

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

MARIA LUÍSA BEBBA PINHEIRO

**A questão concorrencial na arbitragem: as intersecções entre aquela matéria de
ordem pública e a jurisdição privada**

PORTO ALEGRE

2023

MARIA LUÍSA BEBBA PINHEIRO

**A questão concorrencial na arbitragem: as intersecções entre aquela matéria de
ordem pública e a jurisdição privada**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Orientadora: Professora Doutora Giovana
Benetti

PORTO ALEGRE

2023

MARIA LUÍSA BEBBA PINHEIRO

**A questão concorrencial na arbitragem: as intersecções entre aquela matéria de
ordem pública e a jurisdição privada**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Giovana Benetti

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo

Examinador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Examinador: Prof. Me. Lucas Gerhardt Gavronski

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Minha vinda a Porto Alegre para estudar de nada seria possível se não houvesse as ligações aos domingos para casa, ou as mensagens perguntando se eu já havia chegado em casa. À minha mãe, CLEUSA MARIZA BEBBA, por ter abdicado de parte da carreira profissional para me criar e por ter me comprado inúmeros cadernos de caligrafia para que eu aprendesse a escrever – o início da minha peregrinação pelo estudo teve início por aqueles papéis de linhas estreitas e capas coloridas. Ao meu pai, LUÍS RUBEM MEDEIROS PINHEIRO, que perto da minha idade trabalhava na rodoviária de São Luiz Gonzaga e via semanalmente pais deixando filhos para irem estudar em Porto Alegre e hoje, em parte, também se realiza em mim.

À minha irmã MARIA PAULA BEBBA PINHEIRO, por desde os meus primeiros anos de vida ter sido minha inspiração e por ter me guiado no universo do Direito. À minha irmã VITÓRIA COLPO PINHEIRO, que me ensina diariamente sobre amor e resiliência. À minha tia ISOLDE BEBBA SOARES, que lembra desde os mais insignificantes até os mais relevantes eventos da minha vida e, tenho certeza, registrará no coração a minha conclusão de curso. Ao meu namorado, AUGUSTO MARQUES MOREIRA, por ter me dado além de amor, confiança, quando eu não conseguia. Ao meu melhor amigo e fiel escudeiro, TALES LANFREDI LAGO, por sempre estar lá.

Ainda, nada importaria se não fossem aqueles que eu tive o prazer de conhecer durante esta jornada. Aos meus colegas MARCELO LAZZARTTO, JÚLIA SCOMAZON, JÉSSICA HERRERA, MARIANA RUPPENTAL, GUSTAVO GRITTI, BERNARDO MUNEIRO e SILVANA BRAGANÇA que compartilham comigo desde o primeiro dia os sabores da busca pelo diploma em direito. Por termos aprendido juntos cada passo e por valorizarmos a carreira escolhida por cada um. Ao professor EDUARDO SCARPARO e aos colegas do grupo de pesquisa Processo e Argumento, por termos criado além de pesquisa, amizades para além das reuniões nas segundas-feiras.

Também tiveram aqueles que viveram intensamente comigo jornadas de competição acadêmica. À primeira Equipe de Direito Processual Civil da UFRGS, por ter cativado em mim a vida de *mootie*. Em especial, às minhas amigas que eu fiz lá, LEANDRA ARAÚJO e MARIA ALEJANDRA VIVANCO, são oficialmente minhas conselheiras jurídicas – seja o problema que for. À Equipe de Arbitragem na UFRGS, por ter me ensinado a disciplina necessária e a paixão pelo Direito Privado que me moveu até aqui. Em especial,

GRAZIELA BRÁZ, LUÍZA MAYER, LAURA PACHECO, WALDYR LIBERATO e ALEXANDRE SAUERWEIN. Por último, à Equipe de Direito Concorrencial, que me proporcionou conhecer uma área completamente nova e instigante. Em especial, ao DARIO, que sempre estive de prontidão para tirar quaisquer dúvidas minhas sobre concorrencial.

A todos aqueles que passaram pelo meu caminho durante esse período de graduação e tiveram a humildade de compartilhar comigo um pouco do que sabiam. A minha primeira *chefe*, THAÍS PACHECO, pela leveza e paciência em ensinar uma aluna do segundo semestre o que era um despacho. Ao RODRIGO SALTON, por ter me ajudado, desde as provas de física do vestibular, até as noções mais complexas de arbitragem e Direito Civil. Ao escritório GERSON BRANCO ADVOGADOS, que em tão pouco tempo já acrescentou de forma exponencial na minha formação. A todos os professores que tive a honra de ter em minha jornada. Em especial, à minha orientadora, GIOVANA VALENTINIANO BENETTI, pelas rigorosas e necessárias revisões e pela paciência no compartilhamento do saber.

*Liberdade – palavra que o sonho humano alimenta, não há
ninguém que a explique e ninguém que não entenda.*

*(CECÍLIA MEIRELES, *Romanceiro da Inconfidência*)¹*

¹ MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar S.A., 1997, p. 81.

RESUMO

PINHEIRO, Maria Luísa Bebba. A questão concorrencial na arbitragem: as intersecções entre aquela matéria de ordem pública e a jurisdição privada. 2024. 93 páginas. Monografia de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, fevereiro de 2024.

O objetivo do presente trabalho consiste em responder se é possível a realização de arbitragens para a resolução de conflitos que dizem respeito ao campo do Direito da Concorrência. A problemática é relevante à medida que a arbitragem é conhecidamente uma forma de litigância exercida na via privada. Esse método de disputa é regulamentado pela Lei 9.307/1996, que no artigo 1º estabelece que as pessoas capazes podem se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais e disponíveis. O requisito da capacidade é denominado como arbitrabilidade subjetiva. Já o requisito da patrimonialidade e da disponibilidade do objeto como arbitrabilidade objetiva. Este último, em específico muito importa ao estudo da matéria em debate, uma vez que o Direito da Concorrência é matéria constitucional e de ordem pública e, em razão disso, parte de suas matérias não podem ser negociadas entre as partes. Para fazer esta análise portanto, o presente trabalho põe em perspectiva os principais elementos da arbitragem e, em sequência, os de igual valor do direito da concorrência. Posteriormente, propõe-se uma análise conjugada entre tais conceitos e casos concretos julgados por Cortes Internacionais e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A metodologia utilizada é a de revisão bibliográfica e de análise jurisprudencial. Como conclusão, é possível observar que há uma intersecção entre a matéria de Direito Privado atinente à arbitragem com esta de Direito Público, de forma que é possível o uso da arbitragem para que sejam dirimidos alguns conflitos oriundos de questões concorrenciais.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito da Concorrência. CADE.

ABSTRACT

PINHEIRO, Maria Luísa Bebbá. The competition issue in arbitration: the intersections between public policy and private jurisdiction. 2023. 93 pages. Undergraduate thesis. Federal University of Rio Grande do Sul. Law School. Porto Alegre, february, 2023.

The aim of this paper is to answer whether it is possible to carry out arbitration to resolve conflicts in the field of competition law. The issue is relevant as arbitration is known to be a form of litigation exercised privately. This method of dispute is regulated by Law 9.307/1996, Article 1 of which establishes that capable persons may use arbitration to settle disputes relating to property and available rights. The requirement of capacity is called subjective arbitrability. On the other hand, the requirement of patrimoniality and availability of the object as objective arbitrability. The latter, in particular, is very important to the study of the matter under discussion, since competition law is a constitutional and public policy matter and, as a result, some of its issues cannot be negotiated between the parties. In order to carry out this analysis, this paper looks at the main elements of arbitration and, subsequently, those of equal value in competition law. It then proposes a combined analysis of these concepts and concrete cases judged by international courts and the Administrative Council for Economic Defense (CADE). The methodology used is bibliographical review and jurisprudential analysis. In conclusion, it can be seen that there is an intersection between private law matters relating to arbitration and public law matters, so that it is possible to use arbitration to resolve some conflicts arising from competition issues.

Key words: Arbitration. Competition Law. CADE.

ABREVIATURAS

Ácido Fosfórico de Grau Alimentício	PPA
Acordo em Controle de Concentrações	ACC
Agência Nacional de Transportes	ANTAQ
Aquaviários	
Agência Nacional de Transportes Terrestres	ANTT
Agrovia S.A.	Agrovia
América Latina Logística S.A.	ALL
Artigo(a)	Art.
Ato de Concentração	AC
ATS Brasil S.A.	ATS
AT&T Inc.	AT&T
<i>Benetton International NV.</i>	<i>Benetton</i>
BM&F BOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros	BVMF
Brasil, Bolsa e Balcão	B3
<i>Bulova Watch Company Inc.</i>	<i>Bulova</i>
Câmara de Comércio Brasil – Canadá	CAM-CCBC
CETIP S.A. – Mercados Organizados	Cetip
Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).	Código Civil ou CC
Conselho Administrativo de Defesa Econômica	CADE
Cláusula	Cl.
Comunidade Econômica Europeia	CEE
DIRECTV Latin America LLC	DTVLA
Edição	ed.
<i>Eco Swiss China Time LTDA</i>	<i>Eco Swiss</i>
Estados Unidos da América	EUA
<i>Federal Arbitration Act</i>	FAA
<i>Israel Corportation Ltd. Brasil</i>	ICL Brasil
Julgado	j.

Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996)	LArb
Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 10.529/2011)	LDC
Número	n.
Operação de fusão entre as empresas Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A.	ALL-Rumo
Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico	OCDE
Organizado	Org.
Página	p.
Parágrafo	§
Relator(a)	Rel.
Rumo Logística Operadora Multimodal S.A.	Rumo
Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	SBDC
Sundance Channel Latin America LLC	Sundance
Superintendência Geral	SG
Time Warner Inc.	TW
Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia	TFUE
Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias	TJCE
Tribunal de Justiça da União Europeia	TJUE
Vale Fertilizantes S.A.	Vale
Volume	Vol.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Sistematização do funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Tabela 2: Sistematização das possibilidades de uso da arbitragem em matérias de Direito da Concorrência que versem sobre condutas colusivas.

Tabela 3: Exemplo de acordos horizontais e verticais.

Tabela 4: Sistematização das possibilidades de uso da arbitragem em matérias de Direito da Concorrência que versem sobre condutas unilaterais.

Tabela 5: Síntese dos casos narrados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE I. A ARBITRAGEM ENQUANTO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – USOS E LIMITES	19
<i>1.1. Arbitrabilidade como força do Poder Estatal.....</i>	<i>19</i>
<i>1.2. As barreiras ao uso da arbitragem: arbitrabilidade subjetiva e objetiva.....</i>	<i>25</i>
PARTE II. O PAPEL DO CADE E A (IN)VIABILIDADE DE ILÍCITOS ANTICORRENCIAIS SEREM DISCUTIDOS EM ARBITRAGEM.....	33
<i>2.1. A matéria concorrencial e a atuação do CADE na defesa destes direitos.....</i>	<i>34</i>
<i>2.2. A atuação do CADE e a possibilidade de aplicação da arbitragem: o controle de estruturas e o controle de condutas.....</i>	<i>38</i>
PARTE III. AS POSSÍVEIS INTERSEÇÕES ENTRE O ENFORCEMENT PRIVADO E AS MATÉRIAS RELATIVAS AO DIREITO ANTITRUST	52
<i>3.1. Casos paradigmáticos que deram início ao debate</i>	<i>53</i>
<i>3.2. As possíveis aplicações ao ordenamento jurídico brasileiro: é possível que o CADE determine a solução de conflito pela via arbitral?.....</i>	<i>61</i>
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83
CASOS CITADOS	92

INTRODUÇÃO

“A arbitragem fascina: pela impressão que ela pode dar de escapar, em grande parte, do controle das sociedades organizadas, pela ambiguidade, fatos de liberdade, que lhe confere seu leve enraizamento espacial, pela influência que ela exerce sobre o jogo de interesses e o desenlace de conflitos, pela sua indeterminação com relação ao direito, que faz dela um fenômeno do qual a existência precede a essência, ela cultiva no homem o sentimento, ou ao menos a ilusão, que, nas suas mãos, ela pode se constituir num instrumento de sua vontade de poder e um meio de se subtrair assim à norma ordinária”².

O Direito da Concorrência e o instituto da arbitragem são, a *prima facie* assuntos aparentemente contraditórios e incompatíveis³. Isso porque de um lado temos um marco da autonomia privada e da predominância da vontade das partes, que optam pela resolução de um conflito pela via *alternativa* ou adequada⁴. De outro, a emanção do poder público para regulamentar a via privada tendo como principais objetivos a tutela de (i) interesse institucional de manutenção da concorrência e (ii) interesses difusos ou de titularidade transindividuais⁵. É o que James Bridgeman denomina como “o encontro de duas artes das trevas” (*meeting of two black arts*)⁶.

Mas a verdade é que as áreas se encontram – e muito – por terem em sua maioria os mesmos sujeitos: os agentes econômicos. Não à toa que a problemática sobre a intersecção entre as matérias é objeto de análise pelos intérpretes do direito há muito, como é o caso *Eco Swiss China Time LTDA. vs. Benetton International NV.*, de 1999. O caso –ficou famoso por ser um dos primeiros a tratar sobre a intersecção entre as matérias, servindo de exemplo para as situações em que os árbitros aplicaram a matéria

² OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 09. Trecho original: “L'arbitrage fascine: par l'impression qu'il peut donner d'échapper em grande partie à l'emprise des sociétés organisées, par l'ambiguïté, factus de liberté, que lui confere son faible ancrage spatial, par l'influence qu'il exerce sur le jeu des intérêts et le dénouement des conflits, par son indétermination au regard du droit, qui em fait un phénomène dont l'existence precede l'essence, il entretient chez l'homme le sentimento, ou tout au moins l'illusion, qu'il peut constituer entre ses maisn um instrument au servisse de as volonté de puissance et um Moyen de se soustraire ainsi à la norme commune.”

³ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 99.

⁴ Existem autores que divergem sobre a classificação da arbitragem como método de resolução de conflitos paraestatal. Para fins deste estudo, será utilizada a nomenclatura de método de resolução de conflito *adequado* por se entender que a arbitragem pode ser utilizada em um campo limitado de litígios e – dentro daquele campo limitado – é um meio possível de resolução.

⁵ FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Também em: MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 99.

⁶ BRIDGEMAN, James. The Arbitrability of Competition Law Disputes. *European Business Law Review*, n. 19, p. 147-174, 2008, p. 147. Também em: SALTON, Rodrigo. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma análise a partir do caso Eco Swiss. *Res Severa Verum Gaudium*, vol. 6, n. 1, p. 424-438, junho, 2021, p. 424.

concorrencial e tiveram a sua sentença questionada nos Tribunais locais. Naquele caso e em diversos outros como será visto em capítulo específico do trabalho, há uma clara intersecção entre os institutos. Mas não somente porque há uma similitude entre partes (pessoas jurídicas de direito público e de direito privado), mas porque há uma aproximação no objeto.

Na teoria e prática jurídica, uma das distinções mais importantes é a entre o *Direito público* e o *Direito privado*⁷. Aos que trabalham com a ciência jurídica, são esses conceitos fundamentais que alicerçam, moldam o direito e proporcionam uma aplicação e balanceamento razoáveis⁸. Para a sociologia, é possível definir Direito Público como o conjunto de normas que regulamentam o Estado; já o segundo estaria relacionado a questões jurídicas envolvendo as próprias partes⁹. Ou seja, por ser revestido de autonomia individual, o Direito Privado autoriza às partes a gozarem de liberdade no âmbito privado.

⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. De Regis Babosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc, de Gabriel Cohn. 4.^a ed., 4.^a reimpressão. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2015, p. 01. Também sobre isso o autor: “E, por fim, poder-se ia fazer a distinção separando-se, como pertinentes ao “direito privado”, todos os assuntos jurídicos em que aparecem várias partes consideradas juridicamente “iguais”, sendo o sentido juridicamente “correto” da ação do legislador, do juiz ou das próprias partes (mediante acordo jurídico) o de delimitar as esferas jurídicas dessas, dos assuntos do “direito público”, nos quais um detentor de poderes preeminente, com poder de mando autoritário, aparece diante de pessoas que, segundo o sentido jurídico das normas lhe estão “submetidas.” (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. De Regis Babosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc, de Gabriel Cohn. 4.^a ed., 4.^a reimpressão. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2015, p. 02)

⁸ “O direito é ciência difícil; e exposta, mais do que as outros, à ousadia dos que a querem enfrentar – e penetrar – sem o preparo técnico indispensável. A troca de um conceito por outro, a ignorância de um princípio, o uso de um brocardo que não existe no sistema de *direito de que se trata*, tudo isso é fácil ocorrer nos que não se deram às fadigas das dezenas de anos de estudo, basta a que a conclusão ou tôda uma série de conclusões seja errada. Desgraçadamente, o crime de julgar contra direito é, home em dia, crime impunido. E’ assunto em que se deve insistir. O jurista tem de conhecer todo do direito – isto é, o sistema jurídico de que se trata – e de conhecer a *ciência do direito*, que é o todo de conceitos e enunciados, com que pode apanhar o sentido *histórico* das regras e das instituições, o sentido *atual* e tôda a natureza da categoria jurídica ou da regra, no quadro científico. Missão difícil, que muitos não sabem medir. Nem temer. Através de dois milênios, a técnica do direito foi tomando corpo, depurando-se e apurando-se. Nos tempos romanos, o que o pensamento humano conseguiu em *conceitos precisos* e em *enunciados* de valor intrínseco e extrínseco foi enorme e os séculos posteriores os aproveitaram, corrigindo-os e desvendando-lhes as causas econômicas e psíquicas. A glosa, a pós-glosa e a investigação posterior, principalmente de duzentos anos para home, tornaram a ciência jurídica manancial e que todos os povos podem aprender e buscar materiais para as suas leis a para a explicação ou exposição delas.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 1.171, 2, p. 42).

⁹ WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. Trad. Marsely De Marco Martins Dantas. 1.^a ed. São Paulo: Ícone, 2001, p. 55-57.

Em sentido político e social, a liberdade consiste no direito de fazer aquilo que não é proibido por uma lei¹⁰. Ocorre que para o direito, ainda que autorizado por lei, a aplicação de um *princípio geral de liberdade* deve observar diversos limites e, sobretudo, seu campo de atuação¹¹. É o que Ludwig Raizer denomina como a *segunda premissa para a continuidade do Direito Privado*, em que ressalta que essa área jurídica não deve se fechar por receio de uma perda de identidade; mas que precisa assumir a tarefa de ordenar e estruturar o campo que é assinalado como *público*¹². A crítica do autor ao Direito Privado é, portanto, no sentido de que este deve se firmar também como um meio de tutela daquelas normas de direito público.

Nessa divisão entre *público* e *privado* é que se inserem duas possibilidades de resolução de controvérsias autorizadas hoje pelo ordenamento jurídico vigente. Mas é justamente na via privada em que se inserem os métodos adequados de resolução de conflito, sendo que a arbitragem é o processo no qual os indivíduos, por meio de pacto privado, delegam a um terceiro o poder de dirimir um problema¹³. Para tanto, é fruto única e exclusivamente do sucesso das relações privadas e na sua capacidade de autorregulamentação.

É inegável a natureza consensual¹⁴ e privada¹⁵ da arbitragem enquanto método de resolução de conflitos. Afinal, o núcleo rígido e maciço da autonomia privada é também o fundamento da arbitragem¹⁶. Portanto, são indissociáveis as premissas que

¹⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. 1. Comentário ao artigo 2.º, Inciso I: A presunção de liberdade como princípio norteador do exercício das atividades econômicas na Lei da Liberdade Econômica, resultante da Medida Provisória 881/10. In: *Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: comentários*. Coord. Judith Martins Costa; Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke. São Paulo: Almedina, 2022, p. 60.

¹¹ CASTELA, Daniel Costa. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: *A livre concorrência e os tribunais brasileiro: análise crítica dos julgados do Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. Coord. Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2008, p. 153.

¹² RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, v. 9, n. 25, p. 1 – 199, p. 23.

¹³ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02-03.

¹⁴ “Arbitration is essentially consensual. Through an arbitration agreement, the parties agree to submit a future or existing dispute to an independent arbitrator or arbitral tribunal, which shall render a final decision resolving the dispute. Arbitration is, therefore, an alternative dispute resolution method to national courts. Parties cannot be forced to exclude state jurisdiction, but they may opt to submit themselves to arbitration of their own free will. Hence, arbitration is the jurisdiction chosen by the parties and such choice is expressed through an arbitration agreement. Accordingly, the arbitration agreement can be considered the cornerstone of the arbitration.” (OHLROGGE, Leonardo. *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in Brazil*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 50).

¹⁵ SCALETSCKY, Fernando Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de. Existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 03, p. 321-351, mai./jun., 2014, DTR n.º 2014/2689, p. 02.

¹⁶ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 35.

embasam as relações de direito privado, daquelas que surgem ao formar-se um vínculo arbitral. Na verdade, além de um desejo exclusivo das partes, só há arbitragem também quando emanada vontade dos árbitros; isto é, quando aqueles aceitam o encargo de árbitros para atuar naquele caso específico¹⁷. Veja-se: a emanção autonomia privada acompanha praticamente todas as fases do procedimento arbitral. Não somente mero elemento que compõe a busca e a instauração do procedimento arbitral, a vontade é elemento constitutivo de validade do negócio jurídico que se pretende formar para dar início a uma arbitragem¹⁸.

Em sentido oposto ao exercício da liberdade individual existem as normas de *ordem pública* e que são inderrogáveis em quaisquer situações – até mesmo se as partes manifestarem a sua vontade neste sentido. A ordem pública é um complexo normativo de conteúdo *ético-sócio-econômico* formado por certas normas de direito positivo e por princípios e valores fundamentais de uma comunidade juridicamente organizada, aplicável no espaço respectivo com prevalência sobre outras normas, princípio ou valores¹⁹. O âmbito concorrencial regula justamente essas áreas de direito cogente, transindividuais e *indisponíveis*. Destaque importante a esse último termo < *indisponibilidade* > já que será objeto de análise nos tópicos a seguir.

