

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E  
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

**FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

**FERNANDO PASSOS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Passos; Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior; Lucas Gonçalves da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-877-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Transformações na ordem social e econômica.
3. Regulação. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE**

## **TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

---

### **Apresentação**

O XXX Congresso Nacional do CONPEDI – Fortaleza-CE teve como tema central “Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento”. O evento foi marcado pelo encontro de pesquisadores, coordenadores de programas de pós-graduação stricto sensu, professores, estudantes de pós-graduação e de graduação de todo o Brasil.

Os artigos apresentados no GT “Transformações na ordem social e econômica e regulação” tiveram como característica principal o rigor na análise dos problemas sugeridos, a interdisciplinaridade e a inovação na escolha dos temas. Essa realidade demonstra a relevância dos temas analisados que vão desde a análise de agências reguladoras até a vanguarda do estudo da bitcoin, passando pelas questões da regulação da cannabis sativa e do ensino domiciliar.

O artigo “A contribuição da bitcoin para a liberdade” trata da evolução das técnicas humanas em direção o uso da moeda passasse de bens líquidos para o uso do ouro e da prata. Da mesma forma, o texto defende que se vivencia atualmente uma realidade em que o dinheiro de papel passa para a blockchain, em que a moeda é divisível, transportável, escassez, intangível e livre da taxaço de bancos centrais. Dessa forma, é defendida a relação entre o Bitcoin e a liberdade individual.

O artigo “A inclusão de cláusulas compromissórias em acordos em controle de concentração: fundamentos teóricos e a prática do CADE” objetiva estudar as funções das cláusulas compromissórias em Acordos de Controle de Concentração (“ACC”). O texto inicia explicando o sistema de controle de estruturas no antitruste. Em seguida, o ACC é descrito como instituto jurídico com detalhamento a respeito da interação com a arbitragem. A conclusão é a defesa da sua relevância para a adequação aos princípios do direito antitruste.

O artigo “A relação entre a livre iniciativa e a regulação estatal: uma abordagem à luz do artigo 170 da constituição federal, sob a perspectiva de poder de Michel Foucault” se propõe estudar a capacidade de regulação do estado e sua influência na liberdade de empreendimento e de livre iniciativa. Assim, o poder de regulação é estudado por meio do conceito de poder disciplinar de Michel Foucault, moldando as relações sociais entre empresa privada e o Estado.

O artigo “Breves notas sobre o mercado livre da maconha e o objetivo de desenvolvimento sustentável 4 (ODS 4)”, partindo de uma problematização relacionada à inefetividade de uma educação de qualidade durante a pandemia, propõe estudar a dificuldade de professores na abordagem do mercado livre da maconha nas escolas e nas faculdades. A conclusão é de que, dentro dessa realidade, não é possível ter uma educação de qualidade.

O artigo “Desinformação e responsabilização das big techs no ordenamento jurídico brasileiro” estuda o recrudescimento da disseminação de desinformação de maneira artificial por meio das plataformas digitais. Entre os riscos são citados o discurso de ódio e os danos ao processo eleitoral do Brasil, dos EUA e da Grã-Bretanha. O Poder Judiciário, conclui o texto, tem dificuldades ao abordar o tema por conta da pouca regulamentação legislativa.

O artigo “Desinformação na sociedade da informação: uma análise contextual e conceitual” estuda o crescimento dos distúrbios relacionados à informação, especialmente causado por meio das plataformas digitais. Sua influência negativa no Estado Democrático de Direito é ressaltada por conta da sua contribuição na formação equivocada de ideologias e pensamentos.

O artigo “Ensino domiciliar e educação jurídica no Brasil: reflexões sobre o futuro e a eficiência do projeto de lei nº 1.338/22” se propõe a analisar o crescimento do ensino domiciliar brasileiro, especialmente no contexto do julgamento do RE nº 888.815/RS. O texto destaca que as escolas proporcionam a exposição a diferentes olhares, experiências e pensamentos. Assim, os insights do RE nº 888.815/RS são valiosos para a tomada de decisão equilibrada para formar cidadãos bem preparados.

