¹⁰⁷ JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 225.

¹⁰⁸ PINTO, Débora. **The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process**. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p 11-12.

¹⁰⁹ Para a autora, as demandas classificadas como *follow-on* são aquelas propostas após uma condenação ou instauração de uma investigação de dada conduta anticoncorrencial, normalmente na esfera criminal ou administrativa. O exemplo clássico seria o caso de condenação de um grupo de empresas por prática de cartel que motiva a propositura de demandas indenizatórias por partes lesadas e que possuem uma relação contratual com empresas autoras do dano, contendo uma cláusula arbitral. (PINTO, Débora. **The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process**. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p 11-12).

¹¹⁰ Para a autora, as demandas classificadas como *stand-alone* constituem ações autônomas, que não se apoiam no reconhecimento prévio de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades concorrenciais. Nesta hipótese, a matéria concorrencial pode constituir o fundamento da demanda, traduzindo-se na alegação da parte requerente de que a conduta da parte requerida é ilegal ou ilícita, pois contrária ao Direito Concorrencial aplicável (por exemplo, a cobrança de perdas e danos oriundos de uma relação contratual no âmbito da qual teriam havido violações ao direito da concorrência, como a prática de preços abusivos, a venda casada, etc.). PINTO, Débora. **The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process**. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p 11-12).

Complementando esta ideia, Bruno Becker, classifica as hipóteses de incidências de condutas colusivas em procedimentos arbitrais em três categorias : (i) arbitragens cujo objeto do litígio compreenda condutas – colusivas ou unilaterais – ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; (ii) arbitragens cujo objeto do litígio seja condutas – colusivas ou unilaterais – que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; (iii) arbitragens nas quais as condutas – colusivas ou unilaterais – sejam identificadas de forma incidental. Para o citado autor, cada uma das hipóteses “possuem consequências e desfechos distintos”¹¹¹.

Fato comum é que a aplicação privada do Direito Concorrencial se dá de maneira autônoma em relação ao *enforcement* público da ordem concorrencial e possui requisitos próprios¹¹². Tais requisitos traduzem particularidades que decorrem da aplicação deste ramo do direito, marcado pelo interesse público, na tutela de direitos de particulares, bem como da relação com outras áreas do direito, como o Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, etc.¹¹³.

Neste sentido, a lei 12.529/11 não disciplina tais ações previstas no art. 47, que são, portanto, regidas pela legislação civil (tanto em direito material, como processual). Assim, ações de cessação de conduta anticoncorrencial se regem pelas regras atinentes às obrigações de fazer ou não fazer – art. 247 a 251 do Código Civil, art. 516, parágrafo único e art. 536 e seguintes do Código de Processo Civil–, a depender do meio utilizado na prática infracional, enquanto ações de indenização

¹¹¹ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 258.

¹¹² Isto porque, em uma dimensão coletiva, a legislação brasileira protege a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 36, da LBDC), reprime o aumento arbitrário de lucros e o abuso de posição dominante (art. 173, §4º, da Constituição Federal), protegendo o consumidor coletivamente considerado contra tais abusos (art. 1 e 36, III, da LBDC). Mas a proteção individual, previsto no art. 47 da lei 12.529/11, faculta entes privados – “os prejudicados” – a instrumentalizarem as normas concorrenciais de forma a buscar reparação pelos danos por sofridos – isto é, mantém-se o standard de aplicação, preserva-se a dimensão coletiva do mandato do SBDC, mas cria-se uma via através da qual particulares podem buscar reparação pela lesão em seu direito individual, causada pela conduta que violou (ou poderia ter violado) o direito em sua dimensão coletiva. Assim, em resumo, a proteção individual é apenas e tão somente um derivado e um reflexo da proteção coletiva. (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013).

¹¹³ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 211.

por perdas e danos em decorrência de ilícitos concorrenciais enquadram-se nas normas relativas a responsabilidade civil nos art. 927 e seguintes do Código Civil.¹¹⁴

Neste sentido, encontram-se reguladas pelo ordenamento jurídico comum, aplicáveis à aplicação privada do direito antitruste, os requisitos para as ações, a mensuração do dano e o ônus da prova e a autonomia e a relação da pretensão cível e as esferas penal e administrativa.

Os requisitos gerais para o *enforcement* privado, como de regra, são a prática de ato ilícito, o dano e o nexo causal¹¹⁵. Podem haver particularidades com relação a cada um destes elementos (ilícitos concorrenciais que possuem uma disciplina própria, mensuração do dano e ônus da prova que podem variar em razão do tipo da infração), mas todos devem estar presentes no caso concreto para viabilizar o *enforcement* privado, como bem observa Marcus de Freitas Gouvêa:

O ato ilícito é condição indispensável de qualquer sistema de aplicação do direito antitruste e o dano e o nexo causal são condições de legitimidade, pois a parte que não sofreu prejuízo em decorrência do ilícito concorrencial não faz jus à indenização nem tem interesse na cessação da conduta. De fato, ausentes estes elementos, não há que se falar em sistema privado de aplicação do direito antitruste, que depende do prejuízo do particular.¹¹⁶

Deve-se observar que o ilícito concorrencial pode apresentar semelhanças com ilícitos de outros microssistemas do ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁷. Entretanto, se não se fizerem presentes os requisitos do ilícito concorrencial, notadamente o poder de mercado e o efeito anticompetitivo da conduta, a ação cível não deverá seguir as regras do direito concorrencial, mas aquelas próprias de cada

¹¹⁴ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 211.

¹¹⁵ Neste sentido: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013, p. 19; e GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 212.

¹¹⁶ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 213.

¹¹⁷ Marcus de Freitas Gouvêa observa que o ilícito de que cuidamos deve ser o concorrencial, ou seja, que constitua violação ao art. 36, da Lei 12.529/2011. Esta observação é importante porque o ilícito antitruste pode apresentar semelhanças com outros ilícitos. A correta identificação da natureza de cada ilícito é importante para que se saiba quais regras próprias de cada ramo do direito deverão ser observadas na ação cível. O autor cita os seguintes exemplos: “a prática predatória (ilícito concorrencial) e a concorrência desleal (ilícito empresarial); a venda casada da Lei Antitruste e a venda casada do Código de Defesa do Consumidor, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (ilícito concorrencial) e a manipulação do mercado de capitais (art. 27-C, da Lei 6.385/1976); e a destruição e inutilização de matérias-primas, produtos e equipamentos de produção ou distribuição (ilícito concorrencial) e o crime de dano, do Código Penal”. (GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 213).

ramo do direito que regula as infrações relacionadas com as violações concorrenciais.

Especificamente com relação aos danos, observa-se que estes podem incluir a elevação de custos, a perda de parcela do mercado, receita de vendas, “perda de oportunidade”, entre outros prejuízos¹¹⁸. Já com relação ao nexos causal, cabe ao interessado provar que o dano decorreu do ilícito anticoncorrencial levando em conta todos os efeitos da conduta no mercado¹¹⁹.

Além da postular indenização por perdas e danos sofridos e pleitear a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, entende-se que a arbitragem poderia ser utilizada, pela parte lesada, para determinar outras consequências cíveis, como discutir extinção de relações contratuais, por exemplo. No entanto, a prova do ato ilícito concorrencial, do dano e do nexos de causalidade sempre deverá estar presente.

Conclui-se parcialmente, portanto, que a arbitragem pode ser utilizada como forma de controle de condutas anticompetitivas, por meio da aplicação do *enforcement* privado, cabendo ao árbitro determinar consequências civis da violação ao Direito Concorrencial reconhecidas ou não pelas autoridades do SBDC e/ou pelo Poder Judiciário.

Neste conteúdo, para sistematizar a análise das situações em que a arbitragem pode ser utilizada para aplicar o Direito Concorrencial no controle de condutas anticompetitivas, classificamos as hipóteses em dois grupos: (i) demandas propostas após o reconhecimento de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades do SBDC; e (ii) demandas que não se apoiam no reconhecimento prévio de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades do SBDC.

3.2.1.1 Demandas Propostas após o Reconhecimento de uma Violação ao Direito Concorrencial pelas Autoridades do SBDC e/ou pelo Poder Judiciário

Nesta primeira situação, e talvez aquela de mais clara, está envolvida a hipótese em que se submete à arbitragem uma disputa privada, que tenha por objeto uma conduta supostamente anticompetitiva, reconhecida em uma condenação ou

¹¹⁸ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 214.

¹¹⁹ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017, p. 224.

investigação pelo SBDC, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário (*follow-on*¹²⁰).

Além da postular indenização por perdas e danos sofridos, a arbitragem poderia ser utilizada, pela parte lesada, para pleitear a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica e outras consequências cíveis, como discutir extinção contratual, por exemplo. Em outras palavras, cabe ao árbitro determinar consequências civis da violação ao Direito Concorrencial reconhecido pelas autoridades do SBDC e/ou pelo Poder Judiciário.

Para exemplificar¹²¹ pensemos na seguinte situação: após a decisão do CADE reconhecendo a existência de cartel entre diversas empresas, um cliente de uma das empresas condenadas, que firmara um contrato de fornecimento contendo cláusula arbitral, inicia um procedimento arbitral para postular o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do aumento de preços derivados do cartel.

Nesse caso, não se vislumbra qualquer vedação jurídica para que a parte que se sentir lesada possa pleitear, no juízo arbitral, a reparação por danos que tenha sofrido na relação contratual. Trata-se de direito disponível das partes, sobretudo neste caso onde já houve a proteção coletiva garantida pelo SBDC (e/ou pelo judiciário)¹²².

Portanto, a arbitragem pode ser utilizada para determinar consequências civis (tais como responsabilidade civil, tutela inibitória e declaração de extinções contratuais) da violação ao Direito Concorrencial reconhecido pelas autoridades do SBDC e/ou pelo Poder Judiciário, nos limites do compromisso arbitral firmado pelas partes.

¹²⁰ PINTO, Débora. *The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process*. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p 11-12.

¹²¹ A situação é meramente exemplificativa. Como dito na seção anterior, qualquer assunto de direito da concorrência poderia, em tese, ser submetido à arbitragem, seja ela conduta colusiva ou unilateral. Neste sentido, recomenda-se a leitura de BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018.

¹²² BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 259.

3.2.1.2 Demandas Que Não Se Apoiam no Reconhecimento Prévio de uma Violação ao Direito Concorrencial pelas Autoridades do SBDC

Esta segunda situação envolve a hipótese em que se submete à arbitragem uma disputa privada que tem por objeto uma conduta, supostamente anticompetitiva, que ainda não foi investigada ou objeto de condenação pelo SBDC ou pelo Poder Judiciário (*stand-alone*¹²³). A questão concorrencial, neste contexto, pode surgir na arbitragem: (i) como objeto central do litígio; ou (ii) de forma incidental na instrução do procedimento.

3.2.1.2.1 Demandas Cujo Objeto do Litígio Compreenda Condutas Ainda não Investigadas e Julgadas pelo CADE Ou pelo Judiciário.

Esta situação relaciona-se aos precedentes estrangeiros mencionados (*Mitsubishi* e *Eco Swiss*), em que se questionou a arbitrabilidade de questões concorrenciais. Nesta hipótese, a matéria concorrencial constitui o fundamento da demanda, traduzindo-se na alegação da parte requerente de que a conduta da parte requerida é ilegal ou ilícita, pois contrária ao Direito Concorrencial (por exemplo, a cobrança de perdas e danos oriundos de uma relação contratual no âmbito da qual teriam havido violações ao direito da concorrência, como a prática de preços abusivos, a venda casada, etc.).

O exemplo clássico aqui é aquele trazido por José Gabriel Assis de Almeida¹²⁴, no qual simula uma disputa surgida entre duas empresas (“A” e “B”), partes em um contrato de distribuição de determinado produto que prevê que quaisquer disputas deverão ser solucionadas por meio de arbitragem. Imagina-se que o contrato preveja que B terá exclusividade sobre a distribuição do produto em certo território, atribuindo-se à A o direito de fixar o preço de revenda deste produto. B poderia então vir a considerar os preços fixados como desarrazoados e abusivos, acionando a cláusula compromissória para iniciar arbitragem contra A, requerendo (i) o reconhecimento do direito de B de fixar livremente seus preços e a

¹²³ PINTO, Débora. *The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process*. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p 11-12.

¹²⁴ 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. 202.

contrariedade da disposição em questão com o Direito Concorrencial e (ii) indenização pelos danos sofridos.

Neste caso, nas demandas cujo objeto do litígio compreenda condutas ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário, o árbitro aplicará o Direito concorrencial, na sua integralidade, para verificar a existência dos requisitos necessários à aplicação da consequência civil pleiteada pela parte. Os árbitros devem, ainda, observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei 12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.

3.2.1.2.2 Demandas nas Quais as Condutas Anticompetitivas Sejam Identificadas de Forma Incidental

Para Laurence Idot, essa seria a hipótese mais comum de incidência de questões concorrenciais em procedimentos arbitrais. Nesta hipótese, apesar de não ser objeto inicial do litígio, as questões concorrenciais aparecerem de forma incidental ao longo do procedimento.

Neste contexto, as questões concorrenciais podem aparecer ao longo do procedimento arbitral de duas formas: (i) elas podem ser invocadas, ao longo do procedimento, como uma defesa por uma das partes no sentido de afastar um compromisso, anular um procedimento arbitral, invalidar um contrato, ou, ainda, algumas cláusulas objeto da controvérsia; ou (ii) ser constatada, ao longo do procedimento, pelo árbitro ou pelas partes.

No primeiro cenário – invocação como matéria de defesa – como se verificou, caberá ao árbitro, na análise do caso concreto, verificar se a questão suscitada de fato procede e se é apta à invalidação do compromisso, do procedimento, da cláusula ou do contrato como um todo, partindo do pressuposto de que, como se viu, a existência de questão concorrencial não gera a inarbitrabilidade *per se* da disputa.