¹⁷ “Selma Lemes também esclarece: “A lei determina que a arbitragem está instituída quando os árbitros aceitam a nomeação (art. 19). Esta inovação da lei é importantíssima ante a legislação anterior, que considerava a arbitragem instituída quando o compromisso era firmado. Como consequência da nova disposição e a teor do disposto nos arts. 3.º e 5.º, que esclarecem que a convenção de arbitragem é tanto a cláusula compromissória como o compromisso, e que sendo a arbitragem institucional reger-se-á por regras específicas, pode-se concluir que a lei não exige compromisso posterior para instaurar a arbitragem. Esta premissa é aplicada se estivermos diante de cláusula arbitral cheia, isto é, a cláusula compromissória que possua os requisitos necessários para instaurar o procedimento arbitral, tal como forma de escolha de árbitros, lei aplicável, local da arbitragem, prazo para sentença arbitral, etc.” (BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória – Auto-Suficiência da Cláusula Cheia. *Revista dos Tribunais*, vol. 800, p. 137 – 144, jun., 2002, DTR nº 2002\603, p. 02). Para Carlos Alberto Carmona a arbitragem é “(...) meio alternativo 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 (...)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31).

¹⁸ “Como corolário, a cláusula compromissória só se reveste de validade quando, além dos *essentialia* de qualquer negócio jurídico, traduzir expressão do princípio da autonomia privada, ou seja, representar a vontade das partes contratantes.” (LOPES, João Batista. Arbitragem: natureza, requisitos e eficácia da cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 47, p. 247 – 255, out./dez., 2015, DTR nº 2015\16942, p. 03)

¹⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, p. 179-261, jul./set., 2017, p. 01. Também sobre o conceito de ordem pública “A dimensão jurídica da ordem pública pode ser melhor apreendida ao se considerar o direito como produto cultural, resultante das influências do contexto sócio-político-econômico-histórico.” (ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil as questões de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, vol. 908, p. 263-291, junho, 2011, p. 01).

Fato é que o Direito da Concorrência surge para regulamentar os agentes econômicos e, no Brasil, tem como órgão regulador o Centro Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”), que é uma autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional. O CADE existe no Brasil desde 1962, mas foi com a entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011 – oportunidade em que há uma reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) –, que a autarquia passou a ser responsável por instruir os processos administrativos e de apuração de infrações à ordem econômica.

Além de mudança no escopo de atuação, será visto também que há uma nova estrutura no CADE. Desde a entrada em vigor da nova Lei, a autarquia federal é constituída por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral (“SG”) e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Dentro desses setores, desenvolve suas atividades fins, tais como a atuação repressiva e preventiva diante da ordem econômica baseada na liberdade de iniciativa e livre concorrência, bem como a função educativa²⁰. Nesse cenário, o CADE tem a atribuição de realizar o controle repressivo e preventivo às infrações contra a ordem econômica.

Diante disso, o presente trabalho apresentará os encontros e desencontros entre as duas áreas do Direito: a arbitragem, enquanto via privada, e o direito concorrencial, enquanto garantia constitucional e norma de ordem pública. Para tanto, a PARTE I abordará as possibilidades dadas pela lei para o uso da arbitragem, delimitando as noções mais gerais de *arbitrabilidade* (1.1.1.) e quais são os sujeitos que podem se submeter a este método de resolução de conflitos e quais são os objetos passíveis de serem arbitrados (1.1.2.). Na sequência, a PARTE II irá trabalhar os fundamentos para a criação de uma área de *direito concorrencial* (2.1.1.) e a função exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica na prevenção e na repressão de infrações concorrenciais (2.1.2.). Por último, na PARTE III, serão questionadas as possibilidades de uso da arbitragem para dirimir conflitos concorrenciais, sendo que primeiro serão apresentados os casos paradigmáticos que iniciaram esse debate (3.1.1.) para, na

²⁰ CADE. Cartilha do CADE. Org. Mariana Boabaid Dalcanale Rosa Mariane Cortat Campos Melo, maio de 2016, p. 19. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acessado em: 02/01/2024.

sequência, entender de que forma a arbitragem pode ser usada nesse contexto no Brasil (3.1.2).

PARTE I. A ARBITRAGEM ENQUANTO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – USOS E LIMITES

“A arbitragem não se presta a cancelar ilicitudes e com elas não pode compactuar. Atente-se para o fato de que a inarbitrabilidade da questão não se denuncia pelo simples fato de envolver norma de ordem pública. Há de se visualizar o elemento violador dessa regra cogente. Reprime-se a decisão arbitral que infringe norma de ordem pública ou a convenção que busca afastar a imposição de comando da espécie ao caso em disputa.”²¹

Não à toa a Lei Brasileira de Arbitragem logo no *caput* do artigo 1º distingue entre aqueles que podem ser sujeitos envolvidos em um conflito arbitral e aquilo que pode ser objeto de arbitragem. A lei é clara ao estipular que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”²². Essa designação tão precípua se dá pela iniciativa de o legislador desde logo estabelecer limites para aquilo que é cabido à arbitragem tomar conta. De início, será abordada a temática da *arbitrabilidade objetiva*, ou seja, das matérias que podem ser submetidas à arbitragem (1.1.1., abaixo); já a *arbitrabilidade subjetiva*, isto é, os sujeitos que podem ser parte em uma resolução de conflito pela via arbitral (item 1.1.2., abaixo).

1.1. Arbitrabilidade como força do Poder Estatal

A vontade é a fonte primária da arbitragem. A autonomia se manifesta quando uma parte escolhe a arbitragem como método de solução de conflito, seja por meio da pactuação de uma cláusula compromissória, seja por meio de um compromisso arbitral, bem como quando da escolha do que será ou não passível de discussão²³. A autonomia privada é manifestada em diversas oportunidades pela LArb, como quando estabelece que a arbitragem pode ser de direito ou por equidade, ficando *sujeito à escolha das partes*²⁴,

²¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 09.

²² LArb, artigo 1º.

²³ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 209.

²⁴ LArb, artigo 2º: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”

ou, ainda, quando estabelece que podem as partes *escolher livremente* as regras de direito aplicadas ao caso²⁵.

A natureza jurídica deste instituto propõe discussões doutrinárias. Ainda que o assunto não seja objeto da presente monografia é necessário tecer breves esclarecimentos a este respeito, já que influencia de forma direta e indireta na temática da *arbitrabilidade*. Importa, portanto, à compreensão do instituto da *arbitrabilidade* uma vez que as versões doutrinárias acerca da natureza do instituto da arbitragem se dividem entre aquela mais privatista – embasada em uma compreensão contratualista – e aquela mais processual. Como meio termo, existe uma terceira via, que prevê uma natureza dual ou mista.

O entendimento acerca da natureza privada, processual ou mista do instituto pode interagir com a compreensão de extensão da convenção de arbitragem (ou restrição). Nesse sentido, é pertinente ao estudo da intersecção entre o instituto da arbitragem e a matéria de direito concorrencial, saber se serve à via pública (regulação do mercado) um meio estritamente privado de resolução de controvérsias, ou ainda, se há espaço na arbitragem para uma matéria tão delicada e que é repleta de normas de ordem pública.

Aqueles que entendem que o instituto tem natureza híbrida, o fazem porque consideram que este meio de solução de conflitos traz em si aspectos do direito contratual (como o exercício da vontade), bem como de jurisdição (como o poder conferido aos árbitros em solucionar o conflito)²⁶. Em razão disso, há quem defenda que a arbitragem apresenta um instituto de natureza híbrida, combinando aspectos relacionados ao direito material e à jurisdição.

Nessa tripartição de correntes, há quem defenda que a arbitragem é negócio jurídico processual por produzir *efeitos* e por originar-se de acordo entre partes com vistas à produção de *efeitos processuais* específicos: a solução de um conflito²⁷. Parte da doutrina que sustenta essa compreensão assim o faz em razão dos efeitos que a arbitragem

²⁵ LArb, artigo 2º, §§ 2º e 3º: “§ 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.”

²⁶ ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: *Arbitragem nacional e internacional*. Coord. Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto e Karin Hlavnicka Skitnevsky. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 03.

²⁷ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

manifesta quando instaurada²⁸. Os denominados *efeitos negativos* e *efeitos positivos* da arbitragem são justamente o afastamento do poder judiciário e, o segundo, o acionamento da via privada para a solução de uma controvérsia. É o que reconhece o Ministro Marco Aurélio Bellizze ao afirmar que o efeito positivo “*consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória)*”, já o efeito negativo “*refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros*”²⁹.

Por outro lado, há quem entenda que a convenção de arbitragem seria um *instituto de direito material* pois uma decisão arbitral jamais poderia ser equiparada àquela proferida por juiz togado³⁰. Trata-se da corrente conhecida como privatista³¹ e os seus defensores amparam-se no fato de que toda arbitragem pressupõe um contrato e que não há influência do Estado em sua formação³².

O esclarecimento acerca da classificação desse instituto é de suma importância para uma compreensão de criação de barreiras – a *arbitrabilidade objetiva e subjetiva*,

²⁸ É o que defendeu Carlos Alberto Carmona em uma das edições de seus comentários à Lei de Arbitragem brasileira “Pode-se hoje dizer com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros.”

²⁹ STJ. REsp n. 1.803.752/SP. Min. Rel. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. em: 04/02/2020; STJ. REsp 1.550.260/ES. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. J. em: 12/12/2017; REsp1.569.422/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. J. em: 20/05/2016.

³⁰ “Está é a visão típica dos processualistas, especialmente Pontes de Miranta eu, ao tratar do compromisso arbitral, o caracterizou como “instituto de direito material”, sendo considerado um “contrato processual” que tem fito em processo futuro e pendente” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12). Também em: ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. *Revista de Processo*, vol. 305, p. 461-491, julho, 2020, p. 02.

³¹ NEVES, José Roberto de Castro Neves. Os cegos e o remédio para cachorro: a natureza jurídica da arbitragem. In *Arbitragem e Processo: homenagem ao professor Carlos Alberto Carmona*. Vol. II. Org. José Augusto Bitencourt Machado Filho, Guilherme Enrique Malosso Quintana, et. al. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 96.

³² É o que destacam Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröll “The real basis for the contractual theory is the fact that the whole arbitration process is based on contractual arrangements. Both the agreement and the award reflect the contractual character of arbitration. The origin of Every arbitration is a contract. The parties agree to submit their disputes to arbitration; the state has no influence or control over this decision. If parties do not voluntarily honour the award, it may be enforced as a contract.” (LEW, Julian D.M; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan M. *Comparative internacional arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003, p. 77-78). Tradução livre: “O verdadeiro fundamento da teoria contratual é o fato de todo o processo de arbitragem se basear em disposições contratuais. Tanto a convenção como a sentença refletem o caráter contratual da arbitragem. A origem de toda a arbitragem é um contrato. As partes concordam em submeter os seus litígios à arbitragem; o Estado não tem qualquer influência ou controle sobre esta decisão. Se as partes não honrarem voluntariamente a sentença, esta pode ser executada como um contrato.”

como se verá. Ora, àqueles que compreendem este procedimento particular como uma via unicamente *privatista*, podem apresentar tendências de observação a única e exclusivamente ao teor da *vontade* quando deparados com a necessidade de delimitação do objeto de uma arbitragem. Já àqueles que entendem como uma via processual, podem apresentar a tendência de, para além da vontade, observar as barreiras impostas pela redação da convenção arbitral.

Fato é que o procedimento arbitral, assim como o processo civil, conta com os mesmos pressupostos ou requisitos da ação, tais como: *legitimidade das partes, pedido e causa de pedir*³³. Ocorre que, diferente daquela ciência, no âmbito da arbitragem tanto a legitimidade quanto o pedido apresentam um escopo mais restrito. E é justamente neste campo que desafia o público e o privado que se insere o conceito de *arbitrabilidade*.

A *arbitrabilidade* é uma noção utilizada pelos Estados soberanos para definir aquilo que tem interesse em submeter à jurisdição estatal e aquilo em que admitem, via consenso das partes, a delegação da jurisdição dos árbitros³⁴. É uma salvaguarda para que cada direito nacional estabeleça os limites dos poderes dados às partes para subtrair determinados conflitos³⁵; um componente público da arbitragem – já que é imposto um limite para a sua atuação e esse limite é delineado pelo legislador³⁶. Ou seja, não é um conceito próprio da arbitragem, mas criado por aqueles que a regulam. Isso não é uma especificidade do Brasil, já que todo país que admite a utilização de meios adequados de solução de litígio insere em sua própria lei o que considera passível de ser julgado por meio de arbitragem ou não³⁷.

³³ Conforme autoriza Cândido Rangel Dinamarco, é possível valer-se da nomenclatura e classificação próprias do direito processual para a arbitragem. Isso porque “Também na ciência arbitral é lícito e conveniente falar em demanda, na estabilização desta, em condições da ação, em pressupostos processuais, em autor, em réu, em ônus e faculdades processuais, em preclusão, em poder, em lealdade processual etc. Mesmo quando nos deparamos com certos usos vocabulares peculiares a arbitragem, até mesmo no plano internacional, não sendo sensato tentar afrontá-los, ainda assim é indispensável a consciência da correspondência substancial entre o significado de palavras que se usam lá e palavras que se usam cá.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Brasil: Editora Malheiros, 2013, p. 19).

³⁴ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 361.

³⁵ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 153.

³⁶ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 361.

³⁷ “(...) every national law determines which types of disputes are exclusive domain of nations courts and which can be referred to arbitration.” (LEW, Julian D.M; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003, p. 198).

Na doutrina brasileira, há quem diga que a arbitrabilidade “deriva da definição de uma política estatal de privilegiar a solução de conflitos por um método privado e paralelo que, em alguns casos, pode ser mais apropriado que a justiça estatal para a pacificação social, escopo social da jurisdição”³⁸. De modo geral, as limitações impostas à arbitrabilidade dizem respeito a (i) questões intrínsecas do Estado, (ii) questões que afetem a coletividade como um todo, (iii) questões ligadas a aspectos sensíveis da vida e que de regra são tuteladas pelo Estado, bem como (iv) questões que poderiam expor uma parcela específica da sociedade que integram os sistemas protetivos, como trabalhadores e consumidores, por exemplo³⁹. No Brasil, mais especificamente, adota-se uma concepção estritamente patrimonialista do que pode ser arbitrável ou não, em linha com o artigo 1º da LArb, conforme será trabalhado no item 2 desta PARTE I.

Esta sujeição à determinação pública e legal se dá justamente pelo fato de o árbitro não ter o *ius imperium* e a arbitragem somente conseguir atingir os seus fins últimos com apoio dos Estados soberanos⁴⁰. Em outras palavras, o sucesso da arbitragem depende fundamentalmente do apoio dos Estados soberanos⁴¹. Na verdade, a arbitragem só tem início no Brasil quando recebe apoio de políticas legislativas e judiciárias para a sua implementação⁴². Ainda, o autor José Antonio Fitchner ressalta que há uma *arbitrabilidade stricto sensu* e uma *arbitrabilidade lato sensu*. O primeiro conceito estaria ligado a uma análise da condição de validade da convenção de arbitragem; enquanto o segundo consistiria em determinar o campo de atuação da cláusula compromissória⁴³.

Ao fim e ao cabo, o componente público trazido pela *arbitrabilidade* corresponde a uma política pública de relacionamento entre os Estados soberanos e o instituto da arbitragem⁴⁴. É a condição de validade da convenção de arbitragem e fundamento da *in arbitrabilidade*: a arbitrabilidade está diretamente relacionada com uma competência legal dos tribunais judiciais, a administração pública da Justiça e a

³⁸ GONÇALVES, Eduardo Damiano. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 32.

³⁹ MONTEIRO, André Luís Quintas. Arbitragem e direito da concorrência: a contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitrust. *Revista do IBRAC*, vol. 22, n. 2, p. 139-158, 2016, p. 140.

⁴⁰ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 363.

⁴¹ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 363.

⁴² FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 276.

⁴³ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 278.

⁴⁴ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 363.

organização do Judiciário⁴⁵. Isso é o que a doutrina conceitua como *arbitrabilidade*, que pode ser entendida como a possibilidade teórica de submissão de um conflito à arbitragem em razão das características da disputa⁴⁶. Na legislação brasileira, conforme visto, o artigo 1º da LArb já parte da premissa de que os litígios passíveis de arbitragem são aqueles patrimoniais e disponíveis, bem como que podem ser sujeitos da arbitragem pessoas capazes⁴⁷.

Um sistema jurídico que define arbitrabilidade exclusivamente por referência ao critério de *patrimonialidade* adota o mais liberal sistema existente – pois considera arbitrável um litígio que tenha expressão pecuniária, independente de versar sobre direitos indisponíveis⁴⁸. Eduardo Damiano Gonçalves cita a Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado que, em seu artigo 177 dispõe que qualquer conflito envolvendo interesses econômicos pode ser submetido a arbitragem⁴⁹. Prova de que o Direito suíço, diferentemente do brasileiro, adota o recurso à patrimonialidade para definir a arbitrabilidade desconsiderando qualquer outro critério, sendo indiferente à disponibilidade do direito⁵⁰.

De forma geral, exclui-se, no Brasil, do âmbito da arbitragem as questões de direito de família, direito das sucessões e direito penal⁵¹. Essas hipóteses não significam que as consequências patrimoniais desses litígios podem ser objeto de solução extrajudicial⁵². Por exemplo, questões de família como guarda de filhos, não podem ser objetos de arbitragem, mas sim o reflexo patrimonial da pensão alimentícia. Também, é possível observar exemplos em relação aos direitos da personalidade: uma demanda em que pretende indenização por danos morais por violação à honra objetiva de determinada

⁴⁵ GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 12.

⁴⁶ FITCHNER, José Antonio; *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 361-362.

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

⁴⁸ GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 170.

⁴⁹ Lei Federal da Suíça de Direito Internacional Privado, artigo 177: “Any claim involving an economic interest may be submitted to arbitration”. Tradução livre: “Qualquer reclamação que envolva um interesse econômico pode ser submetida a arbitragem.”

⁵⁰ GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 172.

⁵¹ CASELTA, Daniel Costa. A arbitragem e o Direito da Concorrência. In *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrência*. Coord. Bruno de Luca Drago e Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2018, p. 158.

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39.

pessoa física ou jurídica, bem como uma ação de ressarcimento pela violação de um contrato de uso de imagem⁵³.

Fato é que a evolução do conceito de *arbitrabilidade* (seja objetiva, seja subjetiva, como se verá), cria condições para a discutir a viabilidade do uso da arbitragem em matérias não convencionais⁵⁴ – como o seu uso no âmbito do direito concorrencial, por exemplo. Esclarecido o conceito de arbitrabilidade de forma ampla, cabe aprofundar a definição e a evolução dos conceitos de *arbitrabilidade subjetiva e objetiva*.

1.2. As barreiras ao uso da arbitragem: arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Como visto, o escopo da arbitrabilidade é definido por lei, logo no artigo 1º da LArb. A disposição legal é taxativa, quando no momento de instauração da arbitragem e delimitação de o que estaria abrangido pela cláusula compromissória no momento de conclusão do contrato. Ou ainda, quem seriam as partes abrangidas por aquele negócio jurídico, se somente os signatários ou é passível uma extensão mais abrangente. Isso significa que “*a convenção de arbitragem deve se referir a matéria passível de ser debatida e decidida através da via arbitral e, em segundo lugar, que o mesmo negócio jurídico deve ter sido celebrado por partes que podem submeter suas disputas à arbitragem*”⁵⁵.

A *arbitrabilidade subjetiva* trata justamente deste último ponto, no que se refere aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem. Isto é, “*refere-se a todas as pessoas capazes na acepção civil, pessoas no gozo de seus direitos e obrigações, sendo físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou Público*”⁵⁶. A LArb estabelece que as *pessoas capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem e se restringe à análise da

⁵³ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 420.

⁵⁴ ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 48, abr./jun., p. 03-35, 2013, p. 29.

⁵⁵ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 279.

⁵⁶ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116.

capacidade civil e, a partir daí, determinar para fixar quem pode ser parte em conflito⁵⁷. Ou seja, é preciso compreender a noção de capacidade à luz do Código Civil⁵⁸.

A noção de capacidade que orienta a Lei de Arbitragem utiliza dos mesmos pressupostos para a celebração de um contrato civil, por exemplo⁵⁹. A capacidade aqui é a considerada positiva (para contratar) e não há falar em transigibilidade – conceito que tem por princípio extinguir obrigações mediante concessões mútuas⁶⁰. O exercício dos direitos não é permitido se não aos que preenchem essas condições: capacidade e legitimidade⁶¹.

O direito civil brasileiro divide a capacidade em duas modalidades: a *capacidade de direito* e a *capacidade de fato* ou *de gozo*. A capacidade de direito se significa que “*toda pessoa é capaz de ter direitos*”⁶². Por sua vez, a capacidade de fato é aquela que significa aptidão a adquirir (ter) direitos e exercê-los diretamente, sem assistente ou representante. Orlando Gomes explica que “*pode-se ter capacidade de direito sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade de exercício é, tecnicamente, incapacidade*”.

Verifica-se, pois, que a *incapacidade* é a impossibilidade de praticar por si mesmo os atos jurídicos⁶³ e na classificação do Código Civil brasileiro são aqueles menores de dezesseis anos⁶⁴. Sobre isso, em que pese a LArb não trate diretamente do

⁵⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem*: nos termos da Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

⁵⁸ Sobre isso “Como já foi examinado, toda a pessoa ao nascer adquire personalidade, e com ela a capacidade de direito, ou seja, a capacidade para ser titular de direitos e deveres na ordem civil. Poder ser titular de direitos e deveres, todavia, não significa que se possa necessariamente exercê-los direta e pessoalmente, assim como os deveres, embora sejam exigíveis, nem sempre poderão, no caso de descumprimento, dar causa à responsabilização. Isso porque se distinguem a capacidade de ser titular de direitos e deveres (capacidade de direito) e a capacidade para exercer direitos pessoalmente, a que se denomina capacidade de fato ou de exercício.” (MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 156).

⁵⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In *Manual de Arbitragem para Advogados*. Comissão Especial de Mediação e Conciliação, CFOAB, 2015, p. 48.

⁶⁰ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 120.

⁶¹ FILHO, Raphael de Barros Monteiro; *et. al.* *Comentários ao Novo Código Civil*: das pessoas, arts. 1º a 78. Vol. I. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 10-11.

⁶² GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 119.