O artigo “O fenômeno da captura das agências reguladoras de telecomunicações e medidas preventivas ao desvio da finalidade” estuda a captura de agências reguladoras e medidas preventivas ao desvio de finalidade pública. O texto conclui que a captura acaba resultando em custos de transação aumentados, descumprimento total ou parcial de regras, perda da essência da agência reguladora, entre outros problemas. As medidas preventivas são a quarentena para ex-diretores das estatais, concentração na regulação e a regulação responsiva, por exemplo.

O artigo “O mercado não regulado da cannabis sativa: uma análise comparativa das experiências norte-americana e brasileira” estuda o mercado da cannabis sativa, que atende uma alta oferta e demanda, mas não é regulado no Brasil. Analisando o RE nº 635659 como repercussão geral (Tema 506), o texto acaba sugerindo uma nova base para o estudo do tema, a partir da complexidade federativa.

Dessa forma, pelos temas abordados, é possível deduzir que os debates foram interessantes e a troca de experiência serviu de bases para o desenvolvimento e para o aprofundamento dos temas dos artigos apresentados. O desafio da regulação perante as transformações sociais e econômicas exigem que o debate acadêmico prossiga, que seja constante e que inclua a participação de diferentes perspectivas e organizações. Com essas observações, convidamos para a leitura dos textos apresentados.

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior (Centro Universitário Christus)  
fcotarcisiorocha@gmail.com ou tarcisio.rocha@unichristus.edu.br

Lucas Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe) lucas@uol.com.br

Fernando Passos (Universidade de Araraquara) fernando@pss.adv.br

# **A INCLUSÃO DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS EM ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E A PRÁTICA DO CADE.**

## **THE INCLUSION OF ARBITRATION CLAUSES IN CONCENTRATION CONTROL AGREEMENTS: THEORETICAL FUNDAMENTALS AND CADE'S PRACTICE.**

**Vitória Fernandes Guedes Silveira**

### **Resumo**

O objetivo da pesquisa é investigar qual(is) a(s) função(ões) que as cláusulas compromissórias desempenham em Acordos de Controle de Concentração (“ACC”). Para tanto, dividiu-se o desenvolvimento do tema em quatro seções: na primeira, foram estabelecidas premissas fundamentais para a compreensão do sistema de controle de estruturas na legislação antitruste vigente; na segunda, foram delineados aspectos gerais e da natureza jurídica do ACC, com ênfase na sua natureza contratual e nos remédios antitruste; na terceira, foram traçadas considerações acerca da interação entre arbitragem e direito antitruste; na quarta, realizou-se uma análise tópica de todos os precedentes na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em que foi inserida a cláusula compromissória em ACC, extraindo as conclusões acerca dos papéis que as cláusulas compromissórias desempenham em ACC. O estudo revelou que a arbitragem desempenha papel de fiscalização, como auxiliar no reforço do monitoramento das decisões do CADE, e como auxiliar na concessão de efetividade aos remédios antitruste, como forma de adequá-los aos princípios que os norteiam. O método de pesquisa é o dedutivo e como técnica de pesquisa utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Conselho administrativo de defesa econômica (cade), Controle de estruturas, Acordos em controle de concentração, Arbitragem, Cláusula compromissória

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of the research is to investigate which function(s) arbitration clauses performs in Concentration Control Agreements (“ACC”). For this purpose, the development of the theme was divided into four sections: in the first, fundamental assumptions were established for understanding the structure control system in the current antitrust legislation; in the second, general aspects and the legal nature of the ACC were outlined, with emphasis on its contractual nature and antitrust remedies; in the third, considerations were drawn about the interaction between arbitration and antitrust law; in the fourth, an individual analysis of all precedents in Administrative Council of Economic Defense’s (CADE) jurisprudence in which the arbitration clause in ACC was inserted, extracting conclusions about the roles that arbitration clauses performs in ACC. The study revealed that arbitration perform a supervisory role, as a method of reinforce monitoring CADE's decisions, and as an aid in

granting effectiveness to antitrust remedies, as a way of adapting them to the principles that guide them. The approach method is deductive and, as a research technique, bibliographical and documentary research was used.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Administrative council for economic defense (cade), Merge control, Concentrations control agreements, Arbitration, Arbitration clause

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a seguinte problemática: qual(is) a(s) função(ões) que as cláusulas compromissórias desempenham em Acordos de Controle de Concentração (“ACC”)?