No segundo cenário – constatação do ilícito concorrencial ao longo do procedimento -, apesar de inicialmente as partes não terem constatado a existência de um ato ilícito concorrencial, a instrução demonstrou a existência de preocupações concorrenciais. Alexis Mourre aponta, sucintamente, exemplos de como o Direito Concorrencial pode se tornar objeto de um procedimento arbitral:

Um acordo de distribuição exclusivo pode levar à exclusão de concorrentes do mercado. Um acordo de fornecimento pode distorcer a estrutura do mercado de preços. Um contrato de licença pode restringir o acesso dos consumidores aos bens e serviços. (Tradução nossa)¹²⁵

Nestas situações, por força da doutrina do *separability concept*¹²⁶ – evidenciado no caput do art. 8º da Lei n.º 9.307/96, a Lei de Arbitragem – a contratação da arbitragem não se confunde e guarda autonomia em relação às questões que serão objeto de julgamento. Logo, em devendo sempre haver uma apreciação autônoma entre a validade do negócio pelo qual se estabelece a arbitragem e as relações jurídicas de direito material objeto do litígio e do julgamento por arbitragem, o árbitro a sentença arbitral deverá levar em conta o ato ilícito concorrencial para julgar a questão civil entre as partes.¹²⁷

Lembra-se que, seguidamente, o Poder Judiciário também é obrigado a proferir decisões, em cortes cíveis, que podem envolver causas de pedir que revolvam fatos que constituem crime.¹²⁸¹²⁹

Portanto, nas demandas cujo objeto do litígio compreenda condutas ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário, o árbitro aplicará o Direito concorrencial, na sua integralidade, para verificar a existência dos requisitos necessários à aplicação da consequência civil pleiteada pela parte. Os árbitros devem, ainda, observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei 12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.

¹²⁵ No original: "*Un acuerdo de distribución exclusiva puede provocar el excluir del mercado a los competidores. Un acuerdo de aprovisionamiento puede distorsionar la estructura del mercado de precios. Un contrato de licencia puede restringir a los consumidores el acceso a bienes y servicios*". (MOURRE, Alexis. *Arbitraje y Derecho de la Competencia: un Panorama desde la Perspectiva Europea*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 10, 2006, p. 64).

¹²⁶ Neste sentido, rever seção 1.2.1.2.3 do presente trabalho.

¹²⁷ O árbitro inclusive, neste caso, poderá, se for o caso, aplicar os seguintes dispositivos do Código civil: Artigo 883: "Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei"; Artigo 137: "Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico"; incisos II e III do artigo 166: "É nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto ou o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito" (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018).

¹²⁸ Neste sentido, analisando a questão criminal, também é o entendimento de RANZOLIN, Ricardo; CANTERJI, Rafael Braude. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua como Árbitro no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 53, 2017, p. 335-354.

¹²⁹ Neste sentido: "Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal." (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018).

3.2.1.2.3 Existe Algum Dever dos Árbitros de Reportar a Ciência de Tal Conduta Às Autoridades Competentes?

Os árbitros, na situação em que apareça na arbitragem condutas ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário do SBDC – especialmente no caso de condutas que apareçam incidentalmente -, devem estar atentos às situações em que as partes, deliberadamente, tentam utilizar o instituto da arbitragem para cancelar ilícitos concorrenciais, ainda que indiretamente envolvidos.¹³⁰

Isto porque, os partícipes de atos anticompetitivos – especialmente no caso de condutas colusivas - poderiam, mediante a utilização da arbitragem em seus contratos, estipulando a confidencialidade no procedimento, estar sujeitos a menor risco de descoberta do ilícito caso a questão concorrencial não seja levantada ao longo do procedimento.

Sabe-se que a Lei de Arbitragem brasileira, na linha da maioria das legislações estrangeiras, não possui disposição expressa abrangente acerca da confidencialidade, destacando apenas, no art. 13, § 6.º, que “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”¹³¹. A única referência explícita, pois, que a Lei 9.307/1996 faz à matéria é quando trata do dever de discrição do árbitro¹³². A doutrina, neste sentido, considera que o dever de discrição do árbitro, traz junto um dever de confidencialidade¹³³. A confidencialidade do árbitro, portanto, possui como fonte a

¹³⁰ Bruno Bastos Becker exemplifica esta situação como aquela em que as partes submetem à arbitragem “um acordo (com cláusula compromissória) entre concorrentes no qual se estipula, de forma conjunta, preços de bens ou serviços, o volume (ou sua restrição) a ser produzido ou ofertado, ou ainda a divisão geográfica de suas atividades”. (BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>. Acessado em: 03 fev. 2018. p. 258).

¹³¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹³² Selma Ferreira Lemes, a respeito da confidencialidade na Lei 9.307/1996, entende que “não há previsão a respeito na lei brasileira, a não ser a discrição exigida do árbitro (art. 13, § 6.º)”. (LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos - Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: <www.selmalemes.com.br>. Acessado em: 11 fev. 2018).

¹³³ João Bosco Lee, centrado na figura do árbitro, considera que “a confidencialidade é um dos deveres inerentes da função do árbitro”, sendo certo que “esta obrigação tem primeiramente um caráter contratual”, razão pela qual “ao aceitar a designação, o árbitro assume uma obrigação perante as partes de guardar o sigilo durante o procedimento arbitral”.¹⁷ O autor conclui que o dever do árbitro de observância à confidencialidade, explícito no art. 13, § 6.º, da Lei 9.307/1996 “se estende a

própria lei, dispensando, assim, previsão na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou no regulamento da instituição arbitral administradora¹³⁴. Neste sentido, deve o árbitro guardar sigilo em relação à existência da arbitragem, às informações obtidas, aos documentos trazidos aos autos, às provas produzidas no curso do processo, bem como, evidentemente, às decisões do caso¹³⁵.

Neste contexto, haveria algum dever dos árbitros de reportar a ciência de tal conduta? Este é um tema muito controvertido na doutrina.

De um lado, uma corrente entende que os árbitros poderão quebrar o compromisso de confidencialidade legalmente imposto e levar ao conhecimento das autoridades competentes os fatos criminosos de que tiveram ciência durante a arbitragem. Cita-se, neste sentido, Pedro Batista Martins, para quem, a partir de uma leitura do art. 14 da Lei de Arbitragem¹³⁶, os árbitros se projetariam perante as partes como uma *longa manus* estatal, em um “verdadeiro exercício de *munus publicum* e, por esta razão, estão submetidos a deveres e obrigações especiais”¹³⁷. Em sentido semelhante, Carreira Alvim afirma que “aplicam-se, no que couber, aos árbitros, o disposto na lei processual sobre os deveres e responsabilidades dos juízes”¹³⁸.

todo o procedimento arbitral, tanto durante a fase probatória como na deliberação” (LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 286).

¹³⁴ José Emilio Nunes Pinto considera que “o art. 13, § 6.º ao exigir que os árbitros, no desempenho de sua função, ajam com ‘discrição’, impõe a eles o sigilo sobre o procedimento, seus atos, documentos, informações e dados trazidos pelas partes e, ainda, quanto à própria sentença arbitral” (PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 2, n. 6, 2005, p. 25-36).

¹³⁵ Sob o ângulo contratual, e com base no ordenamento jurídico francês, Fouchard, Gaillard e Goldman lecionam que “the fourth contractual obligation assumed by the arbitrators is a duty of confidentiality”. Trata-se, segundo esses autores, de uma obrigação contratual implícita em relação aos árbitros, tal como a boa-fé, que também não precisa de previsão expressa para ser respeitada. (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: *Kluwer Law International*, 1999. p. 612).

¹³⁶ Art. 14. 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. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018).

¹³⁷ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 216.

¹³⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.104.

José Antônio Fichtner¹³⁹, utilizando como fundamento¹⁴⁰ o art. 9.º das *Rules of Ethics for International Arbitrators da International Bar Association (IBA)*¹⁴¹, também entende que, no caso de constatação pelos árbitros da ocorrência de algum delito penal durante a arbitragem, situação na qual os árbitros poderão quebrar o compromisso de confidencialidade legalmente imposto e levar ao conhecimento das autoridades competentes os fatos criminosos de que tiveram ciência durante a arbitragem.

De outro lado, uma corrente entende que o árbitro não tem o dever de comunicar às autoridades competentes eventuais infrações penais ou tributárias de que venha a ter conhecimento no exercício de sua função.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco¹⁴² é enfático ao afirmar que o árbitro não teria “o dever de comunicar à autoridade competente eventuais infrações penais ou tributárias de que venha a ter conhecimento no exercício de seu múnus”. Para o citado o autor, a equiparação do árbitro aos funcionários públicos, por meio do artigo 17 da Lei de Arbitragem¹⁴³, não poderia ter o significado de erigir em crime uma conduta omissiva que sequer em relação aos juízes ou aos seus funcionários públicos em geral possa gerar responsabilidade penal. A equiparação do árbitro aos funcionários públicos só teria a eficácia de responsabilizar criminalmente o árbitro quando ele próprio cometer uma infração penal, tais como “concussão, prevaricação, corrupção passiva, coação no curso do processo, etc., mas nunca quando houver incidido na omissão de atos que não tivesse o dever de praticar.

¹³⁹ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; e MONTEIRA, André Luís. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. **Revista de Direito Privado**, vol. 49, p. 227-285, 2012.

¹⁴⁰ Embora as *Rules of Ethics for International Arbitrators da International Bar Association* sejam *softlaw*, o autor entende que elas são internacionalmente aceitas e fundadas no maior interesse da justiça e no combate ao crime e à impunidade.

¹⁴¹ “9. *Confidentiality of the Deliberations: The deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation. An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators.*” Disponível em: <<https://www.ibanet.org/>>. Acessado em: 11 fev. 2018.

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p. 63-66

¹⁴³ Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. . (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018).

É importante se destacar o posicionamento defendido por Ricardo Ranzolin¹⁴⁴ no sentido de que, quando o árbitro for advogado, se encontra em situação “especialíssima” em face da incidência da regra ética, de ordem pública, que exige o resguardo do sigilo profissional, ainda que não haja contratação das partes nesse sentido. Neste sentido, para o autor, quando o árbitro advogado não é partícipe nem coautor da intenção de aparelhamento da arbitragem para simulação, mas foi utilizado inadvertidamente como meio para a efetivação de tal propósito ilícito, ele “não está obrigado ao sigilo profissional”. Mais do que isso, “a revelação por parte do árbitro advogado seria necessária como forma de exercer preventivamente sua defesa, nos termos do que excepciona o artigo 37 do CED-OAB”¹⁴⁵, sendo que “eventual persistência da atividade nessas circunstâncias, sabendo da fraude existente, poderá implicar a eventual responsabilidade criminal do árbitro advogado”¹⁴⁶.

Quando o árbitro advogado se depara com algum ilícito concorrencial, que nada tem a ver com o julgamento objeto da arbitragem; ou quando o árbitro advogado se depara com alguma referência a fato ilícito criminal que está imbricado à causa de pedir da arbitragem, Ricardo Ranzolin¹⁴⁷ entende que o árbitro advogado deve resguardar o sigilo profissional.

Neste contexto, embora haja argumentos bastante relevantes sustentando ambas as posições a respeito de eventual dever de os árbitros reportarem às autoridades competentes a ciência de crimes, a solução não parece de fácil solução, cabendo aos árbitros decidirem a respeito.

Portanto, os árbitros devem, ponderando as circunstâncias do caso concreto, estarem atentos às situações em que a arbitragem é escolhida deliberadamente pelas partes como método para escapar das autoridades do SBDC e/ou do Ministério Público e cancelar ilícitos concorrenciais, recomendando-se,

¹⁴⁴ RANZOLIN, Ricardo; CANTERJI, Rafael Braude. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua como Árbitro no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 53, 2017, p. 335-354.

¹⁴⁵ Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria. (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/codigo-etica-disciplina>>. Acesso em: 15 fev. 2018).

¹⁴⁶ RANZOLIN, Ricardo; CANTERJI, Rafael Braude. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua como Árbitro no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 53, 2017, p. 335-354.

¹⁴⁷ RANZOLIN, Ricardo; CANTERJI, Rafael Braude. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua como Árbitro no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 53, 2017, p. 335-354.

especialmente neste caso, reportar a ciência de tal conduta às autoridades competente, a fim de não se tornar partícipe nem coautor da simulação.

3.2.2 Arbitragem como Remédio Antitruste: Arbitragem em Controle de Estruturas

Em que pese a competência exclusiva do SBDC para o exercício do controle de estruturas no âmbito de um sistema de notificação prévia de operações, viu-se que existe um espaço, ainda que bastante limitado, para aplicação do instituto da arbitragem no controle de condutas, especialmente quando atribuído e delineado pelo CADE para cumprimento de obrigações contidas em Acordos de Atos de Concentração ou Termo de Cessação de Condutas¹⁴⁸.

A interface entre arbitragem e concorrência em matéria de controle de estruturas não é propriamente uma novidade para as autoridades da concorrência no direito comparado. A este respeito, além da ampla experiência da autoridade antitruste Norte Americana¹⁴⁹, europeia¹⁵⁰ e o recente uso pela autoridade Chilena¹⁵¹,

¹⁴⁸ "There is a very limited role for arbitration in the ex ante application of competition law, for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities (NCAs)." (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 03 fev. 2018).

¹⁴⁹ Nos Estados Unidos, a Antitrust Division of the Department of Justice (DOJ) e a Federal Trade Commission (FTC) são as autoridades responsáveis pela aplicação das leis federais de concorrência. De acordo com o estudo da OCDE, "*the U.S. antitrust agencies have, in several instances, included provisions in consent decrees or administrative enforcement orders requiring mediation or arbitration of potential commercial disputes that may arise between decree or order respondents and third parties in implementing the remedies*". (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings) – United States**. Paris, 2010. p. 6. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1010arbitrationcompetition.pdf>>. Acessado em: 13 fev. 2018.