⁶³ FILHO, Raphael de Barros Monteiro; *et. al.* *Comentários ao Novo Código Civil*: das pessoas, arts. 1º a 78. Vol. I. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 12.

⁶⁴ CC, artigo 3º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” Ainda sobre isso, apenas para esclarecimento do que vem a ser *capacidade*, esclarece Gustavo Tepedino que “Capacidade de direito, também chamada de *capacidade de gozo* ou *capacidade de aquisição*, é a “faculdade abstrata de gozar os seus direitos”. Cuida-se de critério

assunto, a impossibilidade de contratação por parte incapaz (conforme o Código Civil) só se opera se este não estiver devidamente representado ou se não estiver acompanhado de autorização que o permita⁶⁵. Ainda, a possibilidade de supressão da faculdade legal “*deve ser interpretada com ponderação, merecendo atenção o entendimento de que a vedação se estabeleceria apenas às situações em que não se fizerem presentes os requisitos de validade e eficácia que dão guarida à diligente representação do incapaz para contratar*”⁶⁶.

Isso porque um dos pressupostos de validade e de eficácia de uma decisão arbitral é a possibilidade de ser sujeito daquele procedimento, sendo que isso depende expressamente da declaração de vontade das partes envolvidas – seja na cláusula compromissória, seja no compromisso propriamente dito⁶⁷. É, portanto, condição *sine qua non* para a instauração de um litígio utilizando essa via privada de resolução de conflitos⁶⁸.

No que diz respeito aos entes despersonalizados⁶⁹, é sabido que o ordenamento jurídico civil cria exceções e atribui capacidade para contratar a esses entes, desde que observados certos requisitos⁷⁰. É o que Carlos Aberto Carmona explica como significado de que “*o inventariante do Espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (...), poderá ser celebrada a convenção arbitral. Sem a autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral.*”⁷¹”

quantitativo, que se opõe ao critério *qualitativo* da subjetividade. A subjetividade, como se viu, indica uma qualidade, a aptidão para ser sujeito de direito. A capacidade, ao revés, é a intensidade do seu conteúdo, e por isso mesmo é considerada comumente a medida da subjetividade”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. I. Parte Geral e Obrigações. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5).

⁶⁵ RANZOLIN, Ricardo (Org.); GALAN, Lorenzo; WERLE, Vitória Kreutz (Ed.). Nota do Autor Arbipedia. Porto Alegre: Arbipedia, 2023. Disponível em: <<https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/capacidade-de-contratar.html>>. Acesso em: 04/01/2024.

⁶⁶ RANZOLIN, Ricardo (Org.); GALAN, Lorenzo; WERLE, Vitória Kreutz (Ed.). Nota do Autor Arbipedia. Porto Alegre: Arbipedia, 2023. Disponível em: <<https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/capacidade-de-contratar.html>>. Acesso em: 04/01/2024.

⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRK, Nelson. *A Nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183.

⁶⁸ FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Reflexões sobre Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 8, p. 175-195, mar./abr., 2015, p. 2.

⁶⁹ Como é o caso de condomínios em edifícios, massas falidas, espólios e sociedades de fato.

⁷⁰ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 375.

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 37.

Ora, se a autonomia da vontade é o princípio basilar da arbitragem enquanto *método* de resolução de controvérsias, também deve (a vontade) acompanhar todos os caminhos da realização de um procedimento: dá formação, à prolação da sentença e sua execução. Não seria diferente com os sujeitos que a compõem, que devem ter plena possibilidade de expressão e manifestação de vontade⁷². Historicamente, a capacidade civil já era invocada como requisito para a instauração de uma arbitragem. À exemplo, Selma Lemes traz a Constituição Imperial de 1824, o artigo 160 previa que “*nas cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes-árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes*”⁷³. É o que a autora identifica desde logo como “caráter liberal” daquela constituição⁷⁴.

A extensão da *arbitrabilidade subjetiva* é tema muito debatido na doutrina, que prevê possibilidades dessa extensão e quais os limites de aplicação. É a problemática que diz respeito a vinculação à arbitragem daqueles que não foram diretamente signatários do compromisso ou da convenção de arbitragem⁷⁵. Isso acontece porque a arbitragem demanda manifestação da vontade e, quando esta não é identificada, os sujeitos podem se insurgir contra a sua instauração. Ocorre com boa frequência em matéria societária, já que a tendência é atrair à arbitragem sociedades integrantes do mesmo grupo econômico do qual participa uma das signatárias, por exemplo⁷⁶.

Ocorre que não apenas é necessária a capacidade para submeter aos árbitros um litígio: é necessário que a avença diga respeito a direito patrimonial e disponível⁷⁷. É o que diz respeito ao segundo aspecto da *arbitrabilidade*, ao *objeto* daquele litígio privado. Ou seja, o que será dirimido pela convenção de arbitragem, o conteúdo do negócio jurídico e ao próprio bem ou prestações que irão compor o negócio jurídico que se

⁷² FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Reflexões sobre Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 8, p. 175-195, mar./abr., 2015, p. 2.

⁷³ Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, artigo 160.

⁷⁴ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 119.

⁷⁵ FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Reflexões sobre Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 8, p. 175-195, mar./abr., 2015, p. 4.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Brasil: Editora Malheiros, 2013, p. 101.

⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009, p. 38.

pretende realizar⁷⁸. Como visto, da mesma forma que o artigo 1º da LArb delimita o sujeito da arbitragem, também delimita o objeto: direitos patrimoniais e disponíveis.

Como se viu, o segundo requisito para que uma demanda seja considerada arbitrável é o caráter patrimonial e disponível do bem jurídico tutelado. A LArb em si não traz respostas, o que torna o trabalho do intérprete e aplicador do direito mais desafiador. O trabalho restou à doutrina e, especialmente, ao direito civil⁷⁹.

Para Orlando Gomes, direitos *patrimoniais* e *extrapatrimoniais* são subdivisões dos direitos subjetivos e são assim classificados conforme sejam suscetíveis, ou não, de apreciação pecuniária⁸⁰. Ainda nessa divisão, os direitos patrimoniais subdividem-se em *reais* e *personais*⁸¹. O autor elenca como direitos reais a propriedade, a efitense, servidões prediais, usufruto, uso, habitação, rendas constituídas sobre imóveis, concessão de uso, penhor, anticrese e hipoteca. Já como *extrapatrimoniais*, elenca os direitos de personalidade e os de família. Para o direito civil a importância da distinção entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais manifesta-se pela transmissibilidade inexistente nos últimos. Para a arbitragem, importa a distinção para aplicação do texto legal e separação daquilo que pode ser arbitrável ou não.

Sendo reservado aos direitos nacionais de cada país decidir o que é arbitrável ou não, este conceito passa por constante evolução considerando as políticas de cada Estado⁸². Percebe-se que os Estados que aplicam a disponibilidade e a patrimonialidade como critérios de delimitação do escopo da arbitragem apresentam um olhar mais cuidadoso aos preceitos de ordem pública, já que podem ser motivo de anulação da sentença arbitral que tratar sobre esses aspectos⁸³. É o exemplo do Brasil.

Nas palavras de Orlando Gomes “a *disposição é o negócio jurídico que influi imediatamente na existência de um direito, determinando sua transmissão, modificação*

⁷⁸ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

⁷⁹ GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 12

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 82.

⁸¹ “Os direitos patrimoniais subdividem-se em *reais* e *personais*. Estes compreendem, por sua vez, os *direitos de crédito*, ou *obrigacionais*, e certos direitos de família.” GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 82.

⁸² GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 157.

⁸³ DIAMVUTU, Lino. *O favor arbitrandum: ensaio de uma teorização*. Tese. Universidade de Lisboa. Orientador: Dário Moura Vicente. Lisboa: 2019, p. 263.

ou extinção (*Lehmann*). *Se alguém não pode dispor de um direito e dispõe, o ato é ineficaz. Em certos casos, pode-se dispor de um direito alheio*”⁸⁴. Portanto, é uma relação que se entrelaça intrinsecamente à arbitrabilidade subjetiva. A disponibilidade é, em resumo, a “*possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição*”⁸⁵. Há quem diga que o artigo 1º da LArb deve ser analisado criticamente, alegando uma perspectiva autoritária daquele instituto⁸⁶. Para Diego Franzoni, essa ideia de arbitrabilidade objetiva ligada a disponibilidade é determinada arbitrariamente pelo direito de cada Estado sem que haja um critério lógico legítimo para estabelecimento do que é disponível e do que não é⁸⁷.

Ainda que seja possível entender a crítica realizada pelo autor, distancia-se dessa ideia uma vez que se entende a arbitragem como “*instrumento de paz social*”⁸⁸. O que se quer dizer com isso é que, ainda que se reconheça que as regras e as leis relacionadas à arbitragem sejam políticas de Estado, não há possibilidade de distanciar essas normas das questões de ordem pública nacionais. No caso do Brasil – como em diversos outros países –, se estabeleceu o critério da disponibilidade como forma de restrição do objeto da via arbitral que seja compatível com o ordenamento jurídico nacional. Isso porque é função da arbitragem também criar “*em muitos casos, um ambiente propício para uma resolução amigável, por meio de acordo*”⁸⁹ e proporcionar uma “*cultura da pacificação*”⁹⁰. Ou seja, deve ser adequada às políticas nacionais, sopesando as leis pátrias com as normas de direito privado.

Já sobre o caráter patrimonial, além da própria LArb, trata o artigo 852 do Código Civil ao dispor que “*É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial*”⁹¹. Direitos patrimoniais são os que podem ser avaliados pecuniariamente,

⁸⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 118.

⁸⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 92-93.

⁸⁶ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

⁸⁷ FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

⁸⁸ WALD, Arnoldo. O Espírito da Arbitragem. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 1, p. 743-756, setembro, 2014, p. 5.

⁸⁹ WALD, Arnoldo. O Espírito da Arbitragem. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 1, p. 743-756, setembro, 2014, p. 5.

⁹⁰ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In. *Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 10.

⁹¹ CC, art. 852.

fazendo parte de uma relação jurídica mensurável economicamente⁹²⁻⁹³; são suscetíveis de valoração econômica e podem ser livremente negociados por seus titulares com terceiros⁹⁴. A noção de patrimonialidade “*remete intuitivamente ao conceito de patrimônio, definido como o complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa*”⁹⁵.

Assim como a extensão subjetiva da convenção de arbitragem atrai a doutrina, também é assunto favorito a extensão objetiva. Sobre isso, Cândido Rangel Dinamarco entende que “*ir além dessas possíveis disposições não visíveis, para incluir na convenção algo que sequer por interpretação se possa descobrir*” significaria “*proceder a uma extensão objetiva, talvez homenagem a alguma razão superior à própria vontade das partes*”⁹⁶.

A verdade é que não faltam argumentos e razões para a definição das compreensões de *arbitrabilidade* existentes no Brasil. Mas de que forma é possível verificar a arbitrabilidade de questões de direito público, como é o caso do direito concorrencial? Conforme será abordado de forma mais abrangente na PARTE II deste trabalho a defesa da concorrência é assegurada pelo artigo 173, § 4º da Constituição Federal brasileira⁹⁷. Ao que indica, o texto da Constituição sobre a defesa da concorrência mais se apresenta como uma cláusula geral de interpretação de normas do que um indicativo expresso de *fazer* ou *não fazer*. Em razão disso, em âmbito infraconstitucional surge a Lei n. 12.529/2011, ou Lei de Defesa da Concorrência – como ficou conhecida.

Na Lei de Defesa da Concorrência, o parágrafo único do artigo 1º já dispõe que “*a coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*”⁹⁸. A questão que resta

⁹² LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 94.

⁹³ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 96-97.

⁹⁴ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 418.

⁹⁵ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 419.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Brasil: Editora Malheiros, 2013, p. 100.

⁹⁷ CF, art. 173, § 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.”

⁹⁸ Lei n. 12.529/11, 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 ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos

saber é se esse *direito da concorrência* se encaixa nos requisitos de disponibilidade e patrimonialidade vistos. Na análise, é preciso ter em mente que, embora as infrações à ordem econômica resultem em efeitos adversos para a concorrência, essas condutas também podem acarretar *efeitos patrimoniais* aos eventuais prejudicados⁹⁹. Assim, questiona-se quais matérias atinentes ao direito da concorrência poderiam, eventualmente, ser submetidas à arbitragem.

O principal problema a respeito da matéria, seria a aplicação dessas normas cogentes (ou imperativas ou de ordem pública) à arbitragem¹⁰⁰. A definição de ordem pública pode ser resumida como um conjunto de “*princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado e integra os valores essenciais de ordem ética, econômica e social desse estado*”¹⁰¹. Portanto, são normas de caráter eminentemente territorial e temporal¹⁰². Neste aspecto, é necessário partir da premissa de que o instituto da arbitragem não serve para cancelar eventual ato ilícito ou ir contra as normas determinadas em certo país¹⁰³. Se assim fosse, seria um mecanismo fácil de derrogação de normas de direito vigente para fins de interesses privados.

Na discussão da arbitrabilidade, portanto, a ordem pública exerce um duplo papel: age como fundamento da regra que pode limitar o recurso à arbitragem e como elemento de garantia da regularidade da sentença¹⁰⁴. Há quem defenda que a ordem pública não deve ser elemento definidor da arbitrabilidade. Ainda, que o caráter de norma cogente, bem como o caráter da patrimonialidade, são critério secundários para a determinação do objeto de um procedimento arbitral¹⁰⁵. Fato é que a ordem pública pode

consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

⁹⁹ CASTELA, Daniel Costa. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: A livre concorrência e os tribunais brasileiro: análise crítica dos julgados do Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Coord. Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2008, p. 160.

¹⁰⁰ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 418.

¹⁰¹ BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, p. 179, jul./set., 2017, p. 01.

¹⁰² GAVRONSKI, Lucas Gerhardt. *A ordem pública na arbitrabilidade de disputas comerciais internacionais na perspectiva brasileira*. 2014. (126 f.). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Orientadora Dra. Véra Maria Jacob Fradera. Porto Alegre, 2014, p. 20.

¹⁰³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 7.

¹⁰⁴ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 418.

¹⁰⁵ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 8, p. 346-358, abr./jun., 2000, p. 03-04.

servir de justificativa para que determinados conflitos sejam excluídos da seara arbitral por razões que não dizem respeito à disponibilidade ou a patrimonialidade da causa, mas sim valores de natureza política, moral ou social¹⁰⁶.

Nesse sentido, conforme será explorado “a doutrina estrangeira mostra-se bastante consolidada quanto à arbitrabilidade objetiva envolvendo Direito Concorrencial (*Antitrust*)”¹⁰⁷. No Brasil, a prática ainda é incipiente e tímida, mas já se visualiza uma inclinação para a união das matérias. Tais abordagens serão trabalhadas expressamente nas PARTES II e III do trabalho. O que se pretende responder ao final desta monografia, portanto, é se é possível e de que modo pode ser utilizada a arbitragem em matérias de direito concorrencial. Ainda, objetiva-se responder como pode o CADE intervir como fomentador (ou não) dessa prática.

PARTE II. O PAPEL DO CADE E A (IN)VIABILIDADE DE ILÍCITOS ANTICORRENCIAIS SEREM DISCUTIDOS EM ARBITRAGEM.

“O mundo da arbitragem e do direito concorrencial não são tão distantes quanto parecem. Ambos estão empenhados em resolver falhas de mercado, reduzir custos de transação e evitar a captura de agentes com posição dominante. Isso porque a arbitragem, assim como o Direito Antitruste, é fundada na livre iniciativa e também obedece ao princípio da livre concorrência, na medida em que os agentes econômicos estão (quase sempre) livres para escolher as câmaras que administrarão seus procedimentos, bem como os árbitros que os julgarão.”¹⁰⁸

O *direito comercial* por meio da área do *direito concorrencial* ou *antitruste*¹⁰⁹ é a intersecção mais visível entre direito e economia. Isso porque a regulamentação orientada pelo direito às relações privadas promove mudanças estruturais significativas naquele outro ramo científico de análise e previsão dessas dinâmicas. Há muito a teoria de direito comercial afasta-se de uma face estritamente privatista e se aproxima, cada vez mais, a uma implementação de *políticas públicas*¹¹⁰. Nesse sentido, se insere o direito da

¹⁰⁶ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 418.

¹⁰⁷ FITCHNER, José Antonio; *et al.* Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.016.

¹⁰⁸ SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro; PEREIRA, Cesar. *Arbitragem Concorrencial em Perspectiva: da natureza jurídica aos desafios procedimentais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 173.

¹⁰⁹ Para fins deste trabalho, serão utilizados como sinônimos as nomenclaturas: direito da concorrência e direito antitruste.

¹¹⁰ Paula Forgioni comenta em capítulo de princípios da ordem jurídica do mercado “De fato, desde a sua origem, o direito comercial liga-se ao mercado, ordenando a dinâmica estabelecida entre os mercados. Seu objetivo sempre se relacionou à tutela do tráfico econômico – ou seja, à defesa do “interesse geral do comércio”, na expressão de Carvalho de Mendonça –, e não dos comerciantes, individualmente

concorrência como via de regulamentar as práticas dos sujeitos econômicos (2.1.), bem como de atuar a repressão e prevenção de infrações à ordem econômica (2.1.).

2.1. A matéria concorrencial e a atuação do CADE na defesa destes direitos

Em que pese em diversas oportunidades os termos *direito da concorrência* e *política da concorrência* sejam utilizados como sinônimos, traduzem significados diferentes se analisados de forma minuciosa¹¹¹. Conforme ensinam Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, *direito da concorrência* tem conotação de leis e normas que regem um sistema; enquanto a segunda expressão corresponderia “a um conjunto de medidas e instrumentos utilizados pelos governos com a finalidade de determinar as condições de concorrência existentes em seus mercados”¹¹². No Brasil, essa *política da concorrência* é organizada (i) pela Constituição Federal e (ii) pelo *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, fruto da Lei n. 8.884/1994 e recentemente reformulado pela Lei n. 12.529/2011 – também conhecida como a Nova Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”).

Paula Forgioni sustenta que não há vinculação ou ligação entre o surgimento de um Estado liberal burguês (livre mercado) com a noção de concorrência, já que o início da disciplina da competição não é concomitante ao surgimento do mercado liberal¹¹³. Independente disso, é verdade dizer que o Brasil se firma como Estado aberto às relações econômicas à medida que regulamenta a concorrência empresarial na Constituição Federal de 1988. Ou seja, mesmo antes do advento da *Constituição Federal* já havia um ideal de proteção da concorrência em benefício do interesse coletivo e da ordem pública¹¹⁴.

Atualmente, a defesa da concorrência se verifica à medida que qualquer agente econômico, seja ele de direito público ou privado, pessoa natural ou jurídica, é submetido

considerados. Nessa linha, Teixeira de Freitas advertia que a proteção liberalizada pelo Código Comercial era em favor do comércio – e não dos comerciantes.” (FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 272).

¹¹¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

¹¹² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

¹¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8^a ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015, p. 34.

¹¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8^a ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015, p. 186.

ao crivo das normas concorrenciais que visam tutelar a ordem econômica¹¹⁵. Isto é, existe um arcabouço jurídico instrumentalizado com o propósito de defesa deste bem jurídico maior: a liberdade e o livre mercado, regulamentado pelas normas concorrenciais. Tal necessidade se impõe em qualquer Estado que preze pela liberdade econômica dada a tendência monopolista do mercado¹¹⁶.

Não se está diante de uma anormalidade afirmar que qualquer ente econômico visa a dominação do mercado e a maximização do lucro. Na verdade, são objetivos comuns aos agentes que atuam na iniciativa privada. O que se regula por esta área do Direito, no entanto, é o crescimento artificial forjado para *intencionalmente* promover fechamento de mercados, controle de preços, entre outras práticas que podem ser nocivas à concorrência.

A Constituição brasileira disciplina o direito à livre concorrência pelo artigo 170¹¹⁷, que inicia o capítulo sobre as regras da ordem econômica e financeira. O inciso IV deste dispositivo prevê expressamente o princípio da *livre concorrência* e é seguido pelo princípio de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente, por exemplo. Tal encadeamento promove a compreensão de que o exercício da livre concorrência e da livre iniciativa é possível também com a observância daqueles outros princípios. Ou seja, a Constituição prevê, de um lado, um conjunto de normas assecuratórias: permite o exercício de um determinado direito e, de outro, protetivas, consistentes na necessidade de observar aquele conjunto de princípios dispostos nos demais incisos. É o que Fábio Konder Comparato classifica como função *integradora e genética* do dispositivo constitucional¹¹⁸, afinal, a Constituição não é apenas formadora do direito, mas também um instrumento de conectar (integrar) interesses de diversas classes.

Nesse sentido, as normas de direito concorrencial e econômico tem por finalidade deixar assentada a possibilidade de o Estado se fazer presente no processo econômico e impor limites e condições ao exercício da iniciativa privada e das relações

¹¹⁵ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 348.

¹¹⁶ PAGE, William Hepburn. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. *Issues in competition law and policy*, Vol. 1, n. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008, p. 03.

¹¹⁷ CF, 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: (...) IV – livre concorrência.”

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional de controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, p. 16-28, vol. 97, jan./mar., 1991, p. 18.

comerciais¹¹⁹. Esta harmonização entre princípios é muito importante no âmbito da ordem constitucional econômica, à medida que dá aos agentes do mercado liberdades determinadas dentro de um escopo limitado de possibilidades¹²⁰. Desse modo, não é possível confundir a defesa da concorrência com a busca da concorrência perfeita; é correto, no entanto, relacionar a livre concorrência “*com a liberdade das empresas competirem no mercado, sem indevidos fornecimentos por parte do Estado, nem de práticas ilícitas por parte de seus concorrentes*”¹²¹.

É neste contexto de proteção que se inserem as leis de defesa da concorrência, sobretudo a mais recente. Em que pese a alteração feita em 2011 nas normas de defesa da concorrência com a Lei n. 12.529, foi ainda em 1994 que se implementou o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. À época, o diploma legal sistematizou a matéria antitruste e aperfeiçoou o seu tratamento legislativo, de forma que transformou o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria; impôs o dever de apresentação prévia dos atos de concentração; aumentou o poder da administração pública; e modificou a forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica¹²².