Desde 2014, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) tem previsto cláusulas compromissórias em seus atos administrativos, especialmente em Acordos em Controle de Concentração no contexto do controle prévio de estruturas.

Embora a utilização da arbitragem privada em âmbito antitruste tenha ganhado relevo, inclusive perante órgãos internacionais importantes como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE<sup>1</sup> e a *Competition Policy International* - CPI<sup>2</sup>, o uso de cláusulas compromissórias em ACCs ainda é muito incipiente no Brasil, sendo pouco explorada pela doutrina e prática. São muito escassos os estudos dedicados a tratar da inclusão de cláusula compromissória em ACCs, e são ainda mais raros (ou quase inexistentes) estudos que se propõem a estudar a função que a cláusula compromissória assume em um ato administrativo no contexto de um sistema de controle de estruturas no Brasil. Indubitavelmente, a quase inexistência de contribuição de doutrina pátria especializada e a complexidade que permeia o tema reforçam a insegurança na utilização deste instrumento, cuja prática em sistemas antitruste mais maduros como dos Estados Unidos e União Europeia aponta benefícios.

Para se chegar à resposta do problema que norteia a pesquisa, utilizar-se-á do método de pesquisa dedutivo. O desenvolvimento do tema se dá em quatro seções com os seguintes objetivos: na primeira, compreender o sistema de controle de estrutura na legislação antitruste vigente; a segunda dedicar-se à compreensão de aspectos gerais e da natureza jurídica do Acordo em Controle de Concentração; a terceira se propõe a traçar breves considerações acerca da interação entre arbitragem e direito da concorrência; na última realiza-se uma análise tópica de todos os precedentes na jurisprudência do CADE que previram o procedimento arbitral como método de resolução de conflitos em ACC, procurando extrair, especialmente, em quais os contextos econômicos-concorrenciais as cláusulas compromissórias foram inseridas, qual o tipo

---

<sup>1</sup> A OCDE já dedicou estudos ao tema envolvendo arbitragem e direito antitruste: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Relationship Between public and private antitrust enforcement: Brazil. **Co-operation and Enforcement**. n. 3, 15 jun. 2015. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN2/FINAL/en/pdf) Acesso em: 12 ago. 2023; ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Arbitration and Competition (Hearings). Paris, 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf> Acesso em: 14 de ago. 2013.

<sup>2</sup> A CPI já dedicou estudos ao tema envolvendo a arbitragem e direito antitruste: COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (CPI). Arbitration & Antitrust. **Antitrust Chronicle**. v. 1. jul. 2019. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-arbitration-antitrust/>. Acesso em: 11 ago. 2023.



de remédio concorrencial utilizado no ACC e, então compreender qual o(s) papel(is) assumido(s) pelas cláusulas compromissórias neste contexto.

## 2. CONTROLE DE ESTRUTURAS

Para compreender a natureza jurídica dos ACCs e sua função, é preciso dar um passo atrás e explicar o sistema de controle de estrutura na legislação antitruste vigente. Controle de estruturas pode ser definido como um sistema de atuação preventiva da autoridade antitruste, cujo objetivo é preservar as condições estruturais de concorrência no mercado decorrentes de atos de concentração econômica (SILVEIRA, 2021).

O legislador, ao editar a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “Lei Antitruste”), optou por reestruturar a política de controle de estruturas, abandonando o sistema de controle *a posteriori*, adotado pela até então vigente Lei nº 8.884/94, para implementar um modelo de controle prévio. Destarte, a legislação passou a exigir que os atos de concentração econômica<sup>3</sup> com relevantes probabilidades de produzir efeitos anticompetitivos fossem notificados previamente ao CADE, submetendo sua validade à aprovação da autarquia. O critério de notificação obrigatória – ou seja, o critério formal eleito pelo legislador para determinar a potencialidade de produção de efeitos anticoncorrenciais – foi o faturamento bruto ou volume de negócios.