¹⁵⁰ Neste sentido é o artigo 66 da Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (grifos nossos): "Os compromissos em matéria de acesso assumem frequentemente uma natureza complexa e comportam forçosamente uma descrição geral das modalidades e condições em que o acesso é facultado. No intuito de garantir a sua eficácia, esses compromissos devem prever os requisitos processuais necessários para o respectivo acompanhamento como, por exemplo, a obrigação de uma contabilidade separada para a infraestrutura a fim de permitir uma análise dos custos daí decorrentes, bem como dispositivos de controlo adequados. Normalmente, esse acompanhamento deve ser realizado pelos próprios operadores no mercado, por exemplo, pelas empresas que pretendam beneficiar dos compromissos. **Entre as medidas que permitem a terceiros executar eles próprios os compromissos figuram nomeadamente o acesso a um mecanismo rápido de resolução de litígios através de um procedimento de arbitragem (em conjunto com os administradores) ou de procedimentos de arbitragem que envolvam as autoridades regulamentares nacionais competentes, caso existentes nos mercados em causa.** Se a Comissão puder concluir que os mecanismos previstos nos compromissos permitirão aos próprios operadores no mercado executá-los de forma eficaz e atempada, não será necessário que esta assegure qualquer controlo permanente neste contexto.

a experiência australiana comprova o uso efetivo deste instrumento, em diversos mercados regulados, como confirmado pelo Sr. Rod Sims, presidente da Autoridade Antitruste da Austrália (a *Australian Competition and Consumer Commission*), em discurso público proferido em 20.10.2016 sobre o uso de arbitragem em infraestruturas monopolísticas:

[...] usuários podem buscar método independente de resolução de disputa, em caso de impasse com o agente monopolístico em relação ao preço ou condições de acesso. Isto cria um incentivo para que o proprietário do ativo ofereça termos e condições razoáveis, de modo a evitar o processo de arbitragem, o que nivela o terreno de negociação ao fornecer ao usuário um elemento adicional de barganha (leverage)¹⁵²

Assim, a experiência demonstra que arbitragem pode ser utilizada em matéria de Direito concorrencial em circunstâncias totalmente diferentes do *enforcement* privado. Neste caso, as autoridades da concorrência podem prever a intervenção de terceiros para os ajudar na execução dos compromissos. No entanto, a finalidade da intervenção do árbitro é completamente diversa.

Nessas circunstâncias, uma intervenção pela Comissão apenas se justificaria nos casos em que as partes não respeitem as soluções alcançadas no âmbito desses mecanismos de resolução de litígios. No entanto, a Comissão apenas poderá aceitar tais compromissos na condição de a sua complexidade não comportar, à partida, um risco para a sua eficácia e quando os dispositivos de controlo propostos assegurarem a sua aplicação efectiva e o seu mecanismo de execução se traduzir em resultados em tempo oportuno.” (COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acessado em: 13 fev. 2018. Grifos nossos).

¹⁵¹ Recentemente, para mitigar as eventuais preocupações concorrenciais decorrentes de uma operação entre a AT&T e a Time Warner em território chinelo, a Fiscalía Nacional Económica, autoridade de Defesa da Concorrência do Chile, acordou com as empresas que eventuais conflitos nas negociações com relação à renovação ou novos acordos de licenciamento de canais da Time Warner, entre o grupo AT&T e operadores de TV por assinatura que não façam parte do mesmo grupo econômico, sejam submetidas à Arbitragem, com o grupo AT&T sendo responsável pelo pagamento integral da Arbitragem. (FISCALIA NACIONAL ECONOMICA. **Notificación de Operación de Concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc. Rol FNE F-81-17**. Santigado, 2017. Disponível em: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/inap_F81_2017.pdf>. Acessado em 14 fev. 2018.)

¹⁵² Tradução Nossa. No original: “*It is the ACCC’s view that a negotiate-arbitrate framework is the minimum for effective regulation of monopoly infrastructure. This approach doesn’t impose upfront requirements on the infrastructure owner, so the regulatory burden is minimal. It allows robust commercial negotiations to take place. However, it means that users can seek binding independent dispute resolution if they can’t agree with the monopoly asset owner on price or other terms of access. This provides an incentive for the asset owner to offer reasonable terms and conditions in order to avoid the process of arbitration, and it levels the negotiating playing field by providing leverage to users. It’s hard to see what anyone would have concerns over for such arrangements; they impose minimal costs and provide strong incentives for parties to negotiate sensibly*”. (AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. **Ports: What measure of regulation**. Melbourne, 2016. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/speech/ports-what-measure-of-regulation>. Acessado em: 13 fev. 2018).

A arbitragem é aqui vislumbrada como um auxílio ao cumprimento de acordos e compromissos firmados pelas empresas com a autoridade antitruste, especialmente no tocante à não discriminação de entrantes e no atingimento de parâmetros negociais razoáveis e desprovidos de vieses potencializados pela posição monopolística em alguns casos.

A finalidade da arbitragem, portanto, não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência, porquanto a arbitragem presta-se a trazer ao árbitro - terceiro independente - uma discussão parametrizada por premissas privadas e que, apenas em última instância podem vir a impactar a concorrência como um todo. Ou seja, a arbitragem é uma ferramenta para dar efetividade às decisões da autoridade antitruste e desestimular práticas anticompetitiva que possam ser geradas pela concentração. As decisões arbitrais, nesse contexto, são para questões privadas, sendo que eventual análise sobre atos de concentração ou infração à ordem econômica não substituem a possibilidade de análise e sanção pela autoridade antitruste na defesa dos interesses difusos.¹⁵³

Em outras palavras: a decisão do árbitro é vinculante às partes – no âmbito de seus direitos individuais e disponíveis – sendo que a decisão final com relação a interesses difusos – concorrência – será sempre do CADE.

Neste caso, ao firmarem a convenção de arbitragem, as empresas e/ou a autoridade antitruste precisam definir claramente o papel e as regras da arbitragem para terem a certeza que o instituto funcionará ao fim a que se destina¹⁵⁴.

Portanto, em sede de controle de estruturas, a arbitragem torna-se uma ferramenta para dar efetividade às decisões da autoridade antitruste e desestimular práticas anticompetitiva que possam ser geradas pela concentração. O árbitro, neste contexto, serve como um auxiliar das autoridades de concorrência na aplicação coletiva do Direito concorrencial, cabendo a ele um papel de fazer serem cumpridos os termos dos acordos e compromissos firmados pelas empresas com a autoridade antitruste, evitando, assim, prejuízos à ordem econômica.

¹⁵³ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). ***Arbitration and Competition (Hearings)***. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 79.

¹⁵⁴ IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). ***Arbitration and Competition (Hearings)***. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 fev. 2018, p. 86.

3.2.2.1 Situações de Utilização da Arbitragem para Implementação de Remédios Antitruste

Como dito, a interface entre Arbitragem e Concorrência em matéria de controle de estruturas não é propriamente uma novidade para as autoridades da concorrência no direito comparado. Neste sentido, na OCDE, na pesquisa “Arbitragem e Concorrência”¹⁵⁵, realizou o trabalho de identificar alguns casos de ato de concentração que a Comissão Europeia utilizou o mecanismo da arbitragem e os classificou em quatro categorias: (i) compromissos de acesso; (ii) compromissos de acesso e resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras; (iii) arbitragem supervisionada por um administrador; e (iii) arbitragem em futuras relações contratuais.

Vejamos, neste sentido, as situações e peculiaridades de cada uma dessas categorias na presente seção para que, em um segundo momento (seção 2.2.2.2) possamos compará-las com a realidade do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica e com o Direito brasileiro.

3.2.2.1.1 *Compromissos de Acesso*

Nesta situação, as cláusulas de arbitragem são frequentemente utilizadas para resolver disputas relativas aos termos e condições de acesso nos compromissos de acesso às infraestruturas físicas ou aos direitos de propriedade intelectual. A característica importante desses compromissos é que eles geralmente não são dirigidos a uma parte específica identificada no compromisso, mas a um número não identificado de terceiros.

O propósito da arbitragem é o de resolver eventuais litígios entre privados por privados, ainda que tais litígios tenham origem em situações de desrespeito de deveres assumidos perante a autoridade antitruste.

Para exemplificar a situação, pensemos no caso em que duas empresas submetem ao CADE um ato de concentração para fusão. O CADE, na sua análise, identifica que a fusão acarretaria a consolidação de um monopólio, sendo necessário viabilizar a entrada de um novo player. O problema é que pela estrutura

¹⁵⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 12 fev. 2018, p. 15-16

do próprio mercado em questão, o novo entrante necessariamente teria que utilizar parte da infraestrutura da empresa a ser criada pelo ato de concentração. Para utilizar essa infraestrutura, o entrante teria que remunerar a nova empresa pelo serviço e, também, cumprir com condições técnicas mínimas. Ocorre que a nova empresa e o entrante poderiam não chegar a um acordo, principalmente, em relação ao preço.

No entanto, não é competência do CADE a resolução de conflitos privados dessa natureza, a não ser que tais conflitos tangenciem assuntos concorrenciais como é o caso de criação de barreiras à entrada. Sendo assim, a disputa pelo preço, condição fundamental para a participação do novo player, poderia ser resolvida pela arbitragem, evitando a criação de barreira de entrada. O árbitro, neste contexto, teria a função de fixar o preço para que o entrante remunerasse a nova empresa.

Perceba, neste caso, que a solução pela arbitragem é muito favorável à autoridade antitruste porque reduz o custo de monitoramento do cumprimento dos compromissos firmados com as empresas que notificaram o ato de concentração.

O estudo da OCDE¹⁵⁶ relata alguns atos de concentração para resolver disputas relativas a termos e condições de acesso firmado em compromissos de acesso às infraestruturas físicas ou aos direitos de propriedade intelectual em atos de concentração¹⁵⁷. Um dos casos citados foi analisado de um ato de concentração envolvendo a Lufthansa e a antiga *Austrian Airlines*, analisado pela autoridade antitruste da comunidade europeia¹⁵⁸. Neste caso, para evitar barreira à entrada, a autoridade antitruste firmou com a Lufthansa, um remédio antitruste, nos termos dos quais Lufthansa se comprometeu a transferir *slots* – direito que permite ao seu titular marcar um pouso ou uma decolagem em aeroportos - para novos entrantes, a fim de estimular a concorrência. As disputas relacionadas à disponibilidade do *slot* ou termos e condições podem ser tratadas usando a arbitragem.

Um caso exemplar a este respeito é a decisão da Comissão Europeia no processo que envolveu um ato de concentração entre as empresas *Axalto* e

¹⁵⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). ***Arbitration and Competition (Hearings)***. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 12 fev. 2018, p. 15.

¹⁵⁷ Embora, reitera-se, não tenha o presente trabalho o intuito de fazer uma análise de direito comparado, os casos servem ao caso brasileiro à título exemplificativo.

¹⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines**. Bruxelas, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5440_20090828_20600_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

Gemplus¹⁵⁹, ambas produtoras de cartão inteligente, também conhecido como "*smart card*". Neste caso, as preocupações concorrenciais levantadas pela Comissão Europeia derivavam do fato que ambas as empresas eram titulares de um número muito significativo de patentes no mercado definido como relevante, pelo que, em conjunto, através da combinação das suas respectivas tecnologias, teriam tanto a capacidade como os incentivos para prejudicar a posição dos seus concorrentes no mercado. Existiria sempre o risco de recusarem a concessão de licenças aos concorrentes ou de utilizarem o seu amplo portfólio conjunto para fazerem aumentar os custos destes últimos através de ameaças de abertura de processos judiciais por alegadas infrações aos direitos de patente.

Assim, as restrições que a Comissão fez depender a aprovação da operação passaram, em primeiro lugar, pelo compromisso de concessão de licenças não exclusivas em condições que fossem consideradas justas, razoáveis e não discriminatórias, por um lado, e, por outro, de disponibilização de informações de interoperabilidade a qualquer terceiro capaz do fornecimento de cartões SIM através das plataformas OTA ("*over the air*"), relativamente às quais as empresas participantes beneficiam também de posições de mercado fortes. Além disso, houve compromisso, por parte das empresas, de nomear um administrador responsável pelo cumprimento dos "remédios" e ainda a submissão de qualquer litígio relacionado com os dois compromissos de concessão de licenças e disponibilização de informações a um procedimento de arbitragem.

Percebe-se, neste contexto, que a existência da possibilidade do uso da arbitragem, e o incentivo que tem vindo a ser dado à sua utilização, mormente pela própria autoridade antitruste, reside no reconhecimento de que é fundamental a existência de mecanismos eficientes para controle e execução dos compromissos assumidos pelas empresas e, concomitantemente, no fato de em muitos casos de descumprimentos dos compromissos aprovados a violação não é tão óbvia e/ou se afigura pouco significativa para justificar uma estatal em sede de controle de conduta.

¹⁵⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case n° COMP/M.3998 – Axalto / Gemplus**. Bruxelas, 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3998_20060519_20212_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

3.2.2.1.2 Compromissos de Acesso e Resolução de Disputas Envolvendo Autoridades Reguladoras

Existem casos em que para resolver disputas relativas aos termos e condições de acesso firmado pelas partes com a autoridade concorrencial, as partes podem eleger uma autoridade reguladora para exercer o papel de árbitro¹⁶⁰.

A escolha da arbitragem como remédio antitruste se mostra adequada para resolver preocupação concorrenciais de acesso às infraestruturas físicas ou aos direitos de propriedade intelectual entre empresas que atuam que são reguladas pela mesma autoridade nacional, desde que a legislação preveja este mecanismo¹⁶¹.

Um dos casos citados foi analisado de um ato de concentração envolvendo as empresas *Newscorp*, *Stream* e *Telepiù*, que submeterem à autoridade antitruste da comunidade europeia um ato de concentração envolvendo o mercado de televisão por assinatura na Itália¹⁶². Neste caso, a Comissão Europeia identificou que “a concentração irá criar uma situação de quase monopólio no mercado italiano de

¹⁶⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 12 fev. 2018, p. 15.