Já a Lei n. 12.529/2011 reorganiza o SBDC em (i) CADE, como autarquia especial, ligada ao Ministério da Justiça e (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), do Ministério da Fazenda¹²³⁻¹²⁴. Logo no artigo 1º, o diploma legal estabelece que se propõe a dispor sobre a *prevenção e repressão* às infrações contra à ordem econômica, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos por aquele diploma legal¹²⁵.

¹¹⁹ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 349.

¹²⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

¹²¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

¹²² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 123-124.

¹²³ Lei n. 12.529/2011, art. 3º: “O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”

¹²⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 127.

¹²⁵ Lei n. 12.529/2011, 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 ordem econômica, orientada pelos ditames

O CADE é composto, de acordo com o artigo 5º, em três órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência, (ii) Superintendência-Geral e (iii) Departamento de Estudos Econômicos¹²⁶. Nos artigos que seguem, a Lei n. 12.529/11 passa a elencar as competências e funções de cada um dos órgãos. O Tribunal é órgão julgante que tem como principais atribuições o julgamento das condutas dos agentes econômicos e a apreciação dos atos de concentração econômica¹²⁷. Já a Superintendência Geral apura e investiga infrações à ordem econômica e atua na instrução das análises dos atos de concentração¹²⁸. O terceiro órgão, Departamento de Estudos Econômicos, é dirigido por um Economista-Chefe que tem a função de emitir pareceres e realizar estudos econômicos¹²⁹.

É importante salientar, no estudo da matéria concorrencial brasileira, que a tutela da ordem econômica ocorre na via administrativa¹³⁰. Danilo Brum refere que a função administrativa (*i.e.*, o combate aos atos ilícitos no âmbito administrativo) configura o *public enforcement*, enquanto o combate em âmbito civil o *private enforcement*¹³¹. O *public* e o *private enforcement* podem ser definidos como os meios de coerção utilizados pelas vias públicas e privadas, respectivamente, a fim de fazer valer as normas concorrenciais¹³². Ainda, sobre a aplicação privada, que esta “*contribui para proteger a concorrência sadia de forma eficaz e eficiente, juntamente com a execução pública*”¹³³.

constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

¹²⁶ Lei n. 12.529/2011, art. 5º: “O Cade é constituído pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.”

¹²⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015, p. 128.

¹²⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015, p. 127.

¹²⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015, p. 129.

¹³⁰ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 23.

¹³¹ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 23.

¹³² SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro; KHOURI, Paulo Roque. *O private enforcement no direito concorrencial brasileiro: reflexões sobre o framework*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/362073/o-private-enforcement-no-direito-concorrencial-brasileiro>. Acessado em: 24/01/2024.

¹³³ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 23.

2.2. A atuação do CADE e a possibilidade de aplicação da arbitragem: o controle de estruturas e o controle de condutas

Conforme já mencionado, o artigo 1º da Lei n. 12.529/11 disciplina que o as principais esferas de atuação do SBDC são a preventiva e a repressiva: “*Esta Lei(...) dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*”¹³⁴. A atuação repressiva é expressa pelos artigos 36 e seguintes. Já a atuação preventiva é matéria dos artigos 88 e seguintes daquele diploma legal.

A atuação preventiva pode ser realizada a partir do controle de concentração, que analisa previamente operações consideradas atos de concentração (fusões, aquisições de participações societárias, *joint ventures*, por exemplo). Este controle preventivo atua na seara de evitar que os comportamentos ilícitos venham a ocorrer. Por sua vez, a atuação repressiva ocorre por meio da investigação e da sanção a infrações contra a ordem econômica¹³⁵; é uma postura combativa para assegurar o mandamento legal e tutelar a concorrência frente a uma conduta ilícita de determinado agente econômico¹³⁶. Dentro do escopo de *atuação* da proteção ao exercício da liberdade econômica e da livre iniciativa, é possível falar em **controle de condutas** e **controle de estruturas**¹³⁷. A fim de sumarizar a compreensão destes assuntos, é possível traçar a seguinte sistematização:

Tabela 1: Sistematização do funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Forma de Atuação	Repressiva	Preventiva
Espécie de controle	De conduta	De estrutura

¹³⁴ Lei n. 12.529/11, art. 1º.

¹³⁵ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 248.

¹³⁶ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 36.

¹³⁷ “(...) o objeto do controle de estruturas deve ser definido a partir de critérios rigorosos, claros e objetivos, a fim de delimitar com precisão as operações que devem estar sujeitas ao escrutínio antitruste e aquelas que podem ser consumadas desde já, ainda que sujeitas ao posterior controle de condutas.” (FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 438).

Objeto	Condutas colusivas	Atos de Concentração (fusões, aquisições, <i>joint ventures</i> etc.)
	Condutas unilaterais	
Forma de atuação	<i>Ex post</i>	<i>Ex ante</i>
Correspondência legal	Artigos 36 e seguintes da Lei n. 12.529/11	Artigos 88 e seguintes da Lei n. 12.529/11

Fonte: elaboração própria (2024).

As duas espécies de *controles* – de que indiretamente trata a Lei e são mais especificadas pela doutrina – partem da premissa de que “*a concorrência é um bem muito precioso para que seja colocado em risco*”, porque “*os danos que lhe são impingidos por estruturas anticoncorrenciais podem ser irreparáveis*”¹³⁸. No Brasil, é possível identificar o professor Calixto Salomão Filho¹³⁹¹⁴⁰ como precursor da divisão entre *controle de condutas* e *controle de estruturas*, em que pesem diversos autores também atualizarem essas conceituações. Fato é que tal divisão entre *controle de condutas* e *controle de estruturas* é somente elaborada pela doutrina,¹⁴¹⁻¹⁴² podendo ser útil à medida que facilita a compreensão e a apreciação de conceitos concorrenciais em procedimentos arbitrais¹⁴³.

O estudo deste formato estabelecido pela lei e ramificado pela doutrina merece nota uma vez que dialoga com o quesito da *arbitrabilidade* das matérias concorrenciais. Conforme tratado no PARTE I deste trabalho, o procedimento arbitral requer a legitimidade

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 430.

¹³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 113 a 336.

¹⁴⁰ “A análise do controle das estruturas de poder econômico e do controle de condutas adota a classificação tradicional da doutrina. Nas obras consultadas encontramos também como controle de condutas, a denominação de controle de comportamentos, termo utilizado pelo doutrinador Calixto Salomão Filho”. (CAMPOS, Clarice Garcia de; BERTONCELLO, Franciellen; PALLONE, Júlio Cesar Coelho; MORAES, Carlos Alexandre. Direito Concorrencial e a Disciplina Jurídica do Poder Econômico. *Revista Jurídica Cesumar*, ano 1, n. 1, p. 235-260, 2001, p. 247).

¹⁴¹ Danilo Brum Magalhães Júnior, amparado pela doutrina de Ana Frazão, sustenta que a classificação entre condutas colusivas e condutas unilaterais (no âmbito do controle de condutas) é feita usualmente pela doutrina e que a origem desta classificação decorre da sistemática legislativa do *Sherman Act*, dos Estados Unidos da América. (MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 38).

¹⁴² Interessa ressaltar que as divisões são fruto de classificações doutrinárias uma vez que tais nomenclaturas não são encontradas na Lei.

¹⁴³ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 247.

das partes: capacidade nos termos do Código Civil; e a possibilidade do pedido e da causa de pedir: o objeto precisa estar no âmbito dos direitos disponíveis e patrimoniais. Isto é, se faz necessário verificar de que tratam os controles *repressivos* e *preventivos* a fim de estabelecer limites do que pode ser objeto de uma arbitragem (ou não). Por essa razão, passa-se à análise dessas classificações.

A repressão que tratam os artigos 36 e seguintes da Lei n. 12.529/11 tem como objeto as *condutas* dos agentes econômicos para com o mercado. A repressão às condutas de que trata a Lei diz respeito àquelas capazes “*de alterar artificialmente, pelo uso de práticas impróprias, o equilíbrio em determinado mercado*”¹⁴⁴. Insta salientar que as infrações à ordem econômica se encontram dispostas a partir do artigo 36 da Lei n. 12.529/11, sendo que a Lei estabelece um rol específico de práticas passíveis de sanção. São as condutas descritas como contrárias à concorrência: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante¹⁴⁵. No mesmo sentido, é o §3º do artigo 36, que veda condutas similares, mas quando realizadas em conjunto.

A aferição de ilicitude de tais condutas é realizada pelo CADE à medida que se analisam os seguintes aspectos: (i) primeiro, se a conduta de fato ocorreu e pode ser imputada à representada; (ii) segundo, necessário verificar se a representada detém posição dominante no mercado em que atua – pressuposto necessário para que a conduta tenha efeitos negativos à concorrência; (iii) por último, se ultrapassados os pontos anteriores, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não esteja associada a ganhos de eficiência suficientes para contrabalancear os prejuízos de eventual redução da concorrência¹⁴⁶. Como se vê, para que reste afastado o caráter ilícito da conduta, é importante que fique demonstrado o ganho de eficiência com a prática daquele comportamento que enseje a derrogação de sanções administrativas aquele agente. Isto é, um ganho, seja aos consumidores, seja ao próprio mercado.

¹⁴⁴ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 349.

¹⁴⁵ É o que dispõe expressamente o artigo 36 e incisos da Lei n. 12.529/11.

¹⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan; OLIVEIRA, Juliana. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

Portanto, é infração à ordem econômica qualquer ato ou objeto que tenha como *objetivo* ou *efeito concreto* as finalidades dispostas no artigo 36, ainda que “*independentemente da intenção do agente e mesmo que não tenha sido ou seja alcançado*”¹⁴⁷ o resultado. É possível dizer ainda que “*pune-se o resultado, ainda que não alcançado, e não o ato, a conduta em si adotada, de modo que toda e qualquer conduta é legitimamente aceita e legal*”, porém, “*toda e qualquer conduta poderá ser caracterizada como infração à ordem econômica se tiver por objeto ou puder produzir os seguintes efeitos [do rol do artigo 36 da Lei n. 12.529/11]*”¹⁴⁸.

O controle de condutas pode ser ramificado ainda a partir de duas perspectivas: as condutas *colusivas* (ou condutas concentradas) e as condutas *unilaterais*.

As condutas colusivas ou concentradas¹⁴⁹ (ou ainda, bilaterais) são aquelas mais especificadas no §3º, incisos I e II, do artigo 36, da Lei n. 12.529/11. Trata-se de conduta realizada por um conjunto de agentes econômicos. Dessa forma, também é considerado infração à ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente (*i*) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, (*ii*) 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, (*iii*) 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; ou ainda, (*iv*) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. As condutas colusivas ou concentradas podem ser resumidas, portanto, na vedação de troca de informação concorrencialmente sensíveis entre competidores.

Cartéis são classificados, portanto, como condutas colusivas e podem ser definidos, sinteticamente, como sendo um acordo de empresas independentes com o objetivo de eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio de uma

¹⁴⁷ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 351.

¹⁴⁸ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 409.

¹⁴⁹ Nomenclatura utilizada por Vicente Bagnoli e José Inácio Gonzaga em: BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

determinada atividade econômica¹⁵⁰. Do ponto de vista da concorrência, é possível classificar ainda as condutas colusivas em dois extremos. As colusões expressas, ou cartéis, “*entendidos como acordos ilegais explícitos para combinação de preços e quantidades*” e a colusão tácita, “*decorrente da interdependência oligopolista, de que resulte ou possa resultar conduta uniforme*”¹⁵¹⁻¹⁵². O primeiro ocorre quando os agentes econômicos firmam acordos verbais ou escritos sobre variáveis concorrenciais¹⁵³. O segundo, quando não há provas diretas do conluio e sua existência é inferida a partir de provas comportamentais indiretas¹⁵⁴. Como exemplo de cartéis, é possível citar as hipóteses de agentes econômicos que se unem sob o manto de “associação de classe”, ou “associação buscando a qualidade do produto”¹⁵⁵.

Realizada a definição de condutas colusivas, importa a este estudo uma segunda análise: o que as autoridades de defesa da concorrência tutelam quando tipificam o conluio entre agentes econômicos como um ato ilícito? Isto é, é necessário responder qual é o direito que se protege. Bagnoli e Franceschini afirmam que o que configura a prática de cartel como ilícito é a sua tipicidade, sendo a conduta anticoncorrencial mais prejudicial ao mercado¹⁵⁶. Ainda, “*como decorrência da prática ilícita há uma transferência indevida de renda aos consumidores (vítimas) para os prestadores de serviços ou produtores (os infratores), de modo exatamente igual ao furto*” já que “*vários consumidores deixam de adquirir aqueles bens dado o seu preço mais elevado*”. Afinal,

¹⁵⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

¹⁵¹ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 413-414.

¹⁵² Ainda sobre cartéis “Em outras palavras, um cartel é, essencialmente, um grupo de vendedores ou compradores de bens ou serviços que, em vez de competirem livremente, unem-se para tentar eliminar a concorrência, visando maximizar seus lucros.” (SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, p. 103-130, novembro, 2017, p. 111).

¹⁵³ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, p. 103-130, novembro, 2017, p. 112.

¹⁵⁴ SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, p. 103-130, novembro, 2017, p. 112.

¹⁵⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

¹⁵⁶ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 416.

o cartel é considerado crime contra a economia e as relações de consumo, conforme artigo 4º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

É possível perceber que o que se impede a partir da ilicitude das condutas bilaterais anticoncorrenciais ultrapassa tão somente a vedação de conduta predatória. O caráter ilícito do cartel protege o Sistema de Defesa da Concorrência como um todo: o livre mercado e a defesa do consumidor.

Dada a temática do presente trabalho, em uma possível interseção entre direito da concorrência e arbitragem para a tutela de condutas colusivas, Bruno Bastos Becker entende que existem três hipóteses. A primeira, quando a arbitragem terá como objeto condutas colusivas ainda não investigadas pelo CADE (nem pelo Poder Judiciário); a segunda hipótese, trata da possibilidade de a arbitragem versar sobre condutas já apreciadas pelos órgãos competentes; e a terceira, compreende a arbitragem em que as condutas colusivas tenham sido deflagradas de forma incidental¹⁵⁷.

Quanto à primeira hipótese – *i.e.* condutas colusivas ainda não investigadas pelo CADE (nem pelo Poder Judiciário) –, a adoção da arbitragem estaria prevista em uma cláusula compromissória ou em um compromisso arbitral destinado a tutelar a conduta colusiva em si. Essa possibilidade “*enquadrar-se-ia nas hipóteses do art. 36 § 3, I da LDC e no art. 4º da Lei de Crimes Econômicos e, enquanto crime, não seria passível de decisão no sistema arbitral*”¹⁵⁸. Sinteticamente, as hipóteses do artigo 36, § 3º, I da LDC enquadram-se como crime, conforme o artigo 4º da Lei de Crimes Econômicos. Diante dessas situações, o conflito não seria passível de ser submetido à arbitragem, o por faltar *arbitrabilidade* do direito discutido. Diante dessa possibilidade, estaria o tribunal arbitral diante de um direito coletivo (de livre mercado e de defesa e proteção ao consumidor), de forma que “*a indisponibilidade encontra-se no âmbito coletivo e não no âmbito individual*”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 258.

¹⁵⁸ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 258.

¹⁵⁹ 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.

Na segunda hipótese – qual seja, condutas já apreciadas pelos órgãos competentes –, Bruno Becker entende ser a situação mais plausível para o cabimento de uma arbitragem. Para tanto, propõe o seguinte exemplo¹⁶⁰:

“Imagine-se que, após a decisão do CADE reconhecendo a existência de cartel entre diversas empresas, um cliente de uma das empresas condenadas que firmou contrato de fornecimento com cláusula arbitral possa ingressar com procedimento arbitral para demandar os prejuízos decorrentes do aumento de preços derivados do cartel.”

A hipótese criada por Bruno Becker parece elucidar uma hipótese clara de uso da arbitragem em discussões resultantes de apreciações de condutas colusivas pelo CADE. Em possível arbitragem, estaria o árbitro destinado a resolver problemas de ordem patrimonial e disponível entre as partes, tais como o preço convencionado. Dessa forma, em que pese o árbitro designado deva observar as normas de direito concorrencial aplicáveis, bem como as decisões já exaradas pela autarquia concorrencial, não há óbice em discutir a matéria na via privada.

Por último, o autor ainda elenca a possibilidade de deflagração incidental, por parte do árbitro, de condutas colusivas operadas por um agente econômico ou pelos agentes econômicos que litigam¹⁶¹:

“Imagine-se, por exemplo, uma disputa arbitral relativa à matéria societária envolvendo dois sócios de uma determinada companhia, tendo como objeto do litígio uma conduta plenamente lícita, mas que, ao longo da instrução do procedimento arbitral, descobre-se ter um dos sócios participado de um cartel ainda desconhecido pelas autoridades concorrenciais ou pelo judiciário, ou, em outra hipótese, situação na qual já haja investigação em curso, porém, ainda confidencial.”

Nesse caso, percebe-se que o direito em disputa está no âmbito dos indisponíveis e sem caráter patrimonial. Isso porque o bem jurídico tutelado é de titularidade ampla e com caráter social – de não precificação, venda ou passível de transigir.

Ainda que essa temática deva ser tratada de forma mais minuciosa, parece se estar diante de um caso em que haveria um dever legal do árbitro em reportar o ato ilícito a autoridade competente. Isso porque se estaria diante de uma matéria não arbitrável, já

¹⁶⁰ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 259.

¹⁶¹ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 259-260.

que sequer haveria conhecimento da entidade administrativa competente sobre o ilícito (*vide exemplo 1*); e, em decorrência disto, de um direito indisponível. No caso, o dever de revelação da questão por parte do árbitro está relacionado aos deveres a ele incumbidos pela própria LArb quando determina que o árbitro “*é juiz de fato e de direito*”¹⁶². Portanto, as atribuições para com a justiça são similares a de um juiz togado. Do contrário “o instituto da arbitragem poderia ser utilizado para cancelar ilícitos concorrenciais ainda que indiretamente envolvidos”¹⁶³.

A partir disto, é possível sintetizar o uso do instituto da arbitragem em matérias de direito concorrencial que envolvam análise de condutas colusivas (concentradas ou bilaterais), da seguinte forma¹⁶⁴:

Tabela 2: Sistematização das possibilidades de uso da arbitragem em matérias de Direito da Concorrência que versem sobre condutas colusivas.

Hipótese 1	Arbitragens cujo objeto do litígio compreenda condutas colusivas ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo Poder Judiciário.	Não é cabível o uso da arbitragem por se discutir direito indisponível.
Hipótese 2	Arbitragens cujo objeto do litígio seja condutas colusivas que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo Poder Judiciário;	É cabível o uso da arbitragem se o caso decorrer de discussão de direito disponível.
Hipótese 3	Arbitragens nas quais as condutas colusivas sejam identificadas de forma incidental.	Não é cabível o uso da arbitragem por se discutir direito indisponível.

Fonte: elaboração própria (2024) a partir dos exemplos elaborados pelo autor Bruno Bastos Becker

¹⁶² LArb, art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

¹⁶³ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 260.

¹⁶⁴ Destaca-se que a tabela foi elaborada a partir de exemplos retirados de BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 260.

Vencida a abordagem da temática das colusões, também é preciso examinar as condutas praticadas por apenas um agente econômico: as condutas *unilaterais*.

As condutas unilaterais são cunhadas pela doutrina como sendo aquelas em que há abuso de poder dominante (ou abuso de poder de mercado)¹⁶⁵. Pense-se, por exemplo, na situação em que determinada companhia está regulando o preço de determinada mercadoria em razão de sua posição dominante no mercado. O controle de condutas unilaterais pode ser visto como uma aplicação fiel ao que dispõe a Constituição quando estabelece 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*”¹⁶⁶⁻¹⁶⁷. Segundo Calixto Salomão Filho, tal premissa é inclusive utilizada na Lei de Liberdade Econômica, sabidamente de conotação liberal, já que esta estabelece a liberdade de fixação de preços “*a excepcionar o controle concorrencial, afirmando que tal liberdade não se aplica quando se trata de aplicação da legislação da defesa da concorrência*”¹⁶⁸. Isto é dizer que a Lei de Liberdade Econômica, embora tenha maior inclinação aos princípios da iniciativa privada, obedece às normas atinentes ao controle de condutas unilaterais.

A companhia que se encontra em posição dominante apresenta a tendência a adotar comportamento típico do monopolista: aumentar preços ao máximo, não prezando a qualidade do seu produto ou serviço e impondo aos demais práticas que não seriam adotadas em situação de não-concorrência¹⁶⁹. É também o que definiu a Suprema Corte norte americana, quando entendeu que posição dominante é o “*poder de forçar um concorrente a fazer algo que não faria*”¹⁷⁰. A determinação da existência de posição dominante não é possível de ser verificada a partir de métodos ou fórmulas matemáticas, mas é uma posição de fato, nem sempre fácil de se constatar¹⁷¹. Os indicativos de posição dominante podem ser: detenção de parcela de mercado (*market share*), existência de barreiras à entrada, comportamento de dependência de consumidores e/ou fornecedores,

¹⁶⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

¹⁶⁶ CF, art. 173, § 4º.

¹⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 359.

¹⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 359.

¹⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 259.

¹⁷⁰ Tradução livre de: “Market power is the power “to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market.” (United States Court of Appeal. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451. Decided: June 8, 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>. Acessado em: 13/01/2024.).

¹⁷¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 259.

potência econômica, estrutura avançada da empresa, domínio tecnológico e grau de crescimento do setor.

Considerando os aspectos acima, o controle de condutas unilaterais pode ser operado em dois grandes grupos: (i) condutas unilaterais horizontais e (ii) condutas unilaterais verticais¹⁷². Os conceitos de *verticalidade* e *horizontalidade* se aplicam tanto para a análise de condutas quanto para o controle de estruturas. Como se verá mais a frente, a divisão entre condutas horizontais e condutas verticais é realizada a partir de uma divisão de mercados concorrentes e mercados não concorrentes de forma direta.