Segundo o art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011), com os valores atualizados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, emitida pelo Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda, e de acordo com a definição contida na Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, emitida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), deverão ser previamente notificados, para fins de aprovação, todos os atos de concentração que (a) um dos grupos econômicos envolvidos no ato tenha registrado no último balanço, no ano anterior à operação, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e (b) pelo menos outro grupo econômico envolvido no ato tenha registrado no último balanço, no ano anterior à operação, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais). O procedimento envolvendo a

---

<sup>3</sup> Os atos de concentração econômica *latu sensu* englobam uma infinidade de operações societárias e arranjos jurídicos dos quais as sociedades empresárias podem utilizar como estratégia de geração de eficiência (maximização de ativos e minimização de perdas). Operações de fusões, aquisições, incorporações, celebrações de contratos associativos, consórcios, joint ventures, são apenas algumas das estratégias de concentração econômica utilizadas para tanto.

notificação prévia obrigatória de atos de concentração ao CADE é chamado de Ato de Concentração (“AC”). São os ACs, conforme definidos, que são objeto de preocupação da disciplina da concorrência<sup>4</sup> (doravante também denominada antitruste), conforme fundamentada pelos ditames constitucionais vigentes dos artigos 170 e 173, §4º (BRASIL, 1988).

Assim, ao analisar um AC, o CADE poderá proferir decisão no sentido de reprovar a operação, autorizar na sua integralidade ou autorizar parcialmente, de acordo com o art. 61 da Lei de Defesa da Concorrência. Serão reprovados ou autorizados com ressalvas os ACs que, segundo o parágrafo 5º do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, implicarem em “eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (BRASIL, 2011). A autorização com ressalvas, todavia, será concedida quando os riscos de danos aos bens tutelados pela legislação antitruste puderem ser mitigados por meio de adoção de medidas comportamentais ou estruturais. É neste contexto que se inserem os Acordos em Controle de Concentração (“ACC”).

### **3. ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO**

O Acordo em Controle de Concentração (ACC) é um instrumento jurídico de destaque na doutrina e prática do CADE por proporcionar maior eficiência material da legislação e afastar os inconvenientes de uma decisão binária da autoridade antitruste (aprova x não aprova). É um instrumento contratual, formal, por escrito, que estabelece condições para a aprovação do AC. Tais condicionantes “acompanham a decisão administrativa final do CADE ao autorizar determinada concentração econômica que apresenta certos riscos ao bom funcionamento do mercado” (MARRARA, 2020, p. 82). Nesse sentido, o ACC propicia uma solução intermediária entre a aprovação incondicional e a reprovação integral de determinado AC, permitindo que eficiências geradas com a operação possam ser materializadas (o que não seria possível com a reprovação) e, ao mesmo tempo, endereça os problemas concorrenciais que poderiam ocasionar inconvenientes anticompetitivos (o que não seria possível com a aprovação incondicional) (CABRAL; MATTOS, 2016).

---

<sup>4</sup> Não se desconhece que disciplina da concorrência, para alguns autores, pode envolver também a disciplina da concorrência desleal regulada pela Lei nº 9.279/1996. Para os fins do artigo, porém, limitar-se-á como “disciplina da concorrência” ou “antitruste” e termos correlatos a matéria que visa tratar de infrações à ordem econômica, com fundamento no art. 170 e 173, §4º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### 3.1. Natureza jurídica do ACC

Apesar de sua posição de destaque na doutrina e prática, a Lei de Defesa da Concorrência foi econômica ao dispor sobre o ACC, limitando-se a mencionar como um mecanismo disponível ao Plenário do CADE no art. 9º, incisos V e X (BRASIL, 2011). As disposições mais detalhadas sobre seu funcionamento e conteúdo ficaram a cargo do regimento interno do CADE (RICADE). De acordo com o art. 125, podem ser extraídas quatro fases principais: (i) elaboração; (ii) negociação; (iii) celebração; e (iv) execução e monitoramento.

Sem pretensão de esgotar os detalhamentos procedimentais do ACC, fato é que o art. 125, §3º e §5º, do RICADE, incluem a negociação como uma fase intrínseca ao seu procedimento.