¹⁶¹ Neste sentido é o artigo 66 da Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão: “Os compromissos em matéria de acesso assumem frequentemente uma natureza complexa e comportam forçosamente uma descrição geral das modalidades e condições em que o acesso é facultado. No intuito de garantir a sua eficácia, esses compromissos devem prever os requisitos processuais necessários para o respectivo acompanhamento como, por exemplo, a obrigação de uma contabilidade separada para a infra-estrutura a fim de permitir uma análise dos custos daí decorrentes, bem como dispositivos de controlo adequados. Normalmente, esse acompanhamento deve ser realizado pelos próprios operadores no mercado, por exemplo, pelas empresas que pretendam beneficiar dos compromissos. Entre as medidas que permitem a terceiros executar eles próprios os compromissos figuram nomeadamente o acesso a um mecanismo rápido de resolução de litígios através de um procedimento de arbitragem (em conjunto com os administradores) ou de procedimentos de arbitragem que envolvam as autoridades regulamentares nacionais competentes, caso existentes nos mercados em causa. Se a Comissão puder concluir que os mecanismos previstos nos compromissos permitirão aos próprios operadores no mercado executá-los de forma eficaz e atempada, não será necessário que esta assegure qualquer controlo permanente neste contexto. Nessas circunstâncias, uma intervenção pela Comissão apenas se justificaria nos casos em que as partes não respeitem as soluções alcançadas no âmbito desses mecanismos de resolução de litígios. No entanto, a Comissão apenas poderá aceitar tais compromissos na condição de a sua complexidade não comportar, à partida, um risco para a sua eficácia e quando os dispositivos de controlo propostos assegurarem a sua aplicação efectiva e o seu mecanismo de execução se traduzir em resultados em tempo oportuno.” (COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acessado em: 13 fev. 2018.

¹⁶² COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M. 2876 - Newscorp/Stream/Telepiù**. Bruxelas, 2003. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_pt.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

televisão mediante pagamento”¹⁶³. Para solucionar a preocupação da agência antitruste, as empresas apresentaram diversos compromissos e, para monitorar o cumprimento do acordo, propuseram a possibilidade de uma outra empresa do mercado utilizar um procedimento de arbitragem destinado a garantir o respeito dos compromissos. Este sistema de arbitragem previu, nomeadamente, a jurisdição da autoridade de comunicação italiana para as questões da sua competência, nos termos da legislação italiana¹⁶⁴.

Portanto, semelhante à situação da seção anterior, a arbitragem nesses casos é utilizada como remédio antitruste para monitorar preocupação concorrenciais de acesso às infraestruturas físicas ou aos direitos de propriedade intelectual entre empresas. No entanto, diferente do caso anterior, as empresas nominam expressamente uma autoridade regulatória nacional como árbitra, tendo em vista as especificidades da legislação e do mercado em questão.

¹⁶³ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M. 2876 - Newscorp/Stream/Telepiù.** Bruxelas, 2003. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_pt.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018, p. 29.

¹⁶⁴ Este mecanismo foi adotado no caso em outros dois casos, de acordo com o Estudo da OCDE. No primeiro - Case No COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring -, as empresas T-Mobile Austria Tele.ring, para solucionar as preocupações concorrenciais apontadas pelas Comissão Europeia no ato de concentração notificado, se comprometeram a alienar algumas operações à terceiros. Para monitoramento do compromisso, as partes acordaram que, se surgisse qualquer desentendimento quanto ao cumprimento dos compromissos, as partes iniciariam um procedimento arbitral com envolvimento do regulador de telecomunicações austríaco como árbitro garantir a implementação efetiva desses compromissos (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring.** Bruxelas, 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916_20060426_20600_en.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2018). No segundo, para reduzir as preocupações concorrenciais elencadas pela Comissão Europeia, as empresas se comprometeram a fornecer uma licença de um determinado equipamento necessário para a comunicação com satélites para outro fornecedor existente de equipamentos espaciais com competência estabelecida no campo do equipamento de radiofrequência para satélites. O objetivo da licença é reduzir significativamente os esforços e os custos do comprador necessários para desenvolver e fabricar tais equipamentos TTC. Para monitorar o cumprimento do acordo, as empresas estabeleceram que eventuais conflitos com relação à concessão da licença seriam dirimidos por arbitragem, tendo como árbitros o Chefe da Agência Espacial Norte Americana (NASA) ou o Diretor Geral da Agência Espacial Europeia (ESA), ou seus respectivos representantes. O Diretor da ESA indicaria um terceiro árbitro. Caso a arbitragem não começasse em 15 dias, os árbitros seriam indicados pelo presidente da International Chamber of Commerce (ICC). (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.3680 - Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio.** Bruxelas, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3680_20050428_20212_en.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2018).

3.2.2.1.3 Arbitragem Supervisionada por um Administrador

Nesses casos, a arbitragem é utilizada no monitoramento dos compromissos assumidos pelas notificantes de um ato de concentração para se obter um parecer de um especialista sobre determinada controvérsia. De acordo com o estudo da OCDE, esta modalidade se torna adequada quando “o compromisso envolveu detalhes sobre as instalações técnicas e condições para que pudesse ser usada pelo possível entrante, ao invés de termos e condições gerais”¹⁶⁵.

No ato de concentração envolvendo a *Société Nationale des Chemins de fer Français* ("SNCF", France) e a *London & Continental Railways Limited* ("LCR", United Kingdom), que culminou na criação da *Eurostar International Limited* ("EIL", United Kingdom)¹⁶⁶, a Comissão europeia e as notificantes firmaram um compromisso por meio da qual as empresas comprometeram-se a reduzir os obstáculos à entrada em relação (i) ao acesso aos serviços das estações ferroviárias, (ii) o acesso à Zona não-Schengen (*Transmanche*), (iii) o acesso a serviços de manutenção e (iv) o acesso a caminhos.

A fim de assegurar que os compromissos fossem adequadamente implementados, as empresas propuseram que um administrador independente, aprovado pela Comissão, fosse encarregado de monitorar a implementação dos compromissos assumidos pelas por elas. Em caso de disputa, o administrador fará, a pedido de uma empresa ferroviária que solicite acesso a um dos serviços abrangidos pelos compromissos, emitir um parecer vinculativo sobre o alcance das obrigações das partes nos termos dos compromissos. Caso a empresa ferroviária que solicitasse acesso a um dos serviços abrangidos pelo compromisso ou a própria empresa não concordasse com a opinião do especialista escolhido pelo administrador teria, dentro de dez dias, o direito de interpor recurso, o qual seria analisado pela própria Comissão Europeia¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Arbitration and Competition (Hearings)*. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 12 fev. 2018, p. 16.

¹⁶⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5655 - SNCF/LCR/EUROSTAR**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5655_1034_2.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

¹⁶⁷ “96. In addition to these elements, the possibility for third parties requesting access to a service covered by the commitments to request a binding expert opinion from the monitoring trustee guarantees that any dispute arising in the course of the implementation of the commitments will be quickly resolved and does not delay

Esse caso, em nossa opinião, em que pese denominado de Arbitragem, o procedimento, da forma como adotado pelas partes, mais se assemelha aos procedimentos de arbitramento, uma vez que a decisão final não será dos árbitros, mas sim da Comissão Europeia.

3.2.2.1.4 Arbitragem em Futuras Relações Contratuais

Nestes casos, as empresas notificantes, ao firmarem compromisso com a autoridade antitruste, estabeleceram as cláusulas de um contrato a ser celebrado com algum terceiro, no futuro, normalmente para alienação de alguma operação. Neste contrato previamente estabelecido com a autoridade, foi estabelecido que eventual conflito surgido seria resolvido por arbitragem.

Para a OCDE¹⁶⁸, esta modalidade se mostra adequada para as hipóteses em que o as condições gerais do contrato a ser firmado com o terceiro já foi previamente estabelecido no âmbito do procedimento com a autoridade antitruste. Neste caso, a arbitragem seria utilizada para esclarecimento de detalhes da operação. Segundo a instituição desta modalidade de arbitragem, foi estabelecida pela comissão europeia em casos envolvendo o setor ferroviário¹⁶⁹, alienação de

effective market entry.

97. Should however the Trustee's opinion be contested, the railway undertaking requesting access to one of the services covered by the commitments will still have the opportunity to lodge an appeal. In this regard, while the Commission will act as an appeal authority as long as national railway regulators have not demonstrated their ability and willingness to do so, the commitments foresee that national regulators, in view of their extensive knowledge of the railway industry, will be very well placed to consistently enforce the rules set out by the commitments" (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5655 - SNCF/LCR/ EUROSTAR**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5655_1034_2.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018).

¹⁶⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 12 fev. 2018, p. 16.

¹⁶⁹ A empresa dinamarquesa *DFDS A/S* e a empresa holandesa *Norfolk Holdings B.V.*, ambas do setor ferroviário, para solucionar as preocupações concorrenciais apontadas pelas Comissão Europeia no ato de concentração COMP/M.5756 – DFDS/ Norfolk, se comprometeram a tomar algumas medidas para diminuir as barreiras à entrada em algumas rotas das ferrovias operadas por ela. Para monitoramento do compromisso, as partes acordaram que, se surgisse qualquer desentendimento quanto ao cumprimento dos compromissos, as partes deveriam iniciar um procedimento arbitral. (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5756 – DFDS/ Norfolk**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5756_1418_2.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018).

empresas¹⁷⁰ e marcas registradas¹⁷¹ e leite holandês¹⁷², por exemplo, sem possibilidade de recurso ou revisão.

3.2.2.2 A Experiência Brasileira: Implementação de Remédios Antitruste pelo CADE

Na 56ª Sessão Ordinária do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ocorrida em 16/12/2014, por unanimidade, foi aprovada, com restrições, uma operação entre as empresas Bromisa Industrial e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda. e Fosbrasil S.A., sendo a arbitragem utilizada como remédio para solucionar o principal problema concorrencial identificado naquele momento (capacidade e incentivos para fechar o mercado de Ácido Fosfórico de Grau Alimentício – PPA – e/ou praticar condutas discriminatórias na negociação do insumo com seus concorrentes), em um *leading case*¹⁷³.

¹⁷⁰ A empresa norte americana Schering-Plough Corporation e a empresa holandesa *Organon BioSciences N.V.*, para solucionar as preocupações concorrenciais apontadas pela Comissão Europeia no ato de concentração OMP/M.4691 Schering-Plough / Organon BioSciences, se comprometeram a alienar algumas operações da *Schering-Plough* à terceiros. Para monitoramento do compromisso, as partes acordaram que, se surgisse qualquer desentendimento quanto ao cumprimento dos compromissos, as partes e/ou o terceiro adquirente deveriam iniciar um procedimento arbitral administrada pela *London Court of International Arbitration*, com sede em *Kenilworth, New Jersey*. (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.4691 - Schering-Plough/Organon BioSciences**. Bruxelas, 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4779_20071213_20212_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018).

¹⁷¹ A empresa holandesa *Akzo Nobel N.V.* a empresa inglesa *Imperial Chemical Industries PLC*, para solucionar as preocupações concorrenciais apontadas pelas Comissão Europeia no ato de concentração COMP/M.4779 - Akzo/ ICI, se comprometeram a alienar algumas operações e marcas de propriedade da *Imperial Chemical Industries PLC* à terceiro. Para monitoramento do compromisso, as partes acordaram que, se surgisse qualquer desentendimento quanto ao cumprimento dos compromissos, as partes e/ou o terceiro adquirente deveriam iniciar um procedimento arbitral. (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.4779 - Akzo/ ICI**. Bruxelas, 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4779_20071213_20212_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018).

¹⁷² As cooperativas holandesas *Zuivelcoöperatie Campina U.A.* e *Zuivelcoöperatie Friesland Foods U.A.* notificaram, por meio do ato de concentração CCOMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina . Bruxelas, sua intenção de fusão para formar uma única cooperativa. Para solucionarem as preocupações concorrenciais apontadas pela Comissão Europeia no procedimento, as cooperativas se comprometeram a realizar desinvestimento em produtos lácteos frescos, queijos, bebidas lácteas de longa vida e acesso ao leite cru. Para monitoramento do compromisso, as partes acordaram que, se surgisse qualquer desentendimento quanto ao cumprimento dos compromissos, as partes e/ou o terceiro adquirente deveriam iniciar um procedimento arbitral. (COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº CCOMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina**. Bruxelas, 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5046_20081217_20600_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018).

¹⁷³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G>

Nem na Lei 12.529/11 e nem na lei 9.307/96 há previsão expressa de utilização desse instrumento pelo CADE. Porém, nada há, também que impeça o CADE de utilizar a arbitragem para auxiliar no acompanhamento do cumprimento efetivo dos ACCs.¹⁷⁴

Para o presidente do CADE à época, Vinicius Marques de Carvalho, “o CADE tem procurado mecanismos mais eficientes para o cumprimento material de suas decisões”¹⁷⁵, e que o órgão aposta na arbitragem “como meio alternativo de soluções de conflitos, como uma possibilidade de reduzir custos de monitoramento de decisões do colegiado”¹⁷⁶. Na oportunidade do julgamento, a relatora do caso, conselheira Ana Frazão, destacou os benefícios que inclusão da arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados trariam para a solução do caso:

Ao mesmo tempo em que assegura maior flexibilidade ao ACC, especialmente diante da impossibilidade de prever todas as situações em que a recusa do fornecimento do PPA pelas requerentes poderia ser considerada legítima, o recurso à arbitragem também reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo CADE, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro, cuja escolha deverá ser aprovada pelo CADE.¹⁷⁷

Percebe-se que a intenção do CADE ao aceitar a inclusão da arbitragem, semelhante à ideia das autoridades de outras localidades, foi de estabelecer um mecanismo para auxiliar no cumprimento das decisões, dos acordos e compromissos firmados pelas empresas com a autoridade antitruste, além de reduzir o custo de monitoramento feito pelo CADE.

[_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh)>. Acessado em: 13 fev. 2018.

¹⁷⁴ CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015, p. 31-32.

¹⁷⁵ POMBO, Bárbara; DANTAS, Iuri. **Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas**. São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 13 fev. 2018.

¹⁷⁶ POMBO, Bárbara; DANTAS, Iuri. **Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas**. São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 13 fev. 2018.

¹⁷⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018.