As relações operadas no âmbito horizontal “*pressupõe[m] a existência de uma relação de concorrência entre o agente econômico que pratica infração e os agentes econômicos afetados pela prática*”; já as relações verticais “*pressupõe a existência de uma relação de insumo (fornecedor/cliente) entre o agente econômico infrator e aqueles afetados pela prática*”¹⁷³. Essa divisão entre relações em âmbito horizontal e vertical é realizada à medida que opera efeitos práticos produzidos para a concorrência¹⁷⁴. Isso porque os acordos horizontais “*neutralizam a competição principalmente entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante*” e os acordos verticais “*podem produzir efeitos anticoncorrenciais em três mercados relevantes (mercado de fornecimento de matéria prima, mercado da produção e mercado da distribuição)*”¹⁷⁵. Também é necessário ressaltar que esta divisão não é exaustiva já que há casos em que é comum a ocorrência de duas ou mais modalidades conjuntamente – por exemplo, quando há acordos entre concorrentes de um mesmo nicho de mercado, mas também entre mercados diferentes¹⁷⁶. É o que ficará claro abaixo.

Paula Forgioni ilustra essas relações por meio de um gráfico hipotético de relações entre uma cadeia mercadológica no mercado de cervejas. No caso, os acordos na linha entre os mercados de cervejarias, seria um exemplo de acordo horizontal: dentro de

¹⁷² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

¹⁷³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

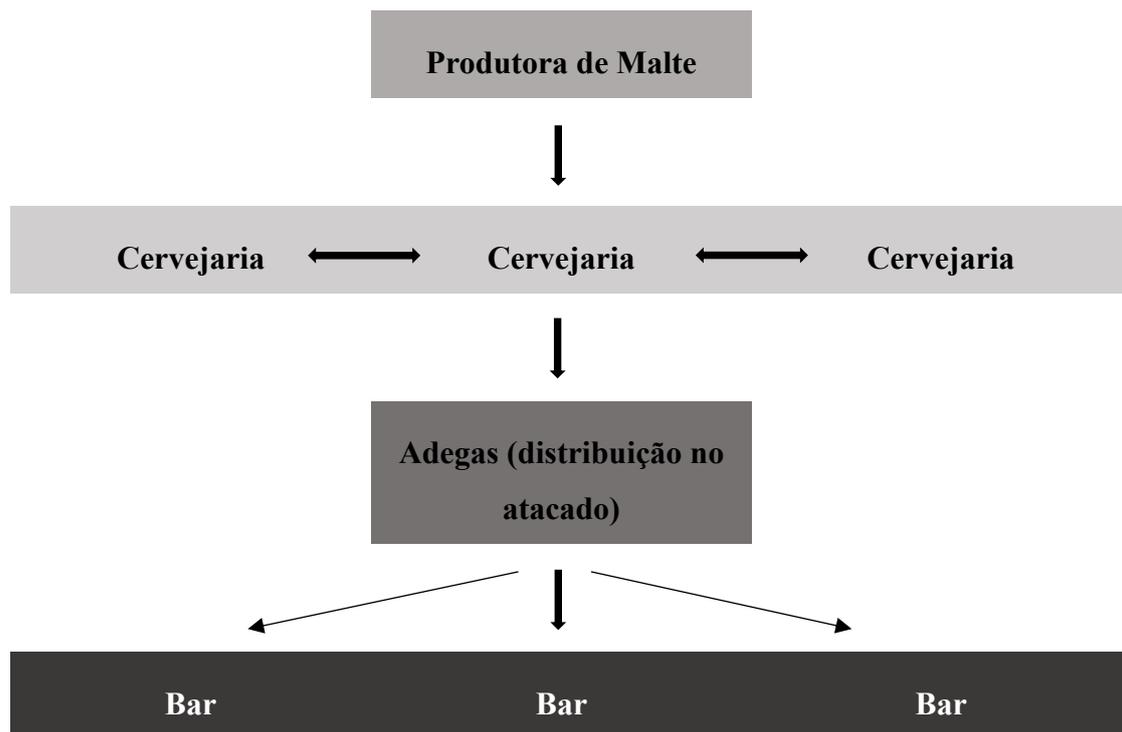
¹⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336.

¹⁷⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336-337.

¹⁷⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

um mesmo mercado relevante (geográfico e material). Já os acordos estabelecidos entre produtora de malte, cervejaria e adegas, seria um exemplo de acordo vertical, já que compõem atividades diferentes (um de produção, um de venda e outro de distribuição), mas em uma mesma área. O que é analisado pelas autoridades concorrenciais são justamente os possíveis efeitos negativos e anticoncorrenciais ligados a estes *acordos*, sejam eles horizontais ou verticais.

Tabela 3: Exemplo de acordos horizontais e verticais.



Fonte: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 337.

Retornando à divisão proposta por Bruno Bastos Becker, o controle de condutas unilaterais pode ser realizado a partir das três hipóteses já referidas por ocasião do exame do controle de condutas colusivas. De início, tem-se: (i) condutas unilaterais ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; (ii) condutas unilaterais que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo judiciário; e (iii) condutas unilaterais sejam identificadas de forma incidental¹⁷⁷.

¹⁷⁷ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 263.

Essa situação retoma a questão central do presente trabalho: caberia ao árbitro aplicar matéria relativa ao direito concorrencial? É a hipótese também abordada por Danilo Brum em que a convenção de arbitragem prevê que eventuais condutas anticompetitivas praticadas por qualquer das partes relacionadas ao contrato seria dirimida por procedimento arbitral¹⁷⁸. Ou, ainda, o exemplo “*no qual A e B celebram contrato de distribuição de um produto com cláusula de exclusividade, garantindo ainda o direito de A fixar o preço de revenda do produto*”¹⁷⁹.

Na primeira hipótese, considerando que as condutas unilaterais escolhidas para serem discutidas pelas partes pela via arbitral não se trata de crimes (diferente dos cartéis, por exemplo), verifica-se estarem presentes a capacidade das partes e arbitrabilidade do objeto: não há quaisquer restrições ao uso da arbitragem. Para tanto, “*o tribunal arbitral não pode se escusar de aplicar o direito da concorrência em um determinado litígio*”¹⁸⁰ já que não foge do escopo reconhecido em lei para que haja aplicação do instituto. A justificativa para tal hipótese também é que os árbitros são tão capazes de lidar com este ramo do direito quanto os juízes estatais, não havendo impedimentos neste sentido¹⁸¹.

Quanto à segunda hipótese, - *i.e.*, condutas unilaterais que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo Poder Judiciário -, não há maiores preocupações. Isso porque se trata de hipótese em que já houve intervenção da autoridade competente; cabendo ao tribunal arbitral apenas cancelar o que já fora decidido, mantendo-se dentro do seu escopo de atuação sobre a matéria que estaria em discussão naquele caso em concreto.

Por último, a terceira hipótese em que as condutas sejam deflagradas em caráter incidental, é possível questionar o dever de denúncia do árbitro às autoridades competentes. É possível encaminhar duas correntes: (i) a primeira preza pelo sigilo do procedimento arbitral, razão pela qual as partes optam por esta via de resolução de

¹⁷⁸ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e direito concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 119.

¹⁷⁹ BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015, p. 263.

¹⁸⁰ 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. 208.

¹⁸¹ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e direito concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 125.

conflito; (ii) já a segunda entende que não cabe ao árbitro cancelar condutas contrárias às normas de direito vigentes, tampouco normas constitucionais – se aquelas forem aplicáveis ao caso em concreto. Diante destas possibilidades, é imperioso recordar que a arbitragem não tem papel de compactuar com a violação às normas de ordem pública; tampouco cancelar ilicitudes¹⁸². Nesse sentido é necessário reprimir “*a decisão arbitral que infringe norma de ordem pública ou a convenção que busca afastar a imposição de comando da espécie ao caso em disputa*”¹⁸³.

Tabela 4: Sistematização das possibilidades de uso da arbitragem em matérias de Direito da Concorrência que versem sobre condutas unilaterais.

Hipótese 1	Arbitragens cujo objeto do litígio compreenda condutas unilaterais ainda não investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo Poder Judiciário.	É cabível, já que se trata de matéria dotada de <i>arbitrabilidade objetiva</i> .
Hipótese 2	Arbitragens cujo objeto do litígio seja condutas unilaterais que já tenham sido investigadas e julgadas pelo CADE ou pelo Poder Judiciário;	É cabível já que se trata de matéria dotada de <i>arbitrabilidade objetiva</i> , sendo que o tribunal arbitral deverá considerar a decisão da autoridade concorrencial.
Hipótese 3	Arbitragens nas quais as condutas unilaterais sejam identificadas de forma incidental.	É cabível já que se trata de matéria dotada de <i>arbitrabilidade objetiva</i> ; mas suscita debate sobre o dever de denúncia do árbitro à autoridade competente.

¹⁸² MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 09.

¹⁸³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 09.

O controle de estruturas tem por objeto a análise dos chamados Atos de Concentração, que podem ser definidos como as “operações que alteram a estrutura do mercado” à medida que “propiciam a formação de um novo ente econômico”¹⁸⁴. A partir disso, a Lei n. 12.529/11 impõe a necessidade de submissão ao CADE dos Atos de Concentração em que (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00; ou (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00¹⁸⁵. É o caso de fusões e aquisições (M&A), que preenchem esses requisitos, por exemplo.

Ana Frazão explica que o controle de estruturas é uma medida necessária além do controle de condutas para que “se impeça a formação de estruturas empresariais que restrinjam indevidamente a livre concorrência, seja porque propiciam o exercício abusivo da posição dominante adquirida ou reforçada em virtude da operação, seja porque facilitam a colusão”¹⁸⁶. A autora adverte que o crescimento do qual tratam as normas de defesa da concorrência (controle de estruturas) não são aqueles que apresentam caráter orgânico; isto é, resultado dos esforços próprios de uma companhia e o crescimento esperado dentro de um nicho de mercado específico. Mas aqueles que envolvem a união de esforços ou recursos de pelo menos dois agentes econômicos distintos¹⁸⁷.

Para saber se uma nova estrutura econômica gera ou não efeitos anticoncorrenciais, é importante analisar os seus impactos sobre o mercado¹⁸⁸. Ou seja, é uma análise que é feita *ex ante*¹⁸⁹: a partir do prognóstico da atuação daquela operação no

¹⁸⁴ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 430.

¹⁸⁵ Lei n. 12.529/11, art. 88 e ss.

¹⁸⁶ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 429.

¹⁸⁷ FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 439.

¹⁸⁸ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, p. 117.

¹⁸⁹ “Na verdade, hoje está bastante firmado na doutrina o entendimento de que a relação entre eficiência alocativa e eficiência produtiva é impossível de ser determinada *ex-ante* com precisão. Na verdade, se indícios econômicos existem numa ou noutra direção, eles apontam em sentido exatamente contrário, isto é, de uma presunção de prevalência da ineficiência alocativa sobre a eficiência produtiva em caso de

mercado. As concentrações em geral podem ser classificadas em três tipos principais: (i) concentrações horizontais, (ii) concentrações verticais e (iii) conglomerados¹⁹⁰⁻¹⁹¹. As concentrações horizontais ou acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão em *direta relação de concorrência*¹⁹². Por sua vez, as concentrações verticais ou acordos verticais disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos¹⁹³. Já os conglomerados ocorrem quando há uma união entre dois agentes econômicos não concorrentes, que atuam em mercados distintos e não relacionados¹⁹⁴.

Nesse caso, o CADE ao analisar os Atos de Concentração realiza uma verificação de possibilidade daquela fusão ou aquisição perante o direito da concorrência. Isto é, analisa quais seriam os aspectos que podem ser impulsionados por aquela operação; ou quais sujeitos que podem ser prejudicados. Diante disto, a análise de AC é também uma das hipóteses em que se está tutelando o direito da concorrência e da livre iniciativa em sua totalidade. Tendo em vista esses aspectos, é possível perceber que não há margem para as resoluções privadas de conflito nas hipóteses de julgamento de AC, já que o objeto é a própria estrutura de defesa da concorrência.

Ultrapassadas as hipóteses de cabimento da arbitragem (PARTE I), bem como a matéria que se ocupa o direito concorrencial brasileiro (PARTE II), faz-se necessária a verificação concreta destas análises.

PARTE III. AS POSSÍVEIS INTERSEÇÕES ENTRE O ENFORCEMENT PRIVADO E AS MATÉRIAS RELATIVAS AO DIREITO ANTITRUST

“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

formação de poder no mercado” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 188).

¹⁹⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, p. 117.

¹⁹¹ “Vale ressaltar que os tipos acima mencionados não são excludentes, de forma que a mesma operação pode apresentar desdobramentos horizontais, verticais ou de conglomerado, caso em que a autoridade concorrencial terá de analisar todos eles, separadamente e em conjunto.” (FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, p. 117).

¹⁹² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336.

¹⁹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336.

¹⁹⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, p. 117.

heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei n.º 9.307/1996.”¹⁹⁵

Ultrapassadas as questões substanciais sobre arbitragem e sobre o direito antitruste, passa-se a finalidade deste trabalho, qual seja discutir as relações desses dois ramos do direito – um material e um procedimental. Para tanto, será realizada a análise de casos que puseram luz a esse debate (3.1.) e, na sequência, serão analisadas as possibilidades de aplicação no direito brasileiro (3.2.).

3.1. Casos paradigmáticos que deram início ao debate

É inevitável abordar a temática de uso da arbitragem no âmbito do direito concorrencial e não resgatar os casos que impulsionaram a necessidade de discussão desses assuntos. Isso porque historicamente os árbitros, no exercício de sua função, evitavam decidir sobre questões envolvendo matéria de ordem pública a fim de evitar a anulação da sentença que viessem a produzir¹⁹⁶. É por isso que surpreendem e marcam doutrinariamente as primeiras decisões proferidas por árbitros que tocam as temáticas envolvendo temas (até então) *não arbitráveis* – ou sem *arbitrabilidade objetiva*.

De forma inicial, serão analisados dois casos paradigmáticos sobre o assunto, o primeiro deles com origem nos Estados Unidos da América, e o segundo com origem na Europa. Ambos os casos envolvem arbitragem internacional, de modo que os agentes que compõe o litígio são companhias com sedes em diversos países. A importância desta jurisprudência internacional se encontra no fato de que foram os primeiros casos a tratarem sobre a intersecção entre esses dois assuntos: jurisdição arbitral e aplicação das normas de direito concorrencial. A análise, portanto, diz respeito sobre a compreensão daqueles casos e como se deu a influência nos julgados brasileiros. Passemos ao primeiro caso.

Nos Estados Unidos da América, a arbitragem e o direito concorrencial também passaram por divergências até que se encontrasse uma forma de adequar a aplicação daquele ramo nas resoluções de disputas privadas. Isso porque as cortes norte americanas

¹⁹⁵ CADE. AC n. 08700.001390/2017-14. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Voto Vogal do Conselheiro Paulo Burnier. J. em: 23/07/2017.

¹⁹⁶ KOMNINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. SSRN Electronic Journal, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3eVfLGm>. Acesso em: 06/11/2023.

consideravam que “as ações baseadas no Sherman Act não eram arbitráveis”¹⁹⁷. O *Sherman Act* é uma lei norte-americana, aprovada em 1890, que regula as relações concorrenciais. Laurence Idot elenca três possíveis justificativas para que não houvesse essa intersecção entre as matérias: (i) a natureza política e pública do direito concorrencial, (ii) o sistema judicial ser supostamente mais bem preparado para lidar com a complexidade daqueles litígios e (iii) o suposto risco de os árbitros favorecerem o interesse das empresas em detrimento do interesse geral¹⁹⁸.

A respeito disso, Danilo Brum salienta que se “no curso de um procedimento arbitral, se qualquer uma das partes amparasse seu pleito em normas de direito concorrencial, a lide seria necessariamente cindida (...) devendo as partes remeter a solução da matéria concorrencial ao órgão estatal competente”¹⁹⁹. Esse entendimento era baseado no que ficou conhecido como *American Safety Doctrine*, em razão do julgamento do caso *American Safety Equipment Corp v. J. P Maguire & Co.*²⁰⁰ Isto é, aquilo que ficou conhecido como *American Safety Doctrine*, seria a proteção das causas envolvendo matérias concorrenciais em razão de considerá-las de interesse público²⁰¹. Naquele julgado o *Second Circuit* considerou não seriam arbitráveis as questões envolvendo o direito da concorrência por envolver questões de interesse público, e porque a violação das suas normas poderia afetar a coletividade²⁰².

¹⁹⁷ IDOT, Laurence. Arbitration and competition law. In. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Arbitration And Competition (Hearings)*. Paris, p. 51-86, 2010, p. 55. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 18/12/2023. Trecho traduzido livremente de: “that claims based on the Sherman Act were not suitable for arbitration”.

¹⁹⁸IDOT, Laurence. Arbitration and competition law. In. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Arbitration And Competition (Hearings)*. Paris, p. 51-86, 2010, p. 55. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 18/12/2023. Trecho traduzido livremente de: “Three main reasons justify the inability to arbitrate these disputes: the nature of public policy of antitrust law; the fact that the judicial system was better equipped to deal with the complexity of antitrust litigation; and the risk that arbitrators would favour business interests at the expense general interest. Added to this was the fact that the arbitrators did not have the same resources as the judge, especially in terms of discovery. However, the principle of an inability to arbitrate recognised these limitations and the parties could seek arbitration if the arbitration agreement occurred after the commencement of the claims, in other words, if a compromise was reached”.

¹⁹⁹ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 108-109.

²⁰⁰ Unites States Court of Appeals for the Second Circuit. *American Safety Equipment Corp., Plaintiff-appellant, v. J. P. Maguire & Co.* Decided March 20, 1968. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/391/821/134195/>. Acessado em: 19/12/2023.

²⁰¹ BRAUN, Bruce R. The Arbitration of Federal Domestic Antitrust Claims: How Safe is the American Safety Doctrine?, Pepp. L. Rev. Iss. 5, 1989. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol16/iss5/8>. Acessado em: 28/01/2024.

²⁰² BARRIOS, Lucas de Góis; LAPA, Vitória Neffá. Arbitragem e Direito Concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 9, n. 1, junho, p. 148-171, 2021, p. 149.

Ocorre que não menos de 20 anos depois essa compreensão foi historicamente alterada no estudo da arbitragem e seu uso no direito concorrencial com o *Caso Mitsubishi*, na década de 1980²⁰³.²⁰⁴. Esse caso alterou a percepção das cortes americanas, que até então entendiam que o *direito antitruste* não constituía matéria de Direito Privado, mas sim um conjunto de normas conhecido para promover e proteger o interesse nacional²⁰⁵ – e que por isso não poderiam ser arbitráveis.

O julgado envolvia a *Mitsubishi*, empresa japonesa, e a *Chrysler International S.A.* (“CISA”), empresa suíça, que acordam juntas em criar a *Mitsubishi Motors Corp.*, uma *Join venture* com o intuito de vender automóveis da marca *Mitsubishi* por meio de agentes da *Chrysler* fora dos Estados Unidos. Em 31 de outubro de 1979 Soler, empresa Porto Riquenha, celebrou Contrato de Distribuição com a CISA (“Contrato de Distribuição”). O contrato previa a venda de veículos fabricados pela *Mitsubishi* em San Juan. Na mesma data CISA, Soler e *Mitsubishi* celebraram Contrato de Procedimento de Vendas (“Contrato de Vendas”) o qual era relacionado ao Contrato de Distribuição, sendo que esse segundo instrumento previa a venda direta de *produtos Mitsubishi* para a Soler e regia os termos e condições daquelas vendas. Nesse Contrato de Vendas, havia item específico prevendo que “*todas as disputas, controvérsias ou diferenças que possam surgir entre [Mitsubishi] e [Soler] devido ou em relação aos Artigos I-B a V deste Contrato ou pela violação do mesmo, serão finalmente resolvidas por arbitragem no Japão, de acordo com as regras e regulamentos da Associação de Arbitragem Comercial do Japão*”²⁰⁶.

A animosidade entre as empresas iniciou à medida que as vendas (dos automóveis) e demais produtos relacionados a essas mercadorias tiveram uma diminuição de demanda. Em paralelo a Soler enfrentou dificuldades para atingir o volume de vendas.

²⁰³ United States Supreme Court. *Mitsubishi Motos Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* Award n. 83-1569. Decided July 2, 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>. Acessado em: 18/12/2023.

²⁰⁴ 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. Vol. I. Org. Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas e Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 10.

²⁰⁵ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 108-109.

²⁰⁶ Trecho traduzido livremente de: “All disputes, controversies or differences which may arise between [Mitsubishi] and [Soler] out of or in relation to Articles I-B through V of this Agreement or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Japan in accordance with the rules and regulations of the Japan Commercial Arbitration Association.” (United Supreme Court. *Mitsubishi Motos Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* Award n. 83-1569. Decided July 2, 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>. Acessado em: 19/12/2023).

Na primavera de 1981, com a alteração do mercado, a Soler solicitou que a *Mitsubishi* atrasasse ou cancelasse o envio de vários pedidos. Também como medida de refrear esse desvio de vendas, a Soler solicitou às empresas *Mitsubishi* e CISA para que desviasse uma quantidade dos veículos para vendas em outros territórios, como algumas áreas dos Estados Unidos e da América Latina. O pedido foi negado tanto pela *Mitsubishi* quanto pela CISA sob a justificativa de que tal desvio poderia interferir na política comercial japonesa de limitar voluntariamente as importações para os EUA e que os veículos eram adaptados e fabricados para a realidade de Porto Rico. Sobre essa última justificativa, alegaram que os veículos não continham aquecedores ou desembaçadores, por exemplo; ou que não poderiam receber combustível sem chumbo e de alta octanagem, inadequados para uso em países da América Latina. Diante desse cenário, a *Mitsubishi* reteve o envio de 966 veículos.

Um mês após esses acontecimentos a *Mitsubishi* moveu uma ação contra a Soler no Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Porto Rico, com base nos parágrafos 4º e 201 da Lei Federal de Arbitragem Americana (“*Federal Arbitration Act*”, ou “*FAA*”) para obrigar a arbitragem de acordo com a cláusula compromissória do Contrato de Venda. O parágrafo 4º dispõe sobre a possibilidade de que a parte lesada pelo alegado incumprimento ou recusa de outra parte em arbitrar, desde haja convenção de arbitragem escrita, possa apresentar petição a qualquer tribunal distrital dos Estados Unidos requerendo o cumprimento forçado da cláusula e/ou do compromisso²⁰⁷. Após a reclamação, a *Mitsubishi* apresentou pedido de arbitragem perante a Associação Japonesa de Arbitragem Comercial.