A abertura da administração pública a acordos sempre foi um tema repleto de controvérsias que acalora discussões. Isso porque, até a década de 1980, a legislação brasileira não permitia que os atos e contratos administrativos fossem alterados por intermédio de algum acordo ou compromisso, de modo a afastar qualquer hipótese de atitude pró-consensual entre administração pública e sujeitos privados (GUERRA; DE PALMA, 2018). Então, uma análise superficial poderia levar à conclusão errônea de que os atos e processos administrativos do CADE, em especial o ACC, não comportariam negociações. Ao contrário, Thiago Marrara (2015, p. 276) defende que uma leitura mais aprofundada do texto legal permite a verificação de muitos fundamentos que sustentam o emprego de técnicas consensuais no sistema de controle de estruturas. O autor vai além, afirmando que o direito de negociar os termos de ACC é inerente ao administrado:

O caminho negocial, sempre que cogitado, necessita ser aberto aos requerentes em respeito aos princípios da moralidade e da razoabilidade (ou, mais especificamente, à regra da necessidade). Os requerentes, como administrados, detêm um direito ao diálogo com o Poder Público, que, inclusive, pode ser garantido por meio de recurso ao Judiciário. Reconhecer a ausência de discricionariedade do CADE perante solicitações de negociações não significa negar suas margens de escolha no tocante à celebração final do ajuste. (MARRARA, 2020 p. 83).

Dessa forma, o artigo filia-se ao entendimento de que o ACC é um ato administrativo, na forma de acordo, em que são compatibilizadas as preocupações da administração pública com as preocupações dos administrados.<sup>5</sup> Mais do que um direito dos administrados, a solução

---

<sup>5</sup> Não se pretende negar que, embora seja um ato pró consensual, a Administração Pública possui mais poder de barganha em relação aos administrados.

pró-consensual se revela um mecanismo muito eficiente tanto para a administração pública, quanto para os administrados, por gerar maior grau de aceitabilidade e legitimidade (MARRARA, 2015 p. 283).

Paula Forgioni (2020, p. 440) explica que, “esses acordos vêm sendo utilizados com frequência pelo CADE que, obtendo a concordância das empresas aos seus termos, evita a contestação judicial de suas decisões”. Uma solução construída com a participação dos diferentes polos envolvidos na relação atrai mais legitimidade e sensação de justiça, diminuindo as chances de ser desrespeitada.

Além das eficiências geradas pela construção de uma solução consensual, é verdade que ninguém conhece tão bem o mercado quanto os próprios atuantes, e seu auxílio no desenho de condicionantes efetivas, que guardem relação com os princípios orientadores, pode ser valioso. Para Tereza Braga (2017, p. 485), a “principal vantagem do ACC é o aproveitamento da expertise e da cooperação do particular para trilhar uma rota mais eficiente de implementação dos remédios”.

Remédios jurídicos são, no jargão jurídico, “meio lícito utilizado para fazer atuar o direito objetivo e restabelecer a ordem jurídica” (DINIZ, 2005, p. 149).

### **3.2. Remédios antitruste**

No âmbito concorrencial, especialmente no controle de estruturas, remédios concorrenciais são “restrições aprovadas por autoridades de defesa da concorrência para corrigir efeitos deletérios à concorrência” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2023, p. 7). São nos ACCs, portanto, que são negociados os chamados remédios concorrenciais (que também serão designados de remédios antitruste), e estes integram seu conteúdo mais relevante. Os remédios, em grande medida, representam a razão de ser dos ACCs.

Assim, tantas são as formas que podem assumir os remédios concorrenciais quanto às particularidades envolvidas no desenvolvimento das atividades econômicas de sociedades empresárias, bem como variáveis de mercado e concorrenciais. Em outras palavras, são tantas as particularidades que podem envolver um caso concreto e fatos envolvidos em um ato de concentração econômica, que os remédios concorrenciais podem assumir inúmeras formas para endereçar os problemas (ou potenciais problemas) identificados.

No Guia de Remédios Antitruste (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018), o CADE publicou as recomendações gerais para a contribuição da

efetividade de remédios antitruste, segundo o qual deveria observar a proporcionalidade, tempestividade, factibilidade e verificabilidade. Como proporcionalidade “no sentido de impor ações mitigadoras necessárias, adequadas e suficientes à efetiva reversão do potencial prejuízo à concorrência decorrente especificamente do AC” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA ECONÔMICA, 2018, p. 14). Como tempestividade, “um remédio que resolva as preocupações concorrenciais mais rapidamente é preferível a um que tenha efeitos em um horizonte de tempo mais longo” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 14). Em relação à factibilidade, vislumbra-se um remédio possível de ser desenhado, implementado, monitorado, e que gere precisão no endereçamento das questões concorrenciais, considerando as particularidades das sociedades empresárias participantes do AC. E, por fim, também é considerada como princípio a verificabilidade, que deve envolver a possibilidade de verificação de cumprimento das obrigações inseridas no ACC (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 14).