Este é considerado o primeiro caso em que arbitragem foi utilizada no âmbito do SBDC para solução de disputas em controle de estrutura. Depois deste caso, o CADE utilizou a arbitragem em pelo menos outras três oportunidades como forma de remédios antitruste. Abaixo, elaboramos um quadro que sintetiza tais casos:

Figura 4 – Utilização da Arbitragem como Remédio Antitruste pelo CADE

CASO	PREOCUPAÇÃO CONCORRENCIAL	OBJETIVO DA ARBITRAGEM	RELATOR	DATA JULGAMENTO
"ICL-Bromisa" Processo nº 08700.000344/2014-47	(i) fechamento de mercado; e (ii) condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes	apoio a uma decisão da autoridade antitruste (discutir sobre motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação com terceiros)	Ana Frazão	18/12/2014
"ALL-Rumo" Processo nº 08700.005719/2014-65	(i) fechamento de mercado; e (ii) condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes	apoio a uma decisão da autoridade antitruste (constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória)	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo	25/02/2015
"BM&FBovespa-Cetip" Processo nº 08700.004860/2016-11	capacidade e incentivos para condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes	"o Tribunal Arbitral determinará a política comercial entre as partes sobre qualquer serviço solicitado pelo entrante (que inclui o serviço da troca de titularidade e os serviços de pós negociação)"	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	22/03/2017
"AT&T-TimeWarner" Processo nº 08700.001390/2017-14	Capacidade e incentivos para condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes	"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, nos termos do ACC".	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo	18/10/2017

Fonte: Elaborado pelo autor.

Vale ressaltar que a celebração de ACC não é uma imposição unilateral do CADE à empresa, mas sim se define por um Acordo entre as empresas notificantes e o CADE a fim de se evitar uma decisão da agência antitruste que poderia porventura ser contrária aos anseios dos interessados¹⁷⁸. Trata-se de um negócio da manifestação de vontade do CADE e das empresas, já que qualquer uma das partes podem se negar em ratificá-los, o que levaria o CADE a dar continuidade e decidir sobre o respectivo processo administrativo. Além disso, conforme prescrito na Resolução CADE nº 1 de 2012, a propositura de ACC é inicialmente das empresas, e não da agência reguladora¹⁷⁹, sendo posteriormente negociado com a SG¹⁸⁰.

¹⁷⁸ O assunto foi tratado na seção 1.1.2.1.1 da primeira parte do presente trabalho.

¹⁷⁹ Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE**. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno> >. Acesso em: 07 mar. 2018).

Analisando a evolução da aplicação arbitragem como forma de remédios em atos de concentração pelo CADE, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, afirma que a autoridade antitruste brasileira tem cada vez mais “se preocupado em fazer o uso da arbitragem de maneira técnica, sem descaracterizar a essência do instituto enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei n.º 9.307/1996”¹⁸¹.

Isto porque, nos primeiros dois casos (ICL/Bromisa e ALL/Rumo), o CADE previu a arbitragem como mecanismos de resolução de controvérsias entre concorrentes “que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste”¹⁸², trazendo elementos que, conforme as palavras de Selma Lemes, uma das autoras da Lei de Arbitragem, mais se assemelham a “um parecer técnico ou uma arbitragem híbrida do que a uma arbitragem propriamente dita”¹⁸³.

Contudo, é bem verdade que, nos dois últimos casos (BM&FBovespa/Cetip e AT&T/TimeWarner) o acordo firmado pelo CADE e pelas empresas outorgou de forma mais clara ao Tribunal Arbitral “poderes suficientemente amplos para uma decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível”¹⁸⁴. Assim, se nos primeiros casos deixou dúvidas, os dois últimos foram muito claros ao afirmar que a cláusula compromissória contida nos acordos subtrai competência do Poder Judiciário para reapreciar as questões firmadas no acordo com o CADE.

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015, p. 36-37.

¹⁸¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹⁸² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018.

¹⁸³ Neste sentido, a Prof. Selma Lemes destaca que, embora “louvável” a iniciativa do CADE, há o uso de termos tecnicamente imprecisos. Para a citada professora, “há particularidades que mais conduzem a um parecer técnico ou uma arbitragem híbrida do que a uma arbitragem propriamente dita”. (POMBO, Bárbara; DANTAS, Iuri. **Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 13 fev. 2018).

¹⁸⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018.

Neste sentido, concorda-se que houve imprecisão na utilização de termos técnicos pelo CADE nos casos ICL/Bromisa e ALL/Rumo. No entanto, acredita-se que as cláusulas compromissórias contidas nos ACCs dos citados casos não são capazes de retirar os efeitos contidos na Lei 9.307/96 entre as empresas que participarem de eventual procedimento arbitral. O CADE, pelo que constou no acordo, poderá sim rever a decisão quando estiver atuando na proteção dos direitos coletivos do Direito Concorrencial (esfera administrativa), mas não em questões de natureza privada entre as partes¹⁸⁵.

A seguir analisaremos cada um dos casos, com o fito de analisar os objetivos da inclusão da cláusula compromissória em cada um dos acordos firmados. Não é objetivo do presente trabalho analisar os detalhes da operação e/ou dos problemas concorrenciais identificados pelo CADE. A análise será adstrita aos detalhes da escolha pela arbitragem.

3.2.2.2.1 Caso ICL/Bromisa

No Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47, em uma decisão sob relatoria da Conselheira Ana Frazão, o Tribunal Administrativo do CADE, por unanimidade, aprovou, com restrições, uma operação econômica envolvendo as empresas Bromisa Indústria e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda. no mercado de ácido fosfórico de grau alimentício.¹⁸⁶

Antes da aprovação pelo Tribunal Administrativo, a Superintendência Geral do CADE, analisando o ato, concluiu, em apertada síntese, que a operação poderia causar prejuízos ao consumidor, por meio da eliminação da concorrência no mercado de sais de fosfato. Ademais, a operação criaria elevação das barreiras à entrada no mercado em questão. Assim, impugnou o ato de concentração.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Este argumento será aprofundado a seguir, com a análise das cláusulas compromissórias contida nos acordos de cada um dos casos.

¹⁸⁶ O processo administrativo é público e pode ser consultado de forma eletrônica no portal do CADE. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018).

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018.

Diante da manifestação da Superintendência Geral do CADE, as empresas requerentes do Ato de Concentração propuseram um Acordo em Controle de Concentrações (ACC), comprometendo-se a adotar uma solução comportamental, que visasse a assegurar que não haveria o fechamento ao acesso do ácido fosfórico de grau alimentício nem a cobrança de preços discriminatórios dos concorrentes da ICL ou de eventuais entrantes.

O acordo de modo geral, obriga as empresas a não se recusarem de vender PPA de grau alimentício para qualquer (atual ou futuro) produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil, por um período de até oito anos. O preço cobrado pelo produto não poderia ser superior àquele praticado no momento do ato de concentração e deveria ser fixado de acordo com as regras de mercado¹⁸⁸.

Os preços atuais cobrados pela empresas, neste contexto, funcionam apenas como um limite na fixação dos preços do PPA, mas não eximem as empresas da obrigação de negociar de acordo com as condições usuais de mercado e a boa-fé objetiva. Isso, como consequência, levaria a uma discussão se o valor fixado pelas empresas estaria ou não respeitando as condições usuais de mercado e/ou a boa-fé objetiva. Neste sentido, a relatora do caso, no seu voto, entendeu que "o estabelecimento de parâmetros mais específicos obrigaria a autoridade antitruste a adentrar nos critérios de fixação de preços pelas requerentes, o que, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança, erro, diante da assimetria de informação, também imputaria ao CADE um elevado ônus de monitoramento"¹⁸⁹.

Para solucionar esse problema, sem que fosse necessário estabelecer um parâmetro fixo de preços pelo CADE, as partes propuseram um recurso à "arbitragem", de forma que, em caso de recusa das empresas em negociar de forma não discriminatória, o CADE poderia determinar que a solução da controvérsia fosse

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018.

¹⁸⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018.

submetida à decisão arbitral. A cláusula que prevê a arbitragem ficou assim redigida no acordo firmado com o CADE:

[...] 3.6 No caso de uma alegada recusa pela Fosbrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que tenha submetido pedido de boa-fé à Fosbrasil, e caso esse produtor alegue que a recusa da Fosbrasil não teve justificativa objetiva, o CADE poderá, se apropriado, solicitar à ICL Brasil que dê início a processo de arbitragem para dirimir a questão, de acordo com práticas usuais de negócio.

3.6.1 A ICL Brasil deve ter a oportunidade de manifestar-se sobre qualquer alegada recusa sem justificativa objetiva, pela Fosbrasil, de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que seja submetida ao CADE, previamente à decisão do CADE de instaurar ou não um processo de arbitragem para determinar se houve uma justificativa objetiva, e o CADE deve considerar os argumentos apresentados pela ICL Brasil.

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, caso em que esse produtor que reclamou deverá reembolsar a ICL Brasil pelos custos do árbitro(s).

3.6.3.1 A má-fé e/ou falsidade/enganosidade deverá ser atestada pelo CADE, que deverá para isso levar em consideração a opinião não vinculante exarada pelo(s) árbitro(s).

3.6.4 Se o CADE decidir pelo início de um processo 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. [...] ¹⁹⁰

Verifica-se, como já narrado acima, que a redação da cláusula e alguns trechos do voto da relatora do caso, que chega a tratar o laudo arbitral como “opinião”¹⁹¹ deixa em dúvida se o procedimento, da forma como foi desenhado no

¹⁹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018.

¹⁹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>. Acessado em: 13 fev. 2018.

acordo, de fato de trata de arbitragem ou de mero arbitramento e se o mérito da decisão poderia ser reanalisado pelo CADE.

Deixando de lado da discussão acadêmica, mas partindo para aspectos mais pragmáticos, entendemos que a convenção arbitral, da forma como foi acordada no ACC, não aparenta retirar poderes para que a decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível entre as partes que participarem do procedimento arbitral, em que pese, de fato, os termos técnicos utilizados na decisão e no próprio acordo sejam imprecisos.

Em outras palavras, entendemos que a decisão do árbitro com relação à suposta (i)licitude da fixação dos preços entre os concorrentes (esfera privada) será vinculante entre as partes que participarem do procedimento arbitral.

Isto porque, a cláusula compromissória contida no acordo é evidentemente patológica porque aponta um mecanismo inoperante para a indicação de árbitro¹⁹². Não há nenhuma regra nela que disponha sobre qualquer efeito que a arbitragem possa vir a ter sobre as futuras partes no procedimento, de maneira que as partes (leia-se empresas notificantes do ato de concentração de um lado e sua(s) concorrente(s) de outro), terão que firmar as regras do procedimento em termo de arbitragem, fazendo valer todos os efeitos da Lei 9.307/96 entre elas.

A depender do que constar no termo de arbitragem, as partes poderão inclusive dar poderes ao árbitro para decidir outras repercussões cíveis do fato concorrencial (cobrança de preços discriminatórios), caso estejam presentes os requisitos para tanto, tais como tutela inibitória e responsabilidade civil, por exemplo.

Entende-se também que as ressalvas feitas no voto e no acordo com relação aos efeitos do laudo arbitral perante o CADE se restringem exclusivamente à esfera de competência do SBDC, qual seja, aplicação coletiva do Direito Concorrencial, e não de efeitos cíveis privados.

Assim, é evidente que a decisão arbitral apenas não vincularia o CADE na aplicação coletiva do Direito Concorrencial, como, por exemplo, na análise do cabimento de aplicação de sanções pelo descumprimento do ACC e/ou penas administrativas por eventual infração concorrencial. Mas isso não leva à conclusão

¹⁹² Para Carlos Alberto Carmona, na ocorrência desta patologia, e na ausência de acordo com o adversário, a parte interessada em ver instituída a arbitragem “deverá socorrer-se do procedimento previsto no art. 7º da Lei e Arbitragem”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 113).

de que as partes do procedimento arbitral poderão, entre elas, discutir novamente a licitude da fixação dos preços.

A decisão do Tribunal Arbitral, contudo, se torna vinculante ao CADE no que tange à análise da relação jurídica existente entre as partes na matéria previamente delimitada no acordo. Neste caso, o CADE deve levar em consideração a decisão do(s) árbitro(s) no “constructo hermenêutico”¹⁹³ de suas decisões.

Neste contexto, apesar das críticas acadêmicas, entende-se que a solução de disputas adotada no Caso ICL/Bromisa, considerando a forma como foi pactuada no acordo, tem sim os requisitos necessários para a produção de todos os efeitos contidos na Lei 9.307/96, fazendo coisa julgada em relação às partes envolvidas no procedimento arbitral, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/1996¹⁹⁴.

Conclui-se parcialmente, portanto, que apesar das críticas acadêmicas e da imprecisão dos termos técnicos utilizados no ACC e no voto da relatora no Caso ICL/Bromisa, trata-se, sem dúvidas, do *leading case* em matéria de adoção de mecanismos privados de solução alternativa de controvérsias em matéria de controle de estruturas pela autoridade concorrencial brasileira, que, como será demonstrado, foi se aperfeiçoando com a experiência do CADE no tema.

3.2.2.2.2 Caso ALL/Rumo

No Ato de Concentração nº 08700.000871/2015-32, em uma decisão sob relatoria do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, o Tribunal Administrativo do CADE, por unanimidade, aprovou, com restrições, uma operação econômica que envolvia a incorporação de ações da América Latina Logística S.A. (“ALL”) pela Rumo Logística Operadora Multimodal S/A (“Rumo”).¹⁹⁵

¹⁹³ CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015, p. 39.

¹⁹⁴ Art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018).

¹⁹⁵ O processo administrativo é público e pode ser consultado de forma eletrônica no portal do CADE. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 25 fev. 2015. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6ZlwydI0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxp0229X0UYGMDhBvzt3pQfRlpxGQTPa_HjxPUeLAaYi>. Acessado em: 18 fev. 2018).

Antes da aprovação pelo Tribunal Administrativo, a Superintendência Geral do CADE, analisando o ato, impugnou a operação, recomendou a aprovação com restrições do ato de concentração, tendo em vista a possibilidade de ocorrência, em apertada síntese, dos seguintes efeitos com a consumação da operação:

[...] (i) adoção de estratégias de discriminação, que poderiam consistir em práticas cotidianas de difícil monitoramento pelo poder público; (ii) criação de dificuldade ao estabelecimento de players independentes em mercados verticalmente relacionados; (iii) acesso a informações concorrencialmente sensíveis de concorrentes; e (iv) venda casada anticoncorrencial, devendo ser garantido o acesso isonômico aos usuários da ferrovia que desejem atuar de forma independente da Nova companhia nos mais diferentes elos da cadeia produtiva analisada. [...] ¹⁹⁶

Diante da manifestação da Superintendência Geral do CADE, as empresas requerentes do Ato de Concentração propuseram um ACC prevendo uma série de medidas que visam afastar a adoção de condutas anticompetitivas pela nova companhia. Dentre esses compromissos, com o objeto de desestimular adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias, caso algum Usuário se sentisse discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela nova companhia, poderia iniciar um procedimental arbitral para dirimir a disputa. A cláusula que prevê a arbitragem ficou assim redigida no acordo firmado com o CADE:

[...] 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

¹⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 25 fev. 2015. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxp0229X0UYGMDhBvzlt3pQfRlpxGQTPa_HjxPUeLAaYi>. Acessado em: 18 fev. 2018.