²⁰⁷ Federal Arbitration Act, § 4º: “A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days' notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. (...)”. Tradução livre: “Uma parte lesada pelo alegado incumprimento, negligência ou recusa de outra parte em arbitrar ao abrigo de uma convenção de arbitragem escrita pode apresentar uma petição a qualquer tribunal distrital dos Estados Unidos que, salvo essa convenção, teria jurisdição, ao abrigo do título 28, numa ação civil ou no foro, sobre o objeto de uma ação resultante da controvérsia entre as partes, para obter uma ordem que determine que a arbitragem se processe da forma prevista nessa convenção. A parte em falta deve ser notificada por escrito, com cinco dias de antecedência, do pedido. A notificação deve ser efetuada nos termos das normas federais de processo civil. O tribunal ouvirá as partes e, se considerar que não está em causa a celebração da convenção de arbitragem ou o seu incumprimento, ordenará às partes que procedam à arbitragem nos termos da convenção”.

A Soler negou as acusações e argumentou que houve inúmeras violações ao Contrato de Vendas por parte da *Mitsubishi*, como recusa injusta de envio de veículos encomendados e peças necessárias, falta de pagamento de trabalhos de garantia e descontos autorizados, e má-fé no estabelecimento de volume mínimo de vendas. Ainda, a distribuidora arguiu que a *Mitsubishi* havia feito declarações que difamava o bom nome e a reputação comercial da Soler.

Em suma, a Soler alegou que “*a Mitsubishi havia feito declarações que difamavam o bom nome e a reputação comercial de Soler a uma empresa com a qual Soler estava então negociando a venda de sua fábrica e distribuição*”; e que “*Mitsubishi havia feito uma declaração propositalmente falsa e maliciosa em uma declaração apresentada em apoio ao seu pedido de restrição temporária ordem, e que a Mitsubishi aconselhou injustamente os clientes da Soler e o público em sua área de mercado que eles não deveriam mais fazer negócios com a Soler*”. Ainda, no que dizia respeito ao *Sherman Act*, a Soler alegou que a *Mitsubishi* recusou a permitir a venda a compradores da América do Norte, Central e Sul e que se recusou a enviar os produtos necessários para que tornasse os automóveis aptos à venda nos países da América do Sul, ou seja, teria ocorrido uma tentativa de restrição do mercado.

Nesse caso, a *ratio decidendi* do acórdão foi orientado para a arbitragem internacional²⁰⁸. Após recurso, o caso alcançou na Suprema Corte norte-americana e tem resultado inovador, pois à medida que percebe que os critérios de *arbitrabilidade* apenas estavam sendo usados como critério de sabotagem²⁰⁹. Isto é, estava sendo usado como desculpa para que não se afastasse o tribunal regional e se respeitasse a cláusula compromissória do Contrato de Venda. Diante disso, a Suprema Corte norte-americana, por maioria, rejeitou a pretensão da Soler em não se submeter à arbitragem. Privilegiou, portanto, a vontade das partes em decidir e ressalta que “quando as partes escolhem um tribunal arbitral para decidir questões que envolvam normas cogentes, os árbitros serão

²⁰⁸ IDOT, Laurence. Arbitration and competition law. In. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Arbitration And Competition (Hearings)*. Paris, p. 51-86, 2010, p. 56. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 19/12/2023.

²⁰⁹ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 108-109.

obrigados a decidir em conformidade com o direito nacional que deu origem à demanda”²¹⁰.

Na experiência europeia, marca o caso protagonizado pela *Eco Swiss China Time Ltd.* (“*Eco Swiss*”) versus *Benetton Internacional NV* (“*Benetton*”), em 1999²¹¹. O contexto do litígio instaurado pela *Eco Swiss* se deu pelo fato de que em 1 de julho de 1986, a *Benetton*, sociedade estabelecida em Amsterdã, celebrou um contrato de licença pelo prazo de oito anos com a *Eco Swiss*, estabelecida em Hong-Kong, e a *Bulova Watch Company Inc.* (“*Bulova*”), com sede em Nova Iorque. Por meio desse contrato, a *Benetton* concedeu à *Eco Swiss* o direito de fabricar relógios com a menção “*Benetton by Bulova*”, os quais podiam ser vendidos pela *Eco Swiss* e pela *Bulova*²¹². Neste instrumento, a cláusula 26 dispunha que qualquer controvérsia oriunda daquela relação seria dirimida por meio de arbitragem, pelo Instituto Holandês de Arbitragem e seria regido pela lei holandesa²¹³.

Ocorre que em 24 de junho de 1991, três meses antes do término da relação entre as partes, a *Benetton* enviou uma carta à *Eco Swiss* resolvendo o contrato de licença. A

²¹⁰ BARRIOS, Lucas de Góis; LAPA, Vitória Neffá. Arbitragem e Direito Concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 9, n. 1, junho, p. 148-171, 2021, p. 151.

²¹¹ European Court Records, Judgment of the ECJ of 1 June 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton Internacional NV.*, case C-126/97, 1999. O sumário apresenta a seguinte redação: “Where domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85 of the Treaty (now Article 81 EC). That provision constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market. Also, Community law requires that questions concerning the interpretation of the prohibition laid down in Article 85 should be open to examination by national courts when they are asked to determine the validity of an arbitration award and that it should be possible for those questions to be referred, if necessary, to the Court of Justice for a preliminary ruling.” Tradução livre: “Quando as regras processuais nacionais exigem que um tribunal nacional dê provimento a um pedido de um pedido de anulação de uma decisão arbitral quando esse pedido se funda na inobservância de ordem pública nacional, deve também dar provimento a esse pedido quando este se funda na inobservância da proibição prevista no artigo 85.o do Tratado (atual artigo 81.o CE). Esta disposição constitui uma disposição fundamental, essencial para o cumprimento das do Tratado (atual artigo 81.o CE). Esta disposição constitui uma disposição fundamental, essencial para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, nomeadamente, para o funcionamento do mercado interno. Além disso, o direito comunitário exige que as questões relativas à interpretação da proibição prevista no artigo 85. do artigo 85.o devem poder ser examinadas pelos tribunais nacionais quando estes são chamados a validade de uma decisão arbitral e que essas questões possam ser submetidas, se possível, ao Tribunal de Justiça para decisão prejudicial.”

²¹² European Court Records, Judgment of the ECJ of 1 June 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton Internacional NV.*, case C-126/97, 1999.

²¹³ MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 230 f. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP). Orientação: Juliana Oliveira Domingues, São Paulo, 2019, p. 139.

denúncia do contrato realizada pela *Benetton* dizia respeito à discordância quanto aos *royalties* a receber²¹⁴. A partir disso, a quebra de vínculo, a *Benetton*, a *Eco Swiss*, e a *Bulova* iniciaram um procedimento arbitral. Do procedimento resultou uma sentença condenatória à *Benetton*. O Tribunal Arbitral determinou a ineficácia da denúncia efetuada e condenou a denunciante, que ficou obrigada a pagar uma quantia aproximada a 29 milhões de dólares à *Eco Swiss*²¹⁵.

Insatisfeita, em 1995 a *Benetton* ingressou com pedido de anulação da sentença arbitral perante o Tribunal de Haia. Alegou, entre outros fundamentos, que o acordo de licenciamento firmado entre as Partes era nulo – por violação ao artigo 85 do Tratado de Roma²¹⁶ - diploma equivalente ao atual Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). O TFUE foi firmado em 1957 para instituir a Comunidade Econômica Europeia (“CEE”)²¹⁷. O artigo 85 do Tratado de Roma²¹⁸ hoje equivale ao artigo 101 do TFUE²¹⁹ e, à época, regulamentava os direitos correspondentes ao direito concorrencial

²¹⁴ SALTON, Rodrigo. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma análise a partir do caso *Eco Swiss*. *Res Severa Verum Gaudium*, vol. 6, n. 1, p. 424-438, junho, 2021, p. 03.

²¹⁵ MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 230 f. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP). Orientação: Juliana Oliveira Domingues, São Paulo, 2019, p. 139.

²¹⁶ MAGALHÃES JUNIOR, Danilo Brum de. *Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro*. 194 f. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS). Orientação: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, Porto Alegre, 2018, p. 108.

²¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Roma*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>. Acessado em: 07/11/2023.

²¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Roma*, artigo 81: “Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione, b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento, d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza, e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contrattisti.” Tradução livre: “São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsar a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em (a) Fixem, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitem ou controlem a produção, os mercados, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartam os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Apliquem condições desiguais a transações equivalentes com outros parceiros comerciais (e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham qualquer relação com o objeto desses contratos”.

²¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia*, artigo 101: “São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-

e antitruste. O que ficou evidente, portanto, é que os árbitros utilizaram de um *direito indisponível* para embasar a multa por rescisão contratual à *Benetton*.

Inconformada, a *Benetton* buscou a anulação da sentença arbitral e argumentou que o artigo 85 do Tratado de Roma era de ordem pública à luz do direito holandês²²⁰. Em 1997, o Tribunal Superior Holandês decidiu utilizar o mecanismo de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”), nos termos do antigo Tratado de Roma²²¹.

Em 1999, o TJCE decidiu que a regra antitruste contida no Tratado de Roma integra a ordem pública e que, se a lei do Estado onde a ação de anulação fora interposta considerava a ordem pública como fundamento para anulação de decisão arbitral, tal decisão deveria ser anulada com esse fundamento²²². Em verdade, o TJUE não se manifestou abertamente sobre a possibilidade de julgamento pelos árbitros de questão envolvendo direito concorrencial. O que esse caso evidencia e é consagrado pela doutrina como o marco inicial para a abordagem dessa temática é que o Tribunal os considera arbitráveis, em princípio, arbitráveis, mesmo que o direito comunitário da concorrência implique norma de ordem pública²²³. Para Aluísio de Freitas, “o TJCE não apenas reconheceu a arbitrabilidade do Direito Antitruste, como concluiu pelo dever do árbitro em respeitá-lo e aplicá-lo quando da prolação de uma sentença arbitral”²²⁴.

Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

²²⁰ SALTON, Rodrigo. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma análise a partir do caso *Eco Swiss. Res Severa Verum Gaudium*, vol. 6, n. 1, p. 424-438, junho, 2021, p. 03.

²²¹ MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 111-112.

²²² MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 111-112.

²²³ “Despite the fact that the ECJ did not expressly affirm the arbitrability of competition claims, 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.” (LANDI, Niccolò; ROGERS, Catherine A. Arbitration of antitrust claims in the United States and Europe. *Legal Studies Research Paper* n. 07-01; Corcorrenza e Mercato. Milão, 2007, p. 04). Tradução livre: “Apesar de o TJCE não ter afirmado expressamente a arbitrabilidade das ações de concorrência, a grande maioria dos comentadores considera o *Eco Swiss* como inferindo que o Tribunal os considera arbitráveis em princípio, mesmo que o direito comunitário da concorrência implique a ordem pública.”

²²⁴ MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 230 f. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP). Orientação: Juliana Oliveira Domingues, São Paulo, 2019, p. 139.

Doutrinariamente, essas duas decisões constituem um marco na arbitragem internacional, de forma que assenta quais são as matérias passíveis de arbitragem – mesmo aquelas que dizem respeito à ordem pública²²⁵. Demonstram, sobretudo, a confiança na eficácia dos procedimentos de arbitragem e o prestígio da arbitragem e da manifestação da vontade das partes²²⁶.

3.2. *As possíveis aplicações ao ordenamento jurídico brasileiro: é possível que o CADE determine a solução de conflito pela via arbitral?*

O ordenamento jurídico brasileiro e o sistema antitruste nacional colocam à disposição das autoridades instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação, ao invés de apenas aplicar sanções²²⁷. Isso porque o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atua justamente no sentido de tutelar e proteger os ditames constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, tendo a coletividade como titular desses bens jurídicos²²⁸. Atua na proteção da ordem econômica²²⁹.

Tendo isso em mente, é dever do CADE promover sua atuação no sentido de gerar melhores eficiências econômicas, bem como eficiências procedimentais – que viabilizem a resolução de conflitos de forma mais céleres e *descomplicadas* às companhias analisadas pela autarquia. Conforme visto, dentro desse escopo é possível a realização de Acordos em Controle de Concentração, que tem como função a aprovação de um Ato de Concentração mediante imposição de práticas comportamentais ou estruturais²³⁰. As práticas impostas também são denominadas *remédios* e servem para

²²⁵ TRABUCO, Cláudia; GOUVEIA, Mariana França. A arbitralidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. In: Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida. Vol. I. Org. Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas e Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2011, p. 10.

²²⁶ MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 230 f. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP). Orientação: Juliana Oliveira Domingues, São Paulo, 2019, p. 140.

²²⁷ GRAU, Eros. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. *Revista do IBRAC*, vol. 9, n. 3, 2002, p. 390.

²²⁸ FRANCHESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de Direito Empresarial*, vol. VII: Direito Concorrencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 221.

²²⁹ “Pode-se definir ordem econômica como aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade.” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência, comentários à legislação antitruste*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 146).

²³⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015, p. 426.

controlar o Ato de Concentração, seja pela combinação de condutas entre as partes, seja pela realização de alterações na estrutura daquelas companhias.

Os remédios comportamentais podem ser divididos entre obrigações positivas (de fazer) e obrigações negativas (de não fazer)²³¹. É o exemplo de cláusula em que as partes se comprometem a não realizar práticas abusivas de preço, ou ainda, cláusula de não discriminação de concorrentes. Já os remédios estruturais alteram a organização econômica de uma companhia, à medida que propõe que seja realizado um desinvestimento de parte do negócio em detrimento de maior benefício da operação. É o exemplo de venda de filiais daquela companhia, ou alienação de certo setor dentro daquela empresa cujo Ato de Concentração tem por objeto. Para Ana Sofia Signorelli e Cesar Pereira, tal diferenciação entre remédios está intimamente relacionada à questão das arbitragens concorrenciais²³². Tal conclusão dos autores se deu em razão da disposição realizada pela OCDE, a qual fixa que:

“(…) Registaram-se alguns casos de casos de concentrações que aceitam compromissos de arbitragem, mas é muito raro numa situação de solução imposta. Por exemplo, a fim de aplicar soluções estruturais, as partes dispõem de um prazo para vender a atividade alienada. Se a alienação não for efetuada dentro do período de tempo atribuído, então um administrador da alienação. O administrador responsável pela alienação assume o controle, com poderes para vender a atividade alienada sem qualquer preço mínimo. A adição da arbitragem a este processo não seria prática. No entanto, a arbitragem pode ser e tem sido utilizada nos compromissos de acesso.”²³³

Ou seja, os Atos de Concentração que resultam em Acordos tendem a ser mais convidativos à arbitragem quando naqueles ACC's se regulam questões comportamentais (imposição de remédios comportamentais). De outro lado, haveria a possibilidade de realização de arbitragem para regulação de remédios estruturais, o que não seria vantajoso a própria natureza daquele controle – que seria orientar uma venda de ativos de determinada companhia. Desse modo, é necessário olhar atento a qual tipo de conduta se regulamenta pelo CADE (Parte II), bem como se essa conduta é passível de aplicação de

²³¹ SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro; PEREIRA, Cesar. *Arbitragem Concorrencial em Perspectiva: da natureza jurídica aos desafios procedimentais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 69.

²³² SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro; PEREIRA, Cesar. *Arbitragem Concorrencial em Perspectiva: da natureza jurídica aos desafios procedimentais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 69.

²³³ OCDE. *Arbitration And Competition (Hearings)*. Paris, p. 51-86, 2010, p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 19/12/2023. Tradução livre de: “There have been a number of merger cases accepting commitments to arbitrate, but this is very rare in an imposed remedy situation. For example, in order to enforce structural remedies the parties are given a time period in which to sell the divested business. If the divestiture is not carried out within the allocated time period then a divestiture trustee takes over, with the power to sell the divested business without any minimum price. The addition of arbitration to this process would not be practical. However, where arbitration can and has been used is in access commitments.”

qual tipo de remédio: comportamental ou estrutural. É um caminho possível para que seja traçada uma via de implementação da arbitragem.

Em que pese a arbitragem se mostre como esse meio de resolução de conflitos de forma mais rápida e especializada, a prática não era comum no âmbito do direito da concorrência, conforme visto nos pontos acima. Ainda que a experiência internacional já servisse de inspiração, a matéria só chegou ao Brasil em 2015, quando o CADE analisou a venda da Vale Fertilizantes S.A. para a *Israel Coporation*. Em verdade, o uso da arbitragem pelo CADE é sintetizado em quatro casos paradigmáticos julgados pela autarquia, sendo eles: (i) caso ICL Brasil – Fosbrasil, (ii) caso ALL – Rumo, (iii) BM&F Bovespa – Cetip e (iv) AT&T – Time Warner.

Os casos acima mencionados são utilizados como bases para a discussão da inserção de cláusulas compromissórias em ACC's, conforme elenca a Conselheira Lenisa Rodrigues Prado em voto de Ato de Concentração julgado ainda em 2022²³⁴: “*Destaca-se que o uso da arbitragem em ACCs não é novidade para o CADE. Vale recordar os casos ICL Brasil – Fosbrasil (AC n° 08700.000344/2014-47), ALL – Rumo (AC n° 08700.000871/2015-32), BM&F Bovespa – Cetip (AC n° 08700.004860/2016-11) e AT&T – Time Warner (AC n° 08700.001390/2017-14)*”.

O caso envolvendo a Vale Fertilizantes S.A. (“Vale”) foi julgado em 2014 pelo CADE, o que evidencia o quão recente é essa temática na abordagem brasileira. A problemática envolvia a compra de parte significativa da participação da Vale na empresa Fosbrasil pela *Israel Corporation Ltd. Brasil* (“*ICL Brasil*”). O cenário pós compra seria de forma que a ICL Brasil passaria a deter 88,5% das participações da Fosbrasil. O cenário pré-operação era de forma que a Vale e a ICL Brasil detinham, cada uma, uma parcela igualitária de 44,25%, sendo que os 11,5% restantes são detidos pela companhia *Prayon S.A.* Ou seja, a porcentagem de ativos vendidos pela Vale à ICL Brasil correspondia a totalidade de sua participação naquela companhia.

O contexto em que se inserem essas empresas merece apontamento. A Fosbrasil tem sede em Cajati, São Paulo, e é a principal fornecedora de ácido fosfórico de grau alimentício (PPA), utilizado para a produção de sais de fosfato, matéria prima muito utilizada em indústrias de mercado variados, bem como alimentício e de higiene. Em resumo, atua na produção e comercialização de produtos à base de fósforo, sobretudo

²³⁴ CADE. AC n. 08700.006512/2021-37. Rel. Lenisa Rodrigues Prado. J. em: 05/09/2022.

ácido fosfórico e comercialização de produtos à base de fósforo. Já a ICL Brasil é a maior produtora de ácido fosfórico purificado do Hemisfério Sul, sendo que atua em uma variedade diversificada de mercados no Brasil e no mundo. Ou seja, é possível verificar, mesmo sem adentrar de forma profunda à relação econômica, que há uma possibilidade de *confusão* entre os mercados tal como estão estruturados. Conforme visto na PARTE II, é possível falar que com a operação haveria uma integração vertical. Isso porque haveria a fusão de dois mercados: o de produção de PPA e de produção de sais fosfato de grau alimentício.

A preocupação suscitada pela Superintendência Geral do CADE seria de que poderia “conferir à ICL capacidade de discriminar o fornecimento do PPA no mercado nacional, o que, aliado aos incentivos previamente existente, pode resultar em um aumento da probabilidade de efeitos unilaterais, tais como o aumento de preço ou a recusa de venda deste insumo (...)”²³⁵. Ou seja, a preocupação da SG seria do âmbito do controle comportamental de condutas unilaterais.

A operação foi notificada ao CADE em 14 de janeiro de 2014 e declarada como de grau complexo em razão da necessidade de aprofundamento da análise concorrencial relativa à eventual fechamento de mercado de ácido fosfórico. Nesse caso, a Superintendência geral do CADE entendeu que a operação poderia conferir “*capacidade de praticar condutas discriminatórias em relação aos seus concorrentes no mercado à jusante*”²³⁶ de sais fosfato”²³⁷; ou ainda, como divulgado pelo próprio CADE em suas plataformas de informação “*incentivar a Fosbrasil a discriminar ou mesmo recusar o fornecimento de PPA a outras fabricantes de sais de fosfato, com o objetivo de favorecer a ICL*”²³⁸.

No voto da conselheira relatora Ana Frazão, foram analisadas todas as nuances atinentes à possibilidade de fechamento de mercado suscitadas pela Superintendência Geral do CADE (“SG”), de forma que se concluiu pelo deferimento do ato de concentração, mas com ressalvas. Em item “*Solução negociada com as requerentes*” do voto, a relatora elenca que as Requerentes daquele Ato de Concentração propuseram um

²³⁵ CADE. Parecer da SG no AC n. 08700.000344/2014-47. Rel. Ana Frazão. J. em: 24/10/2014

²³⁶ As expressões mercado à jusante e mercado à montante, traduzem respectivamente, mercados de distribuição e mercado de fornecimento de matéria prima. Sobre isso, ver a Tabela 2 deste trabalho.

²³⁷ CADE. Parecer da SG no AC n. 08700.000344/2014-47. Rel. Ana Frazão. J. em: 24/10/2014.

²³⁸ CADE. *Superintendência do Cade conclui parecer sobre operação entre ICL e Fosbrasil*, 24/10/2014. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-do-cade-conclui-parecer-sobre-operacao-entre-icl-e-fosbrasil>. Acessado em: 21/12/2023.

Acordo em Controle de Concentrações com vias de estabelecer medidas para assegurar que não haverá o fechamento ao acesso ao PPA, tampouco a cobrança de preços discriminatórios a concorrentes da ICL.