Em relação à classificação, a mais comumente apresentada pela doutrina consiste na divisão entre remédios comportamentais e estruturais, a depender das obrigações que dispõem. Remédios estruturais referem-se a obrigações que envolvem a transmissão definitiva de direitos e ativos (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018), nos quais há a modificação da estrutura do mercado, como, por exemplo, venda de ativos de uma sociedade empresária. Remédios comportamentais, por sua vez, consistem em obrigações de fazer ou não fazer (SILVEIRA, 2021), consistentes em práticas comerciais, financeiras ou econômicas das partes envolvidas no AC, tais como obrigações de fornecer insumos e não praticar comportamento discriminatórios contra concorrentes ou potenciais entrantes no mercado (CONSELHO ADMINISTRATIVOS DE DEFESA ECONÔMICA, 2018).

Foi no contexto de um ACC prevendo remédios comportamentais que o CADE recomendou pela primeira vez a inserção de cláusula compromissória para solucionar eventuais conflitos fundamentados na legislação antitruste.

#### **4. ARBITRAGEM E ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Para compreender a inserção de cláusulas compromissórias em ACC é imprescindível que se firmem pressupostos acerca do conceito da arbitragem e da cláusula compromissória, bem como breves considerações sobre a sua interação com a disciplina da defesa da concorrência.

A arbitragem encontra seu fundamento legal na Lei nº 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”), especialmente no art. 1º que prevê que “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996). Na doutrina nacional, há pouca divergência na definição de arbitragem, conforme demonstram os conceitos apresentados por Carlos Carmona (2009, p. 9) e Carmen Tiburcio (2014, p. 64):

A arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial (CARMONA, 2009, p. 9).

A arbitragem consiste num modo extrajudiciário de heterocomposição de conflitos relativos a direitos disponíveis em que as partes, de comum acordo (convenção esta que as vincula e por meio da qual renunciam à jurisdição estatal), submetem a questão litigiosa a um ou mais terceiros, que constituem um tribunal arbitral. A decisão por ele exarada tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial. (TIBURCIO, 2014, p. 64)

Da leitura do dispositivo legal complementado pelas definições trazidas pela doutrina, são conceitos-chave para a compreensão da arbitragem (i) ser um método de solução de conflitos originado da autonomia privada, cuja natureza é de (ii) procedimento voluntário de jurisdição (iii) limitada a discussões relativas à direitos patrimoniais disponíveis.

Como visto, para que possam recorrer à arbitragem, as partes devem ser capazes de contratar, sendo a autonomia de vontade pressuposto intrínseco à escolha pela arbitragem como método de solução de conflito. Carlos Carmona (2009, p. 36) explica que “a escolha do meio alternativo de solução de controvérsias é sempre voluntária, ou facultativa, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória”.

Tal escolha pode ser após o surgimento de um conflito ou antes, como no caso de cláusula compromissória. Segundo o art. 4º da Lei de Arbitragem, cláusula compromissória é definida como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (BRASIL, 1996). A cláusula compromissória, portanto, “trata de conflitos ainda não ocorridos – ao contrário do que ocorre com o compromisso arbitral –, o objeto da cláusula compromissória não é determinado, mas somente determinável” (KONDER, 2019, p. 296).

As normas do direito concorrencial são dotadas de caráter eminentemente público e, portanto, em essência indisponíveis, poderia se supor que as há uma imiscibilidade entre ambas.

Embora, de fato, a interação entre ambos os institutos tenha sido refutada por muito tempo, hodiernamente não parece ter quaisquer dúvidas sobre a compatibilidade entre ambas<sup>6</sup>.

No âmbito administrativo de defesa da concorrência, o primeiro caso envolvendo arbitragem e antitruste remonta ao ACC firmado entre o CADE, Fosbrasil S.A. e a ICL Brasil Ltda. Em 2014, as partes requerentes<sup>7</sup> firmaram um ACC em que, pela primeira vez, a arbitragem foi eleita para resolução de eventual conflito, cujo cenário era a apuração de imposição de barreiras à entrada de agentes de mercado e a cobrança de preços discriminatórios, com fundamento na legislação antitruste.