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. [...] ¹⁹⁷

De pronto verifica-se que, diferentemente da convenção firmada no ACC do caso ICL-Bromisa, a cláusula compromissória é cheia, eis que traz um mecanismo para a indicação de árbitro. A crítica a ser feita é que as partes não indicaram na cláusula a vinculação da arbitragem às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, expondo ao risco de que a arbitragem possa ocorrer de forma *ad hoc* ou em alguma instituição com regras que não atendam às necessidades de uma disputa complexa como essa.¹⁹⁸

Além disso, por meio da cláusula 2.33, mais uma vez constou uma ressalva no sentido de efeitos da decisão arbitral ao CADE. Contudo, neste caso, a cláusula tem uma redação mais precisa e deixou mais clara que o CADE não vincula às decisões arbitrais para “a formação das suas decisões”. Ou seja, as decisões arbitrais vinculam exclusivamente as partes, mas não o CADE, o qual tem monopólio da competência de aplicação coletiva do Direito Concorrencial. Assim, a sentença arbitral terá força de título executivo extrajudicial fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/1996.

¹⁹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 25 fev. 2015. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwyd0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxp0229X0UYGMDhBvizt3pQfRlpxGQTPa_HjxPUeLAaYi>. Acessado em: 18 fev. 2018.

¹⁹⁸ Estas imprecisões técnicas, contudo, foram solucionadas nos dois casos posteriores, como se verá nas próximas seções.

3.2.2.2.3 Caso BM&FBovespa/Cetip

No Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11, em uma decisão sob relatoria da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, o Tribunal Administrativo do CADE, por unanimidade, aprovou, com restrições, uma operação econômica que envolvia a fusão da BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros (“BVMF”), CETIP S.A. – Mercados Organizados, (“CETIP”), que têm atividades no mercado financeiro.¹⁹⁹

Antes da aprovação pelo Tribunal Administrativo, a Superintendência Geral do CADE, analisando o ato, impugnou a operação, recomendando a aprovação com restrições, tendo em vista a possibilidade de eliminação com concorrentes potenciais e elevação das já expressivas barreiras à entrada com a consumação da operação.²⁰⁰

Para possibilitar, assim, a concretização do negócio, as empresas assumiram compromissos por meio de um ACC junto ao CADE, de modo a garantir o acesso de terceiros à infraestrutura das requerentes em condições justas, transparentes e não-discriminatórias. Assim, empresas se comprometeram a empreender período de negociação de até 120 dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços de central depositária e, no caso de fracasso nas negociações, o potencial entrante poderá acionar mecanismo de arbitragem para solucionar controvérsias. O Acordo determina que 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 de CSD. As regras da arbitragem ficaram assim redigidas no acordo firmado com o CADE:

II.3. Solução de Controvérsias por Arbitragem

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.

¹⁹⁹ O processo administrativo é público e pode ser consultado de forma eletrônica no portal do CADE. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 22 mar. 2017. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JilF539Q4DZH4il88XIK8ynD__jWNZZ>. Acessado em: 18 fev. 2018).

²⁰⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 22 mar. 2017. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JilF539Q4DZH4il88XIK8ynD__jWNZZ>. Acessado em: 18 fev. 2018.

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”).

2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, 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.

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.

2.14. A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral.

2.15. A decisão do Tribunal Arbitral é irrecorrível e terá caráter vinculante para as Compromissárias, observado o disposto na regulamentação aplicável.

2.16. As Compromissárias deverão enviar cópia da sentença arbitral ao CADE e à CVM em até 5 (cinco) dias contados da ciência da decisão arbitral.

2.17. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.

2.18. A arbitragem não vincula a CVM, que poderá, no âmbito do seu mandato legal e a seu exclusivo critério, aguardar o desfecho da arbitragem, mesmo que já lhe tenham sido submetidos assuntos relativos a políticas, regras, preços ou condições de acesso.²⁰¹

A cláusula compromissória contida no acordo é cheia e opta por procedimento institucional de acordo com as regras do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Verifica-se, assim, um grande avanço com relação às cláusulas firmadas nos casos ICL-Bromisa, que continha uma cláusula patológica, e ALL-Rumo, que continha uma cláusula de arbitragem *ad hoc*.

Mais uma vez, por meio da cláusula 2.17 constou uma ressalva no sentido de efeitos da decisão arbitral ao CADE. Contudo, neste caso, que contém redação idêntica à do caso ALL-Rumo, tem uma redação clara no sentido de que o CADE

²⁰¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 22 mar. 2017. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JilF539Q4DZH4il88XIK8ynD__jWNZZ>. Acessado em: 18 fev. 2018.

não vincula às decisões arbitrais para “a formação das suas decisões”. Ou seja, as decisões arbitrais vinculam exclusivamente as partes, mas não o CADE, o qual tem monopólio da competência de aplicação coletiva do Direito Concorrencial.

3.2.2.2.4 Caso AT&T/TimeWarner

Por fim, o caso mais recente de inclusão de cláusula compromissória em ACC se deu no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, em uma decisão sob relatoria do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, o Tribunal Administrativo do CADE, por unanimidade, aprovou, com restrições, uma operação econômica que envolvia a aquisição do controle unitário da Time Warner Inc. pela AT&T Inc., pelo valor total de US\$ 85,4 bilhões, que, no Brasil, acarretaria essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW (Turner, HBO e Warner) e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T.²⁰²

Antes da aprovação pelo Tribunal Administrativo, a Superintendência Geral do CADE, analisando o ato, recomendou a aprovação com restrições do ato de concentração, tendo em vista a existência de incentivos e a capacidade que a Sky terá para discriminar outras programadoras que concorrem com a Time Warner. Além disso, há possibilidade de fechamento do mercado de operação de TV por assinatura por meio do direcionamento dos conteúdos da Time Warner para a Sky, acarretando prejuízo ao demais agentes desse segmento.²⁰³

Para possibilitar, a concretização do negócio, as empresas assumiram compromissos por meio de um ACC junto ao CADE. Entre os compromissos assumidos pela AT&T está a manutenção da Sky Brasil e das programadoras de canais Time Warner como pessoas jurídicas separadas e com estruturas de administração e governança próprias, não sendo permitida a troca de informações

²⁰² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018.

²⁰³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018.

concorrencialmente sensíveis ou que possam implicar discriminação entre agentes que não façam parte do grupo econômico das empresas envolvidas na operação. Além disso, o acordo previu uma obrigação de observar parâmetros objetivos de não-discriminação mais abrangentes que os deveres legais usuais. Para auxiliar o CADE no monitoramento do cumprimento das obrigações, foi prevista a nomeação de um consultor independente.

Para evitar o estabelecimento de parâmetros mais específicos de não-discriminação pelo CADE (que inclusive estaria sujeito a um alto nível de insegurança e erro, diante da assimetria de informação), o ACC previu o recurso à arbitragem em caso de recusa das Compromissárias em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados. As regras da arbitragem ficaram assim redigidas no acordo firmado com o CADE:

6. DA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONTROVÉRSIAS.

6.29. 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”).

6.30. A Arbitragem será conduzida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CCBC”) e de acordo com as regras de arbitragem (“Regras”) do CCBC vigentes à época do pedido de Arbitragem. A sede da Arbitragem será na cidade de São Paulo, mas procedimentos poderão ser realizados em outras localidades, inclusive audiências, bem como a assinatura de sentença pelos árbitros.

6.31. As Compromissárias arcarão com as custas da CCBC e os 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, conforme definido no parecer da SG.

6.32. 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.

6.32.2. Havendo indicação pelo Tribunal Arbitral de reclamação de má-fé e/ou baseada em informações falsas ou enganosas no final do procedimento, o reclamante deverá reembolsar a AT&T pelos custos da Arbitragem, incluindo às custas da CCBC e os honorários dos árbitros.

6.33. A Arbitragem será suspensa se a parte interessada não demonstrar ter havido tentativa de negociação prévia durante 3 (três) meses, para que as partes tentem negociar por igual período antes de iniciar a Arbitragem.

6.34. 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.

6.35. A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral. O Tribunal Arbitral poderá prorrogar o prazo para emissão de sentença, caso haja circunstâncias excepcionais que justifiquem tal prorrogação.

6.36. 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.

6.37. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.²⁰⁴

A cláusula compromissória contida no acordo é cheia e opta por procedimento institucional de acordo com as regras do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). O que, mais uma vez, demonstra uma evolução na utilização da arbitragem como forma de remédios em atos de concentração pelo CADE.²⁰⁵

²⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018.

²⁰⁵ Neste sentido foi o comentário do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no seu voto neste ato de concentração: “9. Analisando a evolução da jurisprudência, é possível perceber que o Conselho tem cada vez mais se preocupado em fazer o uso da arbitragem de maneira técnica, sem descaracterizar a essência do instituto enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei nº 9.307/1996. 10. Enquanto nos primeiros dois casos (ILC Brasil/Vale Fertilizantes e ALL/Rumo), o Cade previu a arbitragem como mecanismos de resolução de controvérsias entre concorrentes que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste, no ACC firmado no caso Bovespa/Cetip pela primeira vez outorgou-se poderes suficientemente amplos para uma decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível. 11. No caso em análise, essa essência do instituto consagrada no Direito Privado é mais uma vez respeitada. Nos termos das cláusulas 6.1 e seguintes do ACC (SEI nº 0398711), poderá ser submetido à arbitragem qualquer litígio havido entre programadoras e prestadoras de SeAC que verse sobre condições de contratação. Assim, a princípio, o litígio levado ao juízo arbitral não necessariamente terá como causa de pedir disposição prevista no ACC, mas sim versará sobre qualquer direito patrimonial disponível, em consonância com o art. 1º da Lei nº 9.307/1996[6]. 12. Nessa perspectiva, portanto, o Acordo apenas facilita o ingresso no procedimento arbitral ao prever que o pagamento das custas correrá por conta das Compromissárias, na hipótese de o litígio envolver programadora ou distribuidora com participação de mercado inferior a 20% (vinte por cento). 13. Também em respeito aos contornos jurídicos do instituto, o CADE não se vinculará a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões. Isso porque a sentença arbitral terá força de título executivo extrajudicial fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/1996[7]. 14. Assim, não há 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” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº**

Conclui-se, neste sentido, que neste caso, mais uma vez a arbitragem foi utilizada como cláusulas remédios antitruste, trazendo uma solução concreta para uma situação e evitando a procrastinação da possível discriminação.²⁰⁶

08700.001390/2017-14. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018).

²⁰⁶ Neste sentido foi o voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14.** Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acessado em: 17 fev. 2018).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho voltou-se a investigar a adequação da arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial de acordo com a legislação brasileira.

Viu-se que, apesar de o Direito concorrencial brasileiro ter caráter eminentemente público e ser comumente associado à noção de ordem pública - vez que as normas de direito Concorrencial são consideradas como normas imperativas -, controvérsias envolvendo Direito concorrencial podem surgir em relações jurídicas que possuam convenção de arbitragem. Tanto é assim que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de já vir estimulando o debate sobre o tema em eventos científicos, também vem utilizando o mecanismo arbitragem como remédio para solucionar os problemas concorrenciais identificados em alguns importantes atos de concentração.

Foi nessa intersecção entre o interesse público (concorrência) e o interesse privado (arbitragem) que se estabeleceu a problemática do presente trabalho, qual seja: em que circunstâncias, de acordo com a legislação brasileira, a arbitragem pode ser utilizada como método de resolução de disputas privadas que envolvam Direito concorrencial?

Para atingirmos os objetivos deste trabalho, adotando o plano francês de exposição, dividiu-se a pesquisa em duas partes. Na primeira parte do trabalho apresentou-se algumas questões gerais, fundamentais para que se discutam questões mais específicas, atinentes à aplicação da arbitragem no âmbito do direito concorrencial. Na segunda parte, realizou-se uma análise do debate jurídico existente na utilização da arbitragem como método de resolução de disputas privadas que envolvam direito concorrencial

Como a primeira parte do trabalho, concluiu-se que:

1. O Direito Concorrencial é um microssistema que objetiva a tutela da concorrência em nosso país, nos moldes do artigo 173, §4 da Constituição Federal e da Lei nº 12.529/11 por meio dos sistemas de controle público (*public enforcement*) e privado (*private enforcement*). O combate ao ilícito em âmbito administrativo (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), penal e civil (ação civil pública) configura o *public*

enforcement enquanto o combate em âmbito civil, referente às ações civis privadas, configura o *private enforcement*.

1.1. *Public Enforcement* na legislação concorrencial brasileira se dá mediante o combate do ilícito concorrencial em âmbito administrativo (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), penal e civil (ação civil pública). Especificamente no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a atuação se dá basicamente mediante Análise de Condutas Anticompetitivas (controle repressivo) e Análise de Atos de Concentração (controle preventivo), com o objetivo principal de estimular e fomentar a concorrência da economia, apurando e reprimindo as infrações à ordem econômica.

1.2 *Private Enforcement*. na legislação concorrencial brasileira se dá com fundamento no artigo 47 da Lei 12.529/11, o qual legitima que os sujeitos prejudicados por infração à ordem econômica, com efeitos na esfera privada, possam pleitear na esfera judicial visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática da infração, ou seja, enquanto o Processo Administrativo perante o CADE tem como objeto a imposição de multa por infração administrativa, a ação judicial privada visa à reparação dos danos causados ou a cessação da conduta.