O *remédio* firmado em ACC obriga a Fosbrasil a “*oferecer contratos de fornecimento de longo prazo de ácido fosfórico a todos os produtores de sais fosfato localizados no Brasil por um período de até oito anos*”²³⁹. Tal remédio apresenta caráter comportamental, uma vez que regula as condutas unilaterais daqueles agentes econômicos. O diferencial desse procedimento, portanto, foi a inserção de cláusula compromissória arbitral dentro do próprio ACC. Ou seja, vinculando as partes para que, em caso de descumprimento de alguma daquelas obrigações ali dispostas, pudessem acionar a arbitragem para dirimir o conflito:

“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.”²⁴⁰”

As demais cláusulas do ACC ainda se propuseram a estabelecer demais formas de como seria realizada a arbitragem, como por exemplo custeio do procedimento²⁴¹. Em resumo, é fixado no instrumento que (i) poderá ser instaurada arbitragem em caso de descumprimento daqueles termos, (ii) a manifestação exarada pelo árbitro será submetida ao CADE para que a autarquia tome uma decisão fundamentada e (iii) o custeio da arbitragem será realizada pela ICL Brasil, sendo que isso somente será invertido caso fique comprovada a má-fé de quem instaurou o procedimento.

²³⁹ CADE. AC n. 08700.000344/2014-47. Rel. Ana Frazão. J. em:24/10/2014.

²⁴⁰ Cláusula 3.6 do ACC estabelecido no AC n. 08700.000344/2014-47.

²⁴¹ “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).” Cláusula compromissória do ACC estabelecido no AC n. 08700.000344/2014-47.

A cláusula compromissória no formato em que se apresenta no ACC, não é perfeita. Conforme a doutrina especializada, é possível chamá-la de *cláusula vazia* ou *incompleta*, haja vista que não propõe qualquer diretriz de solução em caso seja necessário acioná-la. Isto é, há grande abertura para interpretações sobre quantos árbitros seriam indicados, por quais as partes ou qual câmara seria responsável por secretariar o conflito – se houver câmara. Ainda, é problemática no que diz respeito a necessidade de avaliação pelo CADE da decisão proferida pelo árbitro competente.

É possível que a convenção de arbitragem seja considerada incompleta no sentido jurídico e no sentido econômico²⁴². A primeira incompletude é representada pelos aspectos elencados no parágrafo anterior, de forma que não há na cláusula informações suficientes para que seja procedida a condução do procedimento arbitral. Já pelo viés econômico, a cláusula se torna incompleta porque não oferece eficiência o suficiente, já que “*é possível que haja desequilíbrio entre a escolha da instituição arbitral e o número de árbitros a compor o tribunal e a importância econômica subjacente ao contrato*”²⁴³.

Rodrigo de Camargo Cavalcanti, ao analisar este caso entende que o CADE delega ao procedimento arbitral “*a função de avaliação e de diálogo sobre questões de cunho pragmático, que ensejaria um acompanhamento permanente e por isso relevantemente custoso da agência*”²⁴⁴. À época, Ana Frazão, conselheira relatora do AC, ressaltou que “*a última palavra continua sendo do CADE (...) Claro que a ideia não é querer reexaminar todo o trabalho do árbitro, partimos da premissa que, via-de-regra, o árbitro faz um trabalho bem-feito*”²⁴⁵. Sobre essa possibilidade de revisão da determinação arbitral pela autarquia concorrencial brasileira, Selma Lemes entendeu que “*isso violaria frontalmente a espinha dorsal da lei, que é a vinculação das partes à decisão arbitral*”²⁴⁶. Ainda que o primeiro caso brasileiro não tenha sido consenso no que

²⁴² FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 200.

²⁴³ FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 200.

²⁴⁴ CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, n. 2, novembro, p. 28-45, 2015, p. 32.

²⁴⁵ DANTAS, Iuri; POMBO, Bárbara. *CADE inova e aposta em arbitragem entre empresas*. Comitê brasileiro de arbitragem. 11/03/2015. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas/>. Acessado em: 20/12/2023.

²⁴⁶ DANTAS, Iuri; POMBO, Bárbara. *CADE inova e aposta em arbitragem entre empresas*. Comitê brasileiro de arbitragem. 11/03/2015. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas/>. Acessado em: 21/12/2023.

diz respeito a aplicação do instituto da arbitragem em matérias de direito concorrencial, é verdade dizer que foi o *pontapé* inicial para os rumos da união entre essas duas matérias.

Em que pese as vicissitudes da cláusula redigida, o caso Fos-Brasil permite encaixar os conceitos explorados ao longo deste trabalho de forma bastante clara. Primeiro, é possível verificar que se trata de uma aquisição de participação societária que gera uma integração vertical entre mercados. Segundo, é possível verificar que as preocupações do CADE e da SG neste caso foram acerca de condutas unilaterais, quais sejam aumento de preço ou fechamento do mercado de produção de PPA. Terceiro, que a inserção de cláusula compromissória no ACC firmado entre as companhias se encaixa naquela hipótese 1 suscitada por Bruno Becker (*vide* Tabela 4); isto é, condutas unilaterais ainda não investigadas pelo CADE mas dotadas de arbitrabilidade. O objeto da cláusula compromissória é a recusa injustificada de PPA pela FosBrasil a seus concorrentes. Trata-se, portanto, de litígio sobre bem patrimonial e disponível.

Também em 2014, o CADE analisou o AC envolvendo as empresas Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. (“*Rumo*”) e América Latina Logística S.A. (“*ALL*”), operação que ficou conhecida como ALL-Rumo²⁴⁷. A Rumo é empresa brasileira que atua no mercado de serviços de logística multimodal para a exportação de açúcar pelo Porto de Santos. A Rumo é controlada pela COSAN, Gávea Investimentos e TPG.

Já a ALL é uma companhia aberta que, por meio de suas controladas, presta serviços de cargas por meio dos modais ferroviários e rodoviários. A ALL faz parte do Grupo ALL, que detém concessões ferroviárias que se estendem pelos Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, sendo que também fazem conexão com a malha ferroviária da Argentina. O parecer da Superintendência Geral do CADE constatou, entre diversas formas de sobreposições e integrações que a operação geraria, que o principal seria a sobreposição horizontal com relação à armazenagem e movimentação portuária de grãos vegetais e de açúcar. Isto é, a sobreposição entre dois mercados que desempenham a mesma atividade na linha horizontal (venda e prestação de serviço).

²⁴⁷ CADE. AC n. 08700.005719/2014-65. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. J. em: 11/02/2015.

A operação envolvia a proposta de incorporação de ações da ALL pela Rumo, sendo que a análise também foi realizada por outros órgãos reguladores, como a Agência Nacional de Transporte Terrestres (“ANTT”) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”). A grandeza da operação pode ser visualizada também pela quantidade de terceiros interessados que ingressaram no procedimento, sendo 15 partes²⁴⁸. A preocupação da operação se inicia a partir do momento em que o Grupo COSAN (controlador da Rumo) tem, pelo menos, três mercados em comum com a ALL. São eles: (i) mercado de transporte ferroviário, de produção e distribuição de açúcar e combustíveis na região Centro-Sul, (ii) mercado de logística multimodal de açúcar e (iii) combustíveis e mercado de armazenagem e movimentação portuária de grãos vegetais e açúcar.

Diante disso, após diversos debates sobre mercado relevante²⁴⁹, alegações de *gun jumping*²⁵⁰, entre outros aspectos particulares daquele AC que não são objetos desta análise, o CADE deferiu a incorporação de ações, desde que fossem observadas certas restrições. O CADE, no âmbito do Tribunal que julgou a AC, firmou com as Requerentes um ACC com a finalidade de “*minimizar as preocupações de ordem concorrencial identificadas pelo CADE e pelas Impugnantes durante a instrução do referido processo*”²⁵¹. Dentre outros aspectos, o ACC previa os critérios de precificação dos serviços prestados, a criação da entidade de um *Supervisor* que retornaria ao CADE

²⁴⁸ Ingressaram na função de terceiros interessados do AC n. 08700.005719/2014-65 a AGROVIA S.A., a Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais (ABIOVE), a Associação Comercial do Paraná (ACP), a Associação dos Produtores de Bioenergia do Estado do Paraná (ALCOPAR), Fibria Celulose S.A., Federação das Indústrias do Estado do Paraná (FIEP), Federação do Comércio do Paraná (Fecomércio), Federação e Organização das Cooperativas do Paraná (Fecoopar), Federação das Associações Comerciais e Empresariais do Paraná (Faciap), Federação das Empresas de Transportes de Cargas do Estado do Paraná (Fetranspar), Federação da Agricultura do Estado do Paraná (FAEP), Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., Novo Oriente Participações Ltda., Sindicato das Indústrias Sucroalcooleiras do Estado do Mato Grosso (SINDALCOOL), Sindicato da Indústria de Fabricação de Álcool do Estado do Paraná (SIALPAR) e Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado do Paraná (SIAPAR).

²⁴⁹ “O mercado relevante é aquele em que se tratavam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 p. 212).

²⁵⁰ “(...) expressão do vulgo do Direito norte-americano sem tradução para o português, mas que, mais proximamente pode ser entendida como “antecipar-se aos acontecimentos” ou “agir prematuramente”, ou ainda de forma coloquial, “queimar a largada” (...)” (BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 805). Em outras palavras, é expressão norte-americana utilizada para designar o fechamento de um negócio sem a apreciação das autoridades competentes. Isto é, a realização de uma fusão ou uma aquisição que ignora a existência do CADE para aferição do negócio.

²⁵¹ CADE. ACC n. 08700.000871/2015-32. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. J. em: 11/02/2015.

informações sobre o cumprimento daqueles acordos e a criação de um *compliance*, por exemplo. O que torna tão singular este caso é também a inserção de cláusula compromissória de arbitragem com a seguinte resolução:

“H. SOLUÇÃO ARBITRAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Uma breve análise desta cláusula compromissória com aquela firmada no âmbito do ACC ICL Brasil (*acima apresentado*) é que há maior clareza dos aspectos objetivos da possível arbitragem: naquele caso, não havia disposição sobre a quantidade de árbitros, o tempo de duração da arbitragem, tampouco o valor mínimo de uma arbitragem contendo três árbitros. Neste caso também, diferente do anterior, o Tribunal Arbitral, uma vez constituído, teria competência decisória; enquanto naquele outro a decisão do árbitro tinha uma espécie de caráter *opinativo* e que deveria ser chancelado pelo CADE em posterior julgamento. É possível verificar uma maior inclinação do CADE pela resolução

de conflitos pela via privada, e uma evolução da aplicação do instituto da arbitragem no caso em análise. O caso ALL-Rumo pode ser marcado por esse avanço do próprio CADE em delimitar de forma mais específica o formato de uma arbitragem.

Ainda sobre o caso ALL-Rumo, em 2021 o CADE condenou as empresas Rumo e ALL ao pagamento de multa na quantia de R\$ 247,1 milhões, por abuso de posição dominante e criação de dificuldades à atuação de rivais no mercado de logística para exportação de açúcar via transporte ferroviário²⁵². As investigações tiveram início um ano após o deferimento da operação pelo CADE, em 2016. Na oportunidade, a Agrovía S.A. (“*Agrovía*”), empresa prestadora de serviço de logística integrada via modal ferroviário para exportação de açúcar (uma das empresas admitida como terceira interessada no procedimento), realizou denúncia ao CADE alegando que a ALL-Rumo estaria criando empecilhos para a utilização da Malha Paulista, para transporte de açúcar até o Porto de Santos, em São Paulo²⁵³. A denúncia também foi reforçada por uma comunicação enviada ao CADE pela ANTT, que verificou a existência de indícios de infração à ordem econômica.

Instaurado Processo Administrativo para averiguação das denúncias realizadas, o CADE verificou que a ALL-Rumo interditou o pátio de Santa Adélia, cidade no interior de São Paulo, e que era essencial às atividades da Agrovía²⁵⁴. Tal atitude impossibilitava que a Agrovía prestasse serviços aos clientes no período entressafra e a ALL-Rumo alega que teria assim procedido isso pois o local oferecia riscos à segurança por ausência de manutenção e de reparos. Em manifestação, a ANTT informa ao CADE que era de responsabilidade da própria ALL-Rumo realizar a manutenção daquele pátio – ou seja, que estaria agindo de forma intencional. Diante disso, o CADE considerou que a Rumo:

“na condição de monopolista e agente com posição dominante, assumiu um elevado risco de que sua conduta pudesse ser interpretada como anticompetitiva, tendo ficado claro que a representada teve diversas oportunidades para adotar comportamento diverso. Sob a perspectiva contratual, as instâncias em que essa controvérsia foi trazida – tanto administrativa como privada (ANTT, SG e arbitragem) – impeliram a Rumo quanto ao cumprimento de suas obrigações

²⁵² CONJUR. *CADE condena Rumo-ALL a pagar multa por dificultar atuação de concorrente*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/cade-condena-rumo-all-pagar-multa-dificultar-atuacao-concorrente>. Acesso em: 29/12/2023.

²⁵³ CADE. *Cade condena Rumo-ALL por abuso de posição dominante no mercado de logística por transporte ferroviário*. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-rumo-all-por-abuso-de-posicao-dominante-no-mercado-de-logistica-por-transporte-ferroviario>. Acessado em: 29/12/2023.

²⁵⁴ CADE. Processo Administrativo n. 08700.005778/2016-03. Rel. Paula Farani de Azevedo Silveira. J. em: 05/11/2021.

contratuais, incluindo a manutenção de instalações utilizadas de forma privativa no Terminal de Santa Adélia.”²⁵⁵

No trecho do voto, a Conselheira Relatora adverte que a Rumo teria sido conclamada a cumprir com suas obrigações contratuais, tanto pela via administrativa quanto pela via privada, e menciona a via arbitral. Em que pese o procedimento arbitral seja sigiloso e até mesmo na análise do procedimento administrativo seja impossível de visualizar qualquer menção às decisões arbitrais²⁵⁶, é possível verificar o uso de normas de Direito Concorrencial pelos árbitros no âmbito de suas sentenças. Tal verificação é possível a partir do relato realizado pelos conselheiros nos votos do procedimento administrativo. É o que se visualiza no trecho do voto:

“Nesse sentido, essa mesma responsabilidade e exigência não recai sobre a Agrovía, considerando que a usuária não está em posição que lhe permite exercer poder de mercado, quanto mais abusar desse poder e prejudicar a Rumo e o mercado. Por essa razão, afasta-se o argumento de que a conduta da Rumo não seria reprovável na medida em que a própria Agrovía agiu de forma semelhante ao também não mitigar os riscos aos quais estava exposta e que poderia evitar assumindo as despesas pelos reparos exigidos.[22] O poder de mercado e a existência de dependência econômica em relação a outros agentes econômicos atraem um tratamento jurídico diferenciado. Por essas razões, concluo que a Rumo deve ser condenada por infração da ordem econômica consubstanciada na interdição do Terminal de Santa Adélia, como forma de abuso de posição dominante ao impedir acesso de empresa concorrente à estrutura imprescindível para desempenho de sua atividade econômica e criar dificuldades ao seu funcionamento.”

A nota de rodapé 22 indicada no trecho do voto corresponde a “*Vide também a manifestação do tribunal arbitral por meio de Sentença Arbitral Parcial (SEI 0948609) juntada nos autos que consigna: [ACESSO RESTRITO À AGROVIA E RUMO]*”. Ou seja, revela que foi objeto de análise dos árbitros as condutas anticompetitivas realizadas pelas partes daquele processo e que tais questões foram sopesadas no momento de prolação da sentença.

Neste segundo caso, é possível verificar que já se cria um padrão pelo CADE, nos moldes do que fora proposto por Bruno Becker. O AC ALL-Rumo também propõe à via arbitral o julgamento de *desdobramentos* das condutas unilaterais. Isto é, não é a conduta em si que será julgada e analisada pelo tribunal arbitral quando instaurado um

²⁵⁵ CADE. Processo Administrativo n. 08700.005778/2016-03. Rel. Paula Farani de Azevedo Silveira. J. em: 05/11/2021.

²⁵⁶ Os processos administrativos do CADE são de visualização pública, podendo ser acessados pelo site da autarquia. Ocorre que quando mencionadas informações de caráter sigiloso o CADE faz marcação de que aquelas informações só podem ser acessadas pelas Partes do procedimento.

procedimento. O que será debatido são os reflexos econômicos (objeto patrimonial e disponível) daquelas condutas.

É possível perceber que há uma delimitação objetiva na cláusula compromissória redigida no ACC ALL-Rumo: hipótese em que os contratantes se sintam discriminados (conduta abusiva unilateral) na contratação com aqueles agentes econômicos partes da operação. Tais discriminações podem ser realizadas de diversas formas, como um ajuste de preço não condizente com o mercado, por exemplo. Desse modo, caberá ao tribunal arbitral avaliar aquele quesito objetivo suscitado pelas partes como sendo discriminatório e sopesar com aqueles outros quesitos subjetivos que compõe a caracterização de condutas abusivas. O analisado, portanto, são os reflexos econômicos e não a conduta dos agentes. Nesse sentido, a arbitragem atuará dentro do seu escopo delimitado pela própria lei e pelas partes na redação da cláusula compromissória, mas não deixará de apreciar as normas concorrenciais cabíveis ao caso concreto.

O terceiro caso como exemplificativo do uso de arbitragem no âmbito concorrencial é o da fusão entre as companhias BM&F BOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BVMF”) e da CETIP S.A. – Mercados Organizados (“Cetip”)²⁵⁷. A fusão das empresas deu origem a Brasil, Bolsa e Balcão (“B3 S.A. ou B3”). A BVMF era uma administradora de infraestrutura de mercados organizados de bolsas de valores, mercadorias e futuros e de balcão; já a Cetip atuava naquele mesmo ramo, excluindo a atuação no setor de bolsas de valores, mercadorias, empréstimos de ativos e derivativos listados (opções e futuros). Isto é, deferida a operação pelo CADE “a B3 passou a ser a única empresa no Brasil capaz de oferecer os serviços de central depositária (depósito e registro), bem como de liquidação, compensação e negociação no mercado dos segmentos de balcão e de bolsas de valores, mercadorias e futuros²⁵⁸”.

O caso foi de grande repercussão já que alteraria parte significativa do mercado de bolsa de valores existente. Sobre isso, o CADE acolheu as preocupações exaradas pela SG que entendeu que haveria um problema concorrencial verificado no segmento de central depositária, dada a sua característica de infraestrutura utilizada na prestação daquele serviço e/ou produto (*essential facility*). Para a SG, uma das possíveis

²⁵⁷ CADE. AC n. 08700.004860/2016-11. Rel. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. J. em: 27/03/2017.

²⁵⁸ MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 2019. (230 f.). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP). Orientadora Dra. Juliana Oliveira Domingues. Ribeirão Preto, 2019, p. 175.

decorrências da operação seria que “*as Requerentes deterão o monopólio desse serviço no Brasil, qualquer agente que tenha intenção de adentrar no mercado nacional, de bolsa e/ou balcão, necessariamente deverá contratar os serviços de depositária central da empresa resultante, que também será sua concorrente*”²⁵⁹. Também no parecer da SG ficou consignado que:

“Nesse sentido, esta SG entende que para mitigar os potenciais efeitos de um aumento das barreiras à entrada nesses mercados, que, ressalte-se, já são sobremaneira elevadas, as partes devem se comprometer com condições objetivas para que a sua infraestrutura de central depositária possa ser contratada por um terceiro que assim deseje.”

Com as preocupações acerca da concentração de mercado, a SG recomendou a aprovação com restrições e com necessidade de avaliação por parte da autarquia de quais *remédios* seriam implementados naquele caso em concreto – já que a finalidade deveria ser solucionar os problemas concorrenciais identificados²⁶⁰. Ante as preocupações levantadas pela SG e compartilhadas pelo CADE, também foi firmado um ACC. No âmbito do ACC, ficaram estabelecidos parâmetros como: regras de acesso aos mercados de bolsa e balcão, precificação dos produtos e serviços, regras de governança, instauração de um *trustee* etc. Além disso, foi estabelecida a cláusula compromissória.

A cláusula compromissória de arbitragem no caso B3 teve redação mais completa e específica do que nos anteriores casos narrados (*i.e.*, ICL Brasil e ALL – Rumo). A cláusula foi composta por onze pontos que dispuseram sobre questões de suma importância à instauração da arbitragem e que, demovem às partes de futuras discussões. A redação naquele caso foi no sentido de promover uma tentativa de acordo anterior à instauração de um litígio: previa a realização de negociação por até cento e vinte dias e, havendo fracasso nas tratativas, a parte interessada poderia acionar a arbitragem.

A cláusula compromissória também determinou que o tribunal arbitral seria composto por três árbitros e que a arbitragem seria realizada na cidade de São Paulo, pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (“CAM-CCBC”). Sobre a quantidade de árbitros, regulamenta ainda que cada parte indicará um

²⁵⁹ CADE. Processo Administrativo n. 08700.005778/2016-03. Rel. Paula Farani de Azevedo Silveira. J. em: 05/11/2021.

²⁶⁰ MIELE, Aluisio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 2019. (230 f.). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP). Orientadora Dra. Juliana Oliveira Domingues. Ribeirão Preto, 2019, p. 175.

árbitro para compor o Tribunal, sendo que os dois árbitros indicarão um terceiro que figurará como Presidente:

“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.

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.”

Em comparação aos casos anteriores, é possível verificar um maior incentivo ao uso da arbitragem em matérias de direito da concorrência (ainda superior àquele já

verificado no caso ALL – Rumo)²⁶¹. Em que pese a maior complexidade e melhor completude desta cláusula em comparação com anteriores, não surpreende o fato de que o CADE mais uma vez chancelou o uso de arbitragem para regular relações comportamentais. Como se percebe pela cláusula “2.8”, as partes podem acionar a arbitragem em caso de descumprimento de *aplicação de condições justas, transparentes e não discriminatórias* com seus concorrentes. Tal descrição de *comportamentos* direciona a regulação pela arbitragem àquelas condutas descritas no artigo 36 da LDC (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços etc.).

Conforme relatado por Aluísio de Freitas, ainda em 2017 a companhia ATS Brasil S.A. (“ATS”) acionou a cláusula compromissória sob a alegação de que a B3 propôs preços para o fornecimento de seus serviços que inviabilizavam os projetos da ATS²⁶². O que foi noticiado pela mídia, à época, seria que a ATS teria planos de abrir uma bolsa de valores no Brasil e, portanto, a prática realizada pela B3 configuraria restrição e fechamento de mercado²⁶³. O teor da decisão arbitral não é passível de análise, haja vista a confidencialidade atribuída ao procedimento. No entanto, é possível apreender – pela redação da cláusula compromissória – o motivo para que fosse acionado esse método de resolução de disputas: um possível não cumprimento nos acordos de prestação de serviços em condições justas, transparentes e não discriminatórias. Ou seja, questões atinentes à ordem pública e de direito da concorrência e que antes eram restritas a decisões estatais.