2. A forma estatal de solução de conflitos por meio do Poder Judiciário está em crise e que diversas pesquisas empíricas têm evidenciado uma equivocada estrutura de incentivos das regras processuais, que acabam por estimular demandas judiciais, fazendo com que os advogados optem por buscar formas adequadas para a solução de conflitos, em especial a arbitragem quando o assunto são conflitos comerciais
3. A arbitragem é meio heterocompositivo de resolução de conflitos, eficiente e alternativo (ou adequado/complementar) à jurisdição estatal, onde as partes delegam a um terceiro – o árbitro/tribunal arbitral - a decisão sobre o mérito do litígio entre pessoas capazes e sobre direito patrimonial disponível, sendo a decisão uma sentença e, como tal, terá força de título

executivo judicial. Em que pese as divergências doutrinária com relação à natureza jurídica da arbitragem, tem-se que o caráter jurisdicional, é hoje reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. A arbitragem, como microssistema jurídico, também é dotada de seus princípios, aos quais, em razão da função que cumprem, são considerados como princípios diretores do processo arbitral. Dentre estes princípios, pode-se arrolar, dentre outros, os seguintes: autonomia da vontade e limites (arts. 1º e 39, I e II, Lei 9.307/06); boa-fé (art. 20, Lei 9.307/06); autonomia da cláusula da convenção de arbitragem em relação ao contrato (art. 8, Lei 9.307/06); e competência-competência (art. 8, parágrafo único, Lei 9.307/06).
5. A convenção de arbitragem é o instrumento pelo qual as partes escolhem a arbitragem como forma definitiva de solução. Do gênero convenção de arbitragem, derivam duas espécies: cláusula compromissória (pactuada, de regra, antes de surgida a disputa) e o compromisso arbitral (pactuada, de regra, após o surgimento da disputa). Em que pese suas diferenças formais, ambas as espécies possuem duas eficácias diretas. A eficácia negativa, assim compreendida como uma renúncia à jurisdição estatal e a eficácia positiva, e a eficácia positiva, que garante a submissão do conflito objeto da convenção ao juízo arbitral.
6. O emprego da arbitragem somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam a utilização desta forma de solução de disputas. Pela regra do artigo 1º da lei de arbitragem, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem, é necessário que estejam presentes as condições para a arbitrabilidade subjetiva e para a arbitrabilidade objetiva.

6.1 Genericamente, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende da análise se as partes que pretendem utilizar a arbitragem: (i) firmaram compromisso arbitral; (ii) podem ser atingidos pelos efeitos do

compromisso arbitral; e (iii) se tais efeitos podem lhes ser opostos coercitivamente.

6.2 Arbitrabilidade objetiva, por sua vez, está relacionado à natureza da matéria submetida à arbitragem e é definido no direito brasileiro em função da patrimonialidade e da disponibilidade dos direitos em discussão. Assim, entende-se que o artigo 1º da lei brasileira de arbitragem estabelece que podem ser objeto de arbitragem, as controvérsias cujo Estado não tenha criado reserva específica por resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e que o bem objeto do litígio possa ser livremente transigível pelas partes.

Como a segunda parte do trabalho, concluiu-se que:

7. Para análise da arbitrabilidade subjetiva do direito concorrencial no direito brasileiro:

7.1 Em primeiro lugar, é necessário verificar se as partes que pretendem utilizar a arbitragem para resolver alguma disputa que envolva matéria concorrencial firmaram convenção arbitral. Ela pode ser uma cláusula compromissória contida em instrumento contratual existente entre as partes ou em acordo firmado com o CADE ou, ainda, um compromisso arbitral, por exemplo.

7.2 Em segundo lugar, deve-se analisar se o alcance da convenção de arbitragem abrange a disputa submetida ao procedimento arbitral. Em geral, as convenções de arbitragem são elaboradas amplamente, de modo a cobrir todos os litígios decorrentes ou relacionados ao contrato.

7.3 Em terceiro lugar, deve-se analisar se as partes tinham aptidão para o exercício do direito de contratar no momento da pactuação do compromisso arbitral e se inexistiam quaisquer hipóteses de incapacidades relativas ou absolutas.

8. Com relação à arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial no direito brasileiro:

8.1 A experiência do Direito comparado demonstra que litígios relativos a direitos com regimes de ordem pública são inarbitráveis *per se*.

8.2 No que tange aos direitos individuais buscados pelo prejudicado, à luz do artigo 47 da Lei Antitruste brasileira, não há vedação legal para aplicação das normas de Direito Antitruste no juízo arbitral, uma vez que o direito de ação previsto no artigo 47 da lei 12.529/11, nada mais é do que um direito que pode ser livremente transacionado entre as partes, cabendo, portanto, no requisito objetivo de arbitrabilidade previsto no art. 1º da lei nº 9.307/96. A indisponibilidade do Direito Concorrencial, portanto, encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual.

9. O árbitro possui um dever de aplicar o Direito Concorrencial na sua integralidade, ou seja, dentro da sistemática da Lei 12.529/11, inclusive de ofício, se necessário, porque as normas que compõe o Direito Concorrencial são consideradas imperativas e componente da ordem pública brasileira, o que significa dizer que são de aplicação obrigatória diante da importância que se mostram essenciais para a preservação da organização econômica do Estado brasileiro. Em sentido contrário, tem-se que deverá ser considerada nula a estipulação pelas partes que vise ao afastamento da aplicabilidade do Direito Concorrencial no procedimento arbitral
10. De modo geral, procedimentos arbitrais envolvendo matéria concorrencial se inserem em um contexto de *private enforcement* do Direito Concorrencial, embora haja um apertado espaço para utilização no *public enforcement*, o que vem sendo incentivado pelo CADE. Dentro deste contexto, a esfera de competência do árbitro seria adstrita à determinação de consequências civis relevantes para aplicação do direito concorrencial, o que não se confunde com a atuação administrativa do CADE. Além disso, os árbitros devem observar que a decisão deve se restringir às partes envolvidas e àqueles direitos disponíveis objeto do litígio, nos termos do art. 47 da lei 12.529/11, sob pena de anulação nos termos do art. 32, IV da Lei de Arbitragem.

11. O limite do poder dos Tribunais arbitrais, neste contexto, está exatamente nas esferas de competência constitucional e legal das autoridades do SBDC (ou do Ministério Público e Poder Judiciário em caso de crime) de exercerem seus próprios poderes sancionatórios para fazer cumprir o direito da concorrência em relação às práticas que constituem infração à ordem econômica (esfera administrativa ou criminal).
12. De modo geral, qualquer assunto de Direito da concorrência pode surgir no contexto de demandas privadas, desde cartéis até abuso de posição dominante, subsídios estatais e controle de fusões. De maneira mais prática, a arbitragem poderá ser utilizada para, dentre outros temas : (i) definir, sob o ponto de vista do direito civil, as responsabilidades reparatórias de cada uma das partes em razão da prática de um ilícito concorrencial; (ii) pleitear a cessação (tutela inibitória) de práticas que constituam infração da ordem econômica que tenham influência em relação contratual entre as partes; (iii) quantificações de danos por práticas reconhecidas pelo SBDC ou pelo Poder Judiciário como anticompetitivas; (iv) decidir questões contratuais derivadas de decisão judicial ou administrativa da autoridade antitruste; (v) implementação de remédios antitruste pelo CADE em sede controle de estruturas.
13. Ou seja, a arbitragem pode ser utilizada: (i) como meio para *private enforcement* do Direito concorrencial; e (ii) uma ferramenta para as autoridades concorrenciais aplicarem o Direito concorrencial (*public enforcement*).

13.1 Como meio de *private enforcement*, a arbitragem pode ser utilizada para aplicar o Direito Concorrencial no controle de condutas anticompetitivas, em basicamente duas hipóteses: (i) demandas propostas após o reconhecimento de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades do SBDC; e (ii) demandas que não se apoiam no reconhecimento prévio de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades do SBDC.

13.2 Como meio de *public enforcement*, a interface entre Arbitragem e Concorrência em matéria de controle de estruturas não é propriamente uma novidade para as autoridades da concorrência no direito comparado. Neste sentido, identificou-se alguns casos de ato de concentração que a Comissão Europeia utilizou o mecanismo da arbitragem e os classificou em quatro categorias: (i) compromissos de acesso; (ii) compromissos de acesso e resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras; (iii) arbitragem supervisionada por um administrador; e (iii) arbitragem em futuras relações contratuais.

13.3 Ainda em sede de *public enforcement*, embora não haja previsão expressa de utilização na Lei 12.529/11 e nem na lei 9.307/96, o CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em sede de Acordos em Atos de Concentração Econômicas (ACCs)

13.2.1 Nos primeiros dois casos (ICL/Bromisa e ALL/Rumo), o CADE previu a arbitragem como mecanismos de resolução de controvérsias entre concorrentes que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste. Neste sentido, em que pese a imprecisão na utilização de termos técnicos pelo CADE, acredita-se que as cláusulas compromissórias contidas nos ACCs dos citados casos não são capazes de retirar os efeitos contidos na Lei 9.307/96 entre as empresas que participarem de eventual procedimento arbitral. O CADE, pelo que constou no acordo, poderá sim rever a decisão quando estiver atuando na proteção dos direitos coletivos do Direito Concorrencial (esfera administrativa), mas não em questões de natureza privada entre as partes.

13.2.2 Nos dois últimos casos (BM&FBovespa/Cetip e AT&T/TimeWarner) o acordo firmado pelo CADE e pelas empresas outorgou de forma mais clara ao Tribunal Arbitral

“poderes suficientemente amplos para uma decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível”. Assim, se nos primeiros casos deixou dúvidas, os dois últimos foram muito claros ao afirmar que a cláusula compromissória contida nos acordos subtrai competência do Poder Judiciário para reapreciar as questões firmadas no acordo com o CADE.

Desta forma, verificando o trabalho como um todo, confirma-se a hipótese inicial no sentido de que a arbitragem é um meio adequado e eficiente para solução de algumas disputas que envolvam matéria concorrencial, seja em matéria de *public enforcement* ou *private enforcement*.

Como meio de *private enforcement*, a arbitragem pode ser utilizada para aplicar o Direito Concorrencial no controle de condutas anticompetitivas, em basicamente duas hipóteses: (i) demandas propostas após o reconhecimento de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades do SBDC; e (ii) demandas que não se apoiam no reconhecimento prévio de uma violação ao Direito Concorrencial pelas autoridades do SBDC.

Como meio de *public enforcement*, a interface entre Arbitragem e Concorrência em matéria de controle de estruturas não é propriamente uma novidade para as autoridades da concorrência no direito comparado. Neste sentido, identificou-se alguns casos de ato de concentração que a Comissão Europeia utilizou o mecanismo da arbitragem e os classificou em quatro categorias: (i) compromissos de acesso; (ii) compromissos de acesso e resolução de disputas envolvendo autoridades reguladoras; (iii) arbitragem supervisionada por um administrador; e (iii) arbitragem em futuras relações contratuais.

No Brasil, embora não haja previsão expressa de utilização na Lei 12.529/11 e nem na Lei 9.307/96, o CADE utilizou a arbitragem em pelo menos quatro oportunidades como forma de remédios antitruste em sede de Acordos em Atos de Concentração Econômicas (ACCs).

A finalidade da arbitragem, portanto, não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência, porquanto a arbitragem presta-se a trazer ao árbitro - terceiro independente - uma discussão parametrizada por premissas privadas e que, apenas em última instância podem vir a impactar a concorrência como um todo. Em outras palavras, a arbitragem é uma ferramenta para dar efetividade às decisões da autoridade antitruste e desestimular

práticas anticompetitiva que possam ser geradas pela concentração. As decisões arbitrais, nesse contexto, são para questões privadas, sendo que eventual análise sobre atos de concentração ou infração à ordem econômica não substituem a possibilidade de análise e sanção pela autoridade antitruste na defesa dos interesses difusos.

O futuro da relação entre o instituto da arbitragem e o Direito Concorrencial dependerá, contudo, de avanço nas políticas legislativas, do aprofundamento de pesquisas acadêmicas, e principalmente do desenvolvimento jurisprudencial, tendo em vista que discussões como essa ainda são tratadas como novidade no Brasil.

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 (Org.). **Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- AMARAL, Francisco, **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A Ordem Pública no Direito Processual Civil**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. **Ports: What measure of regulation**. Melbourne, 2016. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/speech/ports-what-measure-of-regulation>>. Acessado em: 13 fev. 2018.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Revisão judicial de decisões antitruste: intentivos para acordos? In: PADRO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado Regulador**. ed 1. Vol. 1, p. 81-102. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n.º 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 36, n.º 108, São Paulo, 1997, out.-nov., p. 73-90.
- BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 215. No mesmo sentido: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: **Direito Internacional Privado- Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out./dez. 2001.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em:
<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf>.
Acessado em: 03 fev. 2018

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

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Filosofia e Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 451-469

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. *Kluwer Law International*, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10**. Julgado em 08 mar. 2017. Disponível em
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcakup4MTWZyeBSDZ5d_PsH6Sp7k_IWef9iU9ND5Epdnou>
Acesso em 11 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 dez. 2014. Disponível em
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh>.
Acessado em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 18 out. 2018. Disponível em
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>.
Acessado em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Julgado em 25 fev. 2015. Disponível em
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxp0229X0UYGMDhBvizt3pQfRlpxGQTPa_HjxPUeLAaYi>.
Acessado em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 22 mar. 2017. Disponível em

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JilF539Q4DZH4il88XIK8ynD__jWNZZ>.

Acessado em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de Concentração nºs 08012.002870/2012-38; 08012.006706/2012-08; 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01**. Requerentes Monsanto do Brasil Ltda., Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., Nidera Sementes Ltda., Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes Ltda. Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão. Todos julgados em: 28 ago. 2013. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUDRSQzyOXk5fVvhxHrAsNX676JEGgqZI5sjlBzi5WzA>.

Acessado em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE debate arbitragem em seminário**. Brasília, 2017. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/noticias/seminario-sobre-arbitragem-e-concorrencia>>.

Acessado em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Para Análise Da Consumo Prévia De Atos De Concentração Econômica**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil – 3. Ed. Revista, ampliada a bilíngue – São Paulo: CIEE, 2007.**

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14**. Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 28 jul. 2005. Disponível em

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAIDAQnWf3dDCLooyz_d4XaAjLwB9hjz8GCekQam0P0>.

Acessado em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02**. Relator: Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 28 ago. 2013. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndT0JjQbM_V1O2wJnK9hWA_htgoF3XvG3CySjsgh0M-0>. Acessado em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Relator: Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 01 set. 2010. p. 126. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV5To9AThgax0yiv91mB1jun9BCIYIAj4O_hzzvf9_Dn> Acesso em 13 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005447/2013-12**. Relatora: Ana Frazão. Julgado em 10 jun. 2014. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnTIVq2Ce6K039IeA0147e51XuqMLmF0M9nqLHdkBfOEC> Acesso em 17 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 14 mar. 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajR6QVNAPoFg81ow9srRKfIc0exuAKvw8vqggjgA3PB5G>. Acessado em: 07 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório Justiça em Números 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acessado em 10 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em: 12 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Reclamação nº 9.030/SP.** Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgado em 20 de mar. de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1218649&num_registro=201201163734&data=20130424&formato=PDF>. Acesso em 13 jan. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 111.230/DF.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08 de maio de 2013. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 29 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 139.519/RJ.** Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 11 de outubro de 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1518784&num_registro=201500766352&data=20171110&formato=PDF> Acesso em 26 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 08 de mar. de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF> Acesso em 04 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 590.960/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 26 de outubro de 2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=496003&num_registro=200301697706&data=20050321&formato=PDF> Acesso em 26 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 612.439/RS**. Relator: João Otávio de Noronha. Julgado em 25 de outubro de 2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=589042&num_registro=200302124603&data=20060914&formato=PDF> Acesso em 26 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.813/PR**. Relator: Nancy Andrighi. Julgado em 20 de outubro de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF> Acesso em 26 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada nº 1.210**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 20 de junho de 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=702299&num_registro=200601859186&data=20070806&formato=PDF> Acesso em 26 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 52.181**. Relator: Bilac Pinto. Julgado em 14 de novembro de 1973. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>> Acesso em 21 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1091267>> Acesso em 26 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7**. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 13 de junho de 2002. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265769>> Acesso em 21 jan. 2018

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Ação Civil Pública nº 0002983-48.2012.4.03.6105**, em trâmite na 3ª Vara Federal de Campinas/SP. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>>. Acesso em 31 mai. 2018.

BRIDGEMAN, JAMES. *The Arbitrability of Competition Law Disputes*. In **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008.

BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitration and Competition Law: The Position of The Courts and of arbitrators. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 10 jan. 2018.

CADE. Balanço de 2016. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancose-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem – A Lei 9.307/96**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisando o tema. **Revista de arbitragem e mediação**. M 27, out.-nov., 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo - um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 16. ed. São Paulo: 2009.

CAVALCANTI, Rodrigo Camargo. Acordos em Controle de Concentrações e o instituto da Arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência**. vol. 3, nº 2. Brasília, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº CCOMP/M.5046 – Friesland Foods/Campina**. Bruxelas, 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5046_20081217_20600_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5440 – Lufthansa/ Austrian Airlines**. Bruxelas, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5440_20090828_20600_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.3998 – Axalto / Gemplus**. Bruxelas, 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3998_20060519_20212_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M. 2876 - Newscorp/ Stream/Telepiù**. Bruxelas, 2003. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_pt.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring**. Bruxelas, 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916_20060426_20600_en.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.3680 - Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio**. Bruxelas, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3680_20050428_20212_en.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5655 - SNCF/LCR/ EUROSTAR**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5655_1034_2.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.5756 – DFDS/ Norfolk**. Bruxelas, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5756_1418_2.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.4691 - Schering-Plough/Organon BioSciences**. Bruxelas, 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4779_20071213_20212_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Concorrência. **Case nº COMP/M.4779 - Akzo/ ICI**. Bruxelas, 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4779_20071213_20212_en.pdf>. Acessado em: 13 fev. 2018.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBar). **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>. Acessado em 06 jan 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. e PAULSSON, Jan. “**International Chamber of Commerce Arbitration**”. Paris: Oceana Publications Inc. e ICC Publishing S.A., 1990., 2ª ed., p. 86.

CRANE, Daniel. *Private enforcement Against Internacional Cartels in Latin America*. **Cardozo Legal Studies Research Paper**, nº 231, p. 1-40, 2008.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. (org.). **Arbitragem Interna e Internacional** – Questões de Doutrina e da Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, pp. 231-246, 2017.

DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil** – Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 1: Teoria Geral dos Direito Civil**. 27ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals Second Circuit*. **American Safety Equipment Corp. vs. J.P. Maguire & Co.** 391 F.2d 821.

Disponível em: <<http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>>. Acessado em: 18 jan. 2018

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Supreme Court*. **Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.** 473 U.S. 614. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>>. Acessado em: 17 jan 2018.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 2, Novembro 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. In **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 4, nº 6, p. 87-89, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência – Origem Histórica e Base Constitucional, in: **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 2, pp. 65-74.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; e MONTEIRA, André Luís. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. **Revista de Direito Privado**, vol. 49, p. 227-285, 2012.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA. **Notificación de Operación de Concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc. Rol FNE F-81-17**. Santigado, 2017. Disponível em: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/inap_F81_2017.pdf>. Acessado em 14 fev. 2018.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. 2.ed. Haia: *Kluwer Law International*, 1999.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158.

FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das Estruturas. In: ULHOA COELHO, Fábio. **Tratado de direito comercial, volume 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do MPF junto ao CADE. In **Revista de Direito Econômico**, V. 24, Brasília, 1996.

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.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no Direito Brasileiro e Internacional. **Revista de Direito Bancário**, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 12, abr./jun., 2001, p. 337-356.

GICO JR., Ivo Texeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 267, 2014, p. 163-198

GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 5, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed., Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 303-311, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: **Revista trimestral de direito público**. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 14-20, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. Acesso aos Tribunais como pretensão a tutela jurídica. in: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Constituição. Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário 2008. n.5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HANOTIAU, Bernard. **Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions, International arbitration law library**. *Kluwer Law International*, 2005.

HOVENKAMP, Hebert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3ª ed. West Group, 2005.

IDOT, Laurence. *Arbitration and competition law*. In: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 04 jan. 2018.

INGLATERRA; PAÍS DE GALES. High Court of Justice (Commercial Court). **ET Plus SA & Ors v Welter & Ors [2005] EWHC 2115 (Comm)**. Julgado em 07 de Novembro de 2005. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2115.html>. Acessado em: 10 fev. 2018.

ITÁLIA. *Court of Appeal of Milan*. **Istituto Biochimico Italiano v Madaus A.G.**. Julgado em 13 de setembro de 2002.

JAMES BRIDGEMAN. The Arbitrability of Competition Law Disputes. In **European Business Law Review**, nº 19, pp. 147–174, 2008.

JIMENEZ, Lucas Moreira. A aplicação do Direito Concorrencial na Arbitragem Internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org). **Direito e Arbitragem: Estudos Acadêmicos**. Vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de Arbitragem**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

KOMMINOS, Assimakis. **Arbitration and EU Competition Law**. *University College London, Department of Law*. London, 2009. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105>. Acessado em: 30 dez. 2017.

KURKELA, Matti S. *Competition laws in international arbitration: the may, the must, the should and the should not*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 4, 2005.

LANDE, Robert H.; DAVIAS, Joshua P. *The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Weden, Hammond, And Barnett*. **University of San Fransicos Law Research Paper No 24**. São Fransico, 2012.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. São Paulo, n. 8, p. 346-358, abr./jun. 2000.

LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos - Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: <www.selmalemes.com.br>. Acessado em: 11 fev. 2018.

LEMES, Selma M. F. **Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **A Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva.** Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br>>. Acessado em 10 jan. 2018.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEW, Jonas; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration,** Kluwer Law International, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil.** Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

LONGO, Samantha Mendes. Ação judicial extinta de ofício em razão da existência de cláusula compromissória: art. 301, § 4.º, do CPC. Comentários ao Ag Inominado da ApCiv 0422107-87.2008.8.19.0001 do TJRJ. In: WALD, Arnaldo (coord.) **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Ano 9. vol. 32. jan.-mar. 2012.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições Verticais no Direito Antitruste Brasileiro à Luz da Análise Econômica do Direito.** Dissertação de Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2014.

MACIEL, Marco. Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, nº 9, 2006.

MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. **ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: A Arbitrabilidade dos Direitos Protegidos pela Lei 12.529/11 e o Instituto da Arbitragem no Contexto do Direito Brasileiro.** 2014. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

MAGALHÃES, José Carlos de. A Arbitragem e o Processo judicial. **Revista do Advogado,** n. 87. São Paulo, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse Difuso: legitimação para agir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis – Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.** São Paulo: Singular, 2013

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. *Anti-cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends*. Em: **Overview of competition Law in Brazil**. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil. **Revista dos Advogados**, n.º 51, São Paulo, out. 1997.

MARTINS, Pedro Batista. **A autonomia da Cláusula Compromissória**. Disponível em <<http://www.batistamartins.com/>>. Acessado em: 12 jan 2018.

MATION, Gisela. **Ações Cíveis para Cessaçã o e Reparaçã o de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/seae>. Acessado em 13 jan. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 7099345-90.2009.8.13.0024**, em trâmite na 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?comrCodigo=24&numero=1&penso=09709934>. Acesso em 31 mai. 2018.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira; LORENZONI, Eduardo Kurtz. A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida durante a gestão inicial do CNJ). In: PELUSO, Cezar Antonio; RICHA, Morgana de Almeida; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense 2011. p. 71-84.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, Talita. Cade fecha recorde de 31 acordos de leniência em 2017. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5222385/cade-fecha-recorde-de-31-acordos-de-leniencia-em-2017>>. Acesso em 1 mai. 2018

MOTTA, Lucas Griebeler da. Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial nº 1.554.986: uma ameaça aos carteis ou ao programa de leniência brasileiro?

Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 22, p. 236-244, 2016.

MOTTA, Massimo. SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil**. 1 a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MOURRE, Alexis. *Arbitraje y Derecho de la Competencia: un Panorama desde la Perspectiva Europea*. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 10, 2006.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**. v. 6, p. 47-81, 2015.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral: teoria e prática**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e Prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/codigo-etica-disciplina>>. Acesso em: 15 fev. 2018

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Arbitration and Competition (Hearings)**. Paris, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acessado em: 10 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee on Co-operation and Enforcement. **Working Party No. 3. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Brazil**. Paris, 2015, p. 3. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/P/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/P/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em 30 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acessado em: 14 mar. 2018).

PACHÁ, Andreia Maciel. Movimento pela Conciliação – O Foco na Sociedade. In: PELUSO, Cezar Antonio; RICHA, Morgana de Almeida; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense 2011. p 85-95.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol1.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?**. In: TIMM, Luciano Benetti. (org.). Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de Law & Economics**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

PINTO, Débora. **The Role of the Arbitrator in Applying EU Competition Law under the Modernisation Process**. Tese de Mestrado. Maastricht University, 2016, p. 14; e DI BROZOLO, Luca Radicati. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 27, 2010.

PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 2, n. 6, p. 25-36, 2005.

POMBO, Bárbara; DANTAS, Iuri. **Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 13 fev. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

POSSAS, Mario Luiz. FAGUNDES. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David. HASENCLEVER, Lia (Org.). **Economia Industrial**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 415-430.

PricewaterhouseCoopers (PwC). **Corporate Choices in international Arbitration: Industry perspectives**. London, 2013. Disponível em<<http://www.pwc.com/arbitrationstudy>>. Acessado em 06 jan 2018.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PUGLIESI, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. **Revista Direito GV**. São Paulo: GV, 2008. p. 15-28.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Viaje por R\$ 50,00: Promoção ou Preço Predatório? A Revolução Antitruste no Brasil 2: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**. Ed. Singular, 2008.

RANZOLIN, Ricardo Borges. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

RANZOLIN, Ricardo; CANTERJI, Rafael Braude. Dever de Sigilo do Advogado Quando Atua como Árbitro no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 53, p. 335-354, 2017.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem Privada Internacional no Brasil**. Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-31.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROGERS, Catherine A.; LANDI, Niccolò. **Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe**. Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01; Corcorrenza e Mercato. Milão, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962334>. Acessado em: 10 fev. 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, p. 92.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, 1ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16, 2009, p. 325-351.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrncia_moderno.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, volume I, 1984.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa – Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299-300

SILVA, Rodrigo Tellechea. **Sociedade Anônimas Fechadas: Direitos Individuais dos Acionistas e Cláusula Compromissória Estatutária Superveniente**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STEIN, Raquel. **Arbitrabilidade no direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, p. 252-264, 2013

SZTAJN, Rachel; ZYLBERZSTAJN, Décio. **Direito & Economia**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril do; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016

TALBORT, Conor C. **Arbitration and Competition Law: The Potential Role of Ireland in the Privatisation of Competition Law**. In: *Hibernian Law Journal* 2014, nº 1, p. 137-158. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2464619>. Acessado em 10 fev. 2018.

TAUFICK, Roberto Domingos. **A nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 255

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol III. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem A Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito in: TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. *History and competition policy in Brazil: 1930-2010*. **The Antitrust Bulletin**. v 57, n. 2, p. 207-257, 2012.

TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. **A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts**. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume I. Organizadores: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)**. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf>. Acessado em: 10 fev. 2018)

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?ELX_SESSIONID=wF1WTByLLPXnfZX14XnNhKsTsxVxkfvK6wffl5XWJWKFILxvQ3xq!-732300313?isOldUri=true&uri=CELEX:61997CJ0126#CO>. Acessado em: 28 jan. 2018.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 16. São Paulo, 2009, p. 353-385.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

WEINTRAUB, Russel J. **International litigation and arbitration: Practice and Planning**. Durham: Carolina Academic Press, 1997.

WILLIAMSON, Oliver E. *Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations*. In: **Harvard Law Review**, Vol. 85, No. 8, 1972, p. 1512-1531.

WILS, Wouter P.J. **The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages**. *World Competition*. Vol. 32, 2009, pp. 3-26. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962334>. Acessado em: 10 mar. 2018.