O último caso que o próprio CADE indica como sendo paradigmático no tema abordado é o caso *AT&T – TimeWarner*, como ficou conhecido. O caso debate questões interessantes e atuais acerca dos direitos de licenciamento envolvendo mercados da comunicação e de entretenimento²⁶⁴. O AC envolveu a *holding* AT&T Inc (“AT&T”) que

²⁶¹ Sobre isso “A força dada a esta cláusula compromissória no caso em análise é realmente notória (...) demonstrando uma maior confiança na arbitragem, que se apresenta como meio eficiente para garantir os incentivos necessários para o cumprimento do ACC e para garantir que a eficiência da operação possa ocorrer de forma a potencializar o *enforcement* público do Direito Antitruste (...).” (MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 2019. (230 f.). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP). Orientadora Dra. Juliana Oliveira Domingues. Ribeirão Preto, 2019, p. 177).

²⁶² MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 2019. (230 f.). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP). Orientadora Dra. Juliana Oliveira Domingues. Ribeirão Preto, 2019, p. 177.

²⁶³ ISTO É DINHEIRO. ATS recorre a processo de arbitragem contra a B3. Publicado em: 18/11/2017. Disponível em: <https://istoedinheiro.com.br/ats-recorre-a-processo-de-arbitragem-contra-a-b3/>. Acesso em: 30/01/2024.

²⁶⁴ CADE. AC n. 08700.001390/2017-14. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. J. em: 23/10/2017.

atua na área da comunicação, e, nos Estados Unidos e na América Latina presta serviços de entretenimentos em telecomunicações por meio de suas filiais e subsidiárias. No Brasil, por exemplo, atua por meio da operadora *Sky*.

Ainda, a AT&T, por meio de sua subsidiária *DIRECTV Latin America LLC* (“*DTVLA*”) detém participação minoritária na programadora *Sundance Channel Latin America LLC* (“*Sundance*”), que licencia um canal de filmes no Brasil. Também a AT&T tem como atividade os serviços de transporte de dados em rede privada e serviços relacionados ao gerenciamento de Tecnologia de Informação para empresas multinacionais, atividade que desempenha por meio da filial *Global Network Services Brasil LTDA*.

Já a Time Warner Inc. (“*TW*”) é uma empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial. O CADE resume a atuação da TW no Brasil em três operadoras principais: Turner, HBO e Warner. Sendo que todas atuam no ramo da programação de conteúdos para canais de televisão, ainda que em nichos separados. A operação analisada pelo CADE versou sobre a aquisição do controle unitário da TW pela AT&T. Na oportunidade, a autarquia concorrencial brasileira analisou as possíveis sobreposições nos mercados à montante (ou mercado *upstream*, de licenciamento/programação) e à jusante (ou mercado *downstream*, de operação de televisão por assinatura).

A estrutura da operação corresponderia a uma integração vertical entre dois ramos do mercado que, embora não concorrentes diretamente, integram uma mesma linha de consumo e/ou produção (*vide* Tabela 3 deste trabalho). Sobre isso, o conselheiro relator no voto do AC entende que “*no que tange ao direito da concorrência, o impacto surge porque a convergência dos mercados de atividades distintas propiciou que serviços e agentes que não competiam no passado, atualmente, além de competirem, são frequentemente oferecidos dentro de um pacote único*”.

Em razão dos riscos vislumbrados com a operação, as partes firmaram um ACC em que se comprometiam a (i) manter a *Sky Brasil* e as Programadoras de Canais TW como pessoas jurídicas separadas e com estruturas de administração e governança próprias; (ii) estabelecer parâmetros objetivos de não-discriminação de concorrentes, como formalizar todos os acordos de licenciamento de Canais de Programação das Programadoras de Canais TW, e todos os acordos da *Sky Brasil*; (iii) nomear consultor

independente com a finalidade de auxiliar o CADE no monitoramento e cumprimento das obrigações estabelecidas no ACC.

Neste acordo, institui-se a cláusula compromissória, oportunidade em que o CADE denomina como “*mecanismo de desestímulo externo à adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias – solução arbitral*”. Nela, se prevê a arbitragem como meio de desestimular o não cumprimento do ACC haja vista os valores necessários para instauração de um procedimento arbitral. Tal disposição prevista nesta cláusula torna interessante e única em comparação aos demais casos estudados, considerando que incentiva o respeito à ordem econômica e ao estabelecido no ACC pela via financeira:

“221. Para evitar esses percalços, sem que fosse necessário estabelecer um parâmetro fixo de contratação, o ACC prevê o recurso à arbitragem, de forma que, em caso de recusa das Compromissárias em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados. Veja que ainda que exista a competência regulatória para a mitigação desses conflitos, o CADE opta por uma lógica de reforço, vislumbrando um cenário de eventual ausência ou insuficiência da ação do regulador. 222. Assim, valendo de critérios de poder de mercado, estabelece-se que 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. 223. Importante registrar também que a arbitragem será custeada, via de regra, pela AT&T, o que não apenas estimula a empresa a cumprir o ACC, mas também impede que elevados custos da arbitragem inibam os concorrentes das Compromissárias e/ou entrantes de denunciarem os obstáculos a contratação, reforçando a efetividade do remédio. Dessa forma, as Compromissárias arcarão com as custas da câmara de arbitragem 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.²⁶⁵”.

Além de uma maior especificidade da cláusula, o que demonstra uma evolução em relação aos casos anteriores, a cláusula do AC deste caso em questão se mostra singular justamente por essa expressão do CADE em orientar o uso da arbitragem como forma de impedir uma violação do acordo. Ou seja, a arbitragem foi encarada não como via de acesso à justiça e de resolução de conflito, mas como barreira à violação das normas fixadas no ACC.

Por outro lado, não houve inovação no que diz respeito aos limites da cláusula compromissória disposta naquele ACC. O último caso analisado também tornou arbitrável somente matérias relacionadas às condutas comerciais, combinação de preço e

²⁶⁵ Trecho do ACC vinculado ao AC n. 08700.001390/2017-14. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. J. em: 23/10/2017.

exercício de poder dominante que dê ensejo a exclusão das partes relacionadas daquele mercado. Mais uma vez, é arbitrável o reflexo produzido por uma conduta abusiva e de exercício de poder dominante abusivo.

Como forma de sumarizar o estudo destes casos e a relevância deles para o estudo da matéria sobre aplicação de direito concorrencial na via arbitral, é possível analisar da seguinte forma:

Tabela 5: Síntese dos casos narrados.

Caso	Matéria do Ato de Concentração	Limites da Cláusula Compromissória	Objeto Regulamentado
ICL Brasil – Fosbrasil (AC nº 08700.000344/2014-47).	Integração vertical entre um mercado de fornecimento de PPA e um mercado de produção a partir do PPA.	Arbitragem pode ser acionada mediante recusa pela Fobsbrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício. A cláusula refere prevê que o árbitro exare uma <i>opinião</i> sobre o problema, que deverá posteriormente ser cancelada pelo CADE.	Conduta unilateral por parte das companhias agentes do AC. A recusa injustificada de fornecimento do produto pode incidir nas práticas do artigo 36, incisos, da LDC.

ALL – Rumo (AC nº 08700.000871/2015-32).	Sobreposição horizontal entre os mercados de armazenagem e movimentação portuária de grãos vegetais e de açúcar.	A arbitragem pode ser acionada caso algum usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de serviço com as companhias no cenário pós operação.	Conduta unilateral por parte das companhias agentes do AC. A prática discriminatória com os agentes concorrentes daquele mercado pode incidir nas práticas do artigo 36, incisos, da LDC.
BM&F Bovespa – Cetip (AC nº 08700.004860/2016-11)	A operação geraria uma concentração no mercado de bolsa de balcão, de modo que qualquer novo agente econômico que quisesse adentrar a esse nicho passaria, necessariamente, pelo crivo da B3 (companhia resultante da operação).	A arbitragem pode ser acionada caso algum usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de serviço com as companhias no cenário pós operação.	Conduta unilateral por parte das companhias agentes do AC. A prática discriminatória com os agentes concorrentes daquele mercado pode incidir nas práticas do artigo 36, incisos, da LDC.
AT&T – Time Warner (AC nº)	Integração vertical entre os mercados de licenciamento/programação	A arbitragem pode ser acionada caso haja recusa	Conduta unilateral por parte das

08700.001390/2017-14).	de serviços de <i>streaming</i> e o mercado de operação de televisão por assinatura.	de negociar entre a companhia resultante da operação e os agentes econômicos não integrados.	companhias agentes do AC. A prática discriminatória com os agentes concorrentes daquele mercado pode incidir nas práticas do artigo 36, incisos, da LDC.
------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: elaboração própria.

A importância dessa jurisprudência do CADE para o histórico brasileiro de aplicação da arbitragem em causas envolvendo Direito Concorrencial é de suma importância. Primeiro, porque é uma sinalização da autarquia federal de que a arbitragem é meio adequado de solução para aqueles conflitos oriundos de abuso de condutas unilaterais. Segundo, porque é respeitada a essência do Direito Privado, qual seja a autonomia da vontade das partes em eleger um meio *alternativo* à jurisdição estatal para a resolução de um conflito.

CONCLUSÃO

Existem três aspectos que devem ser levados em consideração quando se pondera sobre a possibilidade de instauração de procedimento arbitral sobre matéria de Direito Concorrencial. Em primeiro lugar, é necessário levar em consideração que se trata de matéria de ordem pública, cuja finalidade é atuar como um “*mecanismo imunológico dos organismos vivos, opera a ordem pública pela rejeição dos corpos estranhos que possam afetar o equilíbrio do sistema em causa*”²⁶⁶. Ou seja, são regras que compõem

²⁶⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. A Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 142. 1999, p. 273.

uma organização jurídica por completo e não são passíveis de simples derrogação pelo intérprete e aplicador do direito²⁶⁷.

Em segundo lugar, é necessário levar em consideração os requisitos que compõe a arbitragem. Os fundamentais ao tema em análise são aqueles insculpidos no artigo 1º da LArb, quais sejam a capacidade das partes para compor um litígio arbitral, e a disponibilidade e patrimonialidade do objeto deste procedimento privado. Conforme foi amplamente discutido na presente dissertação, a capacidade das partes corresponde com a capacidade de contratar, prevista no Código Civil. Já a patrimonialidade corresponde aos direitos passíveis de avaliação pecuniária, e a disponibilidade corresponde a possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos.

Em terceiro lugar, é necessário levar em consideração a atuação do CADE, a forma e a estrutura da operação econômica analisada, assim como os desafios envolvidos em instituir convenção de arbitragem para dirimir conflitos oriundos de matéria concorrencial. Nesse sentido, a atuação do CADE apresenta caráter educativo, preventivo e repressivo. O caráter educativo correspondente à atuação do Departamento de Estudos Econômicos e do trabalho em produção de cartilhas e regulamentos sobre matéria concorrencial pela própria autarquia. O caráter preventivo diz respeito à atuação do CADE na análise de Atos de Concentração. Já a atuação repressiva, diz respeito a investigações de condutas colusivas e unilaterais abusivas realizadas por agentes econômicos no mercado.

As três propostas foram trabalhadas ao longo do trabalho. A problemática envolvendo a possibilidade de discussão de temáticas envolvendo MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA foi tratada de forma diluída ao longo do trabalho. NA PARTE I, foi respondido que ordem pública serve como parâmetro social, cultural e político de restrição ao uso da arbitragem; mas que não existem óbices legais para sua aplicação e ponderação em sede de arbitragem. Na PARTE II, foi tratado acerca do direito concorrencial como uma das normas de ordem pública existentes. A partir disso se ponderou sobre a possível arbitrabilidade dessas matérias, desde que refletidos os caracteres disponíveis e patrimoniais dos direitos envolvidos. NA PARTE III, foram apresentados casos em que

²⁶⁷ As normas de ordem pública, quando em forma de princípios constitucionais, podem ser derogadas quando postas em conflitos uma com as outras.

houve o uso pelo CADE de arbitragem para que fossem dirimidos eventuais conflitos decorrentes de condutas unilaterais.

A segunda pergunta envolvendo os princípios fundadores da arbitragem também foi tratada de forma ampliada nas três seções deste trabalho. Na PARTE I, foram edificados quais são esses pilares da arbitragem e qual a função da arbitrabilidade subjetiva e da objetiva. Na PARTE II, ficou assentado que não há impedimento jurídico para que seja promovida arbitragem acerca das condutas unilaterais previstas na LDC, bem como não haveria óbice na realização de arbitragem sobre reflexos (patrimoniais e disponíveis) de condutas colusivas. Na PARTE III, foi evidenciada na prática o uso de cláusulas compromissórias, de modo que ficou verificado o uso pelo CADE da arbitragem para regular as condutas.

A terceira questão, acerca da atuação do CADE, foi trabalhado em duas oportunidades ao longo deste trabalho. Na PARTE II, foram exemplificadas as formas de atuação da autarquia federal de defesa da concorrência brasileira, momento em que foram apresentados os conceitos de ato de concentração e de regulação de condutas. Neste mesmo tópico, foram introduzidos os conceitos fundamentais a compreensão dos casos, tais como as integrações e acordos horizontais e verticais, bem como o de condutas unilaterais e de condutas colusivas – essenciais à aplicabilidade das matérias arbitrais. Na Parte III, por meio dos casos narrados, foi evidenciada a inclinação do CADE para o uso de arbitragem e o incentivo que cada vez mais vem sendo notado, seja com o uso corriqueiro do instituto, seja com a maior complexidade de redação das convenções de arbitragem.

Diante dessas análises, é possível verificar que o CADE 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 conflitos²⁶⁸. É possível, portanto, verificar um maior estímulo ao uso da arbitragem e de métodos além do Poder Judiciário para a resolução de um conflito. Não somente isso, inclinação no sentido de descaracterizar às matérias de ordem pública como não dotadas de arbitrabilidade.

²⁶⁸ CADE. AC n. 08700.001390/2017-14. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Voto Vogal do Conselheiro Paulo Burnier. J. em: 23/07/2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. *Revista de Processo*, vol. 305, p. 461-491, julho, 2020, p. 02.

BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito Concorrencial* (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 7). Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARRIOS, Lucas de Góis; LAPA, Vitória L. A arbitragem e direito concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 9, n. 1, junho, 2021.

BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, p. 179-261, jul./set., 2017.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, n. 2, p. 239-270, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória – Auto-Suficiência da Cláusula Cheia. *Revista dos Tribunais*, vol. 800, p. 137 – 144, jun., 2002, DTR nº 2002\603.

BRIDGEMAN, James. The Arbitrability of Competition Law Disputes. *European Business Law Review*, n. 19, p. 147-174, 2008.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula Compromissória – Auto-Suficiência da Cláusula Cheia. *Revista dos Tribunais*, vol. 800, p. 137 – 144, jun., 2002.

CADE. *Superintendência do Cade conclui parecer sobre operação entre ICL e Fosbrasil*, 24/10/2014. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-do-cade-conclui-parecer-sobre-operacao-entre-icl-e-fosbrasil>. Acessado em: 21/12/2023.

CADE. *Cade condena Rumo-ALL por abuso de posição dominante no mercado de logística por transporte ferroviário*. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-rumo-all-por-abuso-de-posicao-dominante-no-mercado-de-logistica-por-transporte-ferroviario>. Acessado em: 29/12/2023.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRK, Nelson. *A Nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTELA, Daniel Costa. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: *A livre concorrência e os tribunais brasileiro: análise crítica dos julgados do Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial*. Coord. Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto. São Paulo: Singular, 2008.

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

COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional de controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público*, p. 16-28, vol. 97, jan./mar., 1991.

CONJUR. CADE condena Rumo-ALL a pagar multa por dificultar atuação de concorrente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/cade-condena-rumo-all-pagar-multa-dificultar-atuacao-concorrente>. Acesso em: 29/12/2023.

DANTAS, Iuri; POMBO, Bárbara. CADE inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê brasileiro de arbitragem. 11/03/2015. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas/>. Acessado em: 20/12/2023.

DIAMVUTU, Lino. *O favor arbitrandum*: ensaio de uma teorização. Tese. Universidade de Lisboa. Orientador: Dário Moura Vicente. Lisboa: 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Brasil: Editora Malheiros, 2013.

ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: *Arbitragem nacional e internacional*. Coord. Ana Luiza Baccarat da Motta Pinto e Karin Hlavnicka Skitnevsky. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Reflexões sobre Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 8, p. 175-195, mar./abr., 2015.

FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

FILHO, Raphael de Barros Monteiro; *et. al.* *Comentários ao Novo Código Civil: das pessoas*, arts. 1º a 78. Vol. I. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FITCHNER, José Antonio; TOLENTINO, Augusto; POLASTRI, Leonardo; SALTON, Rodrigo. *Convenção de Arbitragem: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Revista soa Tribunais, 2015.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. 1. Comentário ao artigo 2.º, Inciso I: A presunção de liberdade como princípio norteador do exercício das atividades econômicas na Lei da Liberdade Econômica, resultante da Medida Provisória 881/10. In: *Direito Privado na Lei de Liberdade Econômica: comentários*. Coord. Judith Martins Costa; Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke. São Paulo: Almedina, 2022.

FRANCHESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Tratado de Direito Empresarial*, vol. VII: Direito Concorrencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FRAZÃO, Ana. Direito Concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial, vol. 6: estabelecimento empresarial, propriedade industrial e direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência, comentários à legislação antitruste*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito anitustruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVRONSKI, Lucas Gerhardt. *A ordem pública na arbitrabilidade de disputas comerciais internacionais na perspectiva brasileira*. 2014. (126 f.). Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Orientadora Dra. Véra Maria Jacob Fradera. Porto Alegre, 2014.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008.

IDOT, Laurence. Arbitration and competition law. In. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Arbitration And Competition (Hearings)*. Paris, p. 51-86, 2010, p. 55. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 18/12/2023.

KOMNINOS, Assimakis. *Arbitration and EU Competition Law*. SSRN Electronic Journal, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3eVfLGm>. Acesso em: 06/11/2023.

LANDI, Niccolò; ROGERS, Catherine A. Arbitration of antitrust claims in the United States and Europe. *Legal Studies Research Paper* n. 07-01; *Corcorrenza e Mercato*. Milão, 2007.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitribilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 8, p. 346-358, abr./jun., 2000.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEW, Julian D.M; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international arbitration*. The Hange: Kluwer, 2003.

LOPES, João Batista. Arbitragem: natureza, requisitos e eficácia da cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 47, p. 247 – 255, out./dez., 2015.

MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro*. 194 f. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS). Orientação: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, Porto Alegre, 2018.

MAGALHÃES JR., Danilo Brum de. *Arbitragem e o Direito Concorrencial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MANKANT, Bárbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, p. 82-103, jan./mar., 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MIELE, Aluísio de Freitas. *A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência*. 230 f. (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP). Orientação: Juliana Oliveira Domingues, São Paulo, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, André Luís Quintas. Arbitragem e direito da concorrência: a contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitrust. *Revista do IBRAC*, vol. 22, n. 2, p. 139-158, 2016.

NEVES, José Roberto de Castro Neves. Os cegos e o remédio para cachorro: a natureza jurídica da arbitragem. In *Arbitragem e Processo: homenagem ao professor Carlos Alberto Carmona*. Vol. II. Org. José Augusto Bitencourt Machado Filho, Guilherme Enrique Malosso Quintana, et. al. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

OHLROGGE, Leonardo. *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in Brazil*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998.

PAGE, William Hepburn. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. *Issues in competition law and policy*, Vol. 1, n. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In *Manual de Arbitragem para Advogados*. Comissão Especial de Mediação e Conciliação, CFOAB, 2015.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 1.171, 2.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, v. 9, n. 25, p. 1 – 199.

ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 48, abr./jun., p. 03-35, 2013.

ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil as questões de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, vol. 908, p. 263-291, junho, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SALTON, Rodrigo. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma análise a partir do caso Eco Swiss. *Res Severa Verum Gaudium*, vol. 6, n. 1, p. 424-438, junho, 2021.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 5, n. 2, p. 103-130, novembro, 2017.

SCALETSCKY, Fernando Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de. Existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 03, p. 321-351, mai./jun., 2014.

SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro; KHOURI, Paulo Roque. *O private enforcement no direito concorrencial brasileiro: reflexões sobre o framework*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/362073/o-private-enforcement-no-direito-concorrencial-brasileiro>. Acessado em: 24/01/2024.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. I. Parte Geral e Obrigações. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Roma*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>. Acessado em: 07/11/2023.

WALD, Arnoldo. O Espírito da Arbitragem. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 1, p. 743-756, setembro, 2014.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In. *Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. De Regis Babosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc, de Gabriel Cohn. 4.^a ed., 4.^a reimpressão. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2015.

WEBER. Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. Trad. Marsely De Marco Martins Dantas. 1.^a ed. São Paulo: Ícone, 2001, p. 55-57.

CASOS CITADOS

Unites States Court of Appeals for the Second Circuit. American Safety Equipment Corp., Plaintiff-appellant, v. J. P. Maguire & Co. Decided on March 20, 1968. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/391/821/134195/>. Acessado em: 19/12/2023.

United Supreme Court, *Mitsubishi Motor Corp. v. Soler Chrusler-Playmouth, Inc.* Award n. 83-1569. Decided on July 2, 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>. Acessado em: 18/12/2023.

European Court Records, Judgment of the ECJ of 1 June 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV.*, case C-126/97, 1999.

BRASIL, CADE. AC n. 08700.006512/2021-37. Rel. Lenisa Rodrigues Prado. J. em: 05/09/2022.

BRASIL, CADE. AC n. 08700.005719/2014-65. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. J. em: 11/02/2015.

BRASIL, CADE. ACC n. 08700.000871/2015-32. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. J. em: 11/02/2015.

BRASIL, CADE. Processo Administrativo n. 08700.005778/2016-03. Rel. Paula Farani de Azevedo Silveira. J. em: 05/11/2021.

BRASIL, CADE. AC n. 08700.004860/2016-11. Rel. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. J. em: 27/03/2017.

BRASIL, CADE. AC n. 08700.001390/2017-14. Rel. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. J. em: 23/10/2017.