O caso foi emblemático por muitas razões, dentre as quais porque a arbitragem deixa de ser um procedimento paralelo e independente do procedimento administrativo, mas colaborativo e intrínseco a este. A arbitragem passa a atuar como auxiliar da administração pública, especificamente do *enforcement*<sup>8</sup> público, e integra-se ao ato administrativo final – o ACC (MARRARA, 2020). Do ato administrativo final, a arbitragem extrai sua base de validade, ao mesmo tempo que a ele se condiciona.

Embora se possa afirmar com tranquilidade que a arbitragem inserida em ACC passa a atuar como auxiliar do *enforcement* público, é preciso entender os fundamentos pelos quais são inseridos e como elas vem desempenhando, na prática, essa função de auxiliar.

A dificuldade e relevância do estudo reside no fato de que trabalhos dedicados a tratar da inclusão de cláusula compromissória em ACCs são escassos e, ainda mais raros aqueles que se propõem a estudar a função da cláusula em um ato administrativo no contexto de um sistema de controle de estruturas antitruste. Urge, assim, a necessidade de melhor compreender da função desempenhada pela cláusula compromissória em ACCs, a partir da prática do CADE.

## **5. INCLUSÃO DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS EM ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO: EXPERIÊNCIA PRÁTICA DO CADE**

Em razão das considerações acima, objetiva-se analisar os casos julgados pelo CADE nos quais houve a inclusão de cláusula compromissória, para compreender a função que

---

<sup>6</sup> Há uma multiplicidade de esferas que a arbitragem e a disciplina da concorrência encontram espaço, tais como da utilização do procedimento arbitral em decorrência de uma condenação administrativa, aplicação do direito concorrencial pelo árbitro, dentre outros. Não se pretende tratar aqui sobre as formas de relacionamento entre ambos os institutos, mas como se comporta a arbitragem em ACC, no âmbito de controle de estruturas.

<sup>7</sup> “Requerentes” é o termo utilizado para designar as partes notificantes do AC, envolvidas na operação.

<sup>8</sup> Por não haver tradução de *enforcement* que se enquadre perfeitamente na língua portuguesa, a doutrina brasileira de direito concorrencial não raramente socorre-se ao termo em inglês, como visto acima. A ideia de *enforcement* é adotada como sinônimo de instrumentos coercitivos que visem a eficácia normativa. Assim, por *enforcement* público entende-se como quaisquer instrumentos públicos para aplicação coercitiva do direito.

desempenha no ACC. A análise tópica dos casos deve necessariamente mapear o contexto da operação econômica, composta pela identificação do contexto econômico-concorrencial do caso, a natureza dos remédios utilizados no ACC (estruturais ou comportamentais) para, enfim, identificar a função que a cláusula compromissória exerce no ACC.

Entre 2014 e 2023 foram identificados seis ACCs em que foi expressa a inclusão de cláusula compromissória prevendo resolução de controvérsia por intermédio de arbitragem (e/ou procedimento arbitral), a partir de consulta da ferramenta CADE em Números<sup>9</sup>.

A proposta engloba a análise tópica de todos os casos, em ordem cronológica. Para os fins do presente artigo, outros mecanismos de arbitramento tais como *trustees* de monitoramento<sup>10</sup> ou mandatários de monitoramento, não serão objeto de análise.

Uma frequente preocupação da doutrina diz respeito à (in)adequação e desconformidade, em relação às normas previstas na Lei de Arbitragem, do procedimento arbitral conforme inserido nas cláusulas compromissórias em alguns dos precedentes a seguir analisados. Tal aspecto também não será objeto de análise neste artigo.

## 5.1. Caso ICL/Fosbrasil

O ato de concentração econômica foi instrumentalizado mediante contrato de compra e venda de ações representantes do controle acionário da Fosbrasil S.A. (“Fosbrasil”) por sociedade empresária pertencente ao grupo econômico da ICL Brasil (“ICL”).

A operação, sob ponto de vista estratégico da adquirente, objetivava o ganho de eficiência na cadeia produtiva, uma vez que a Fosbrasil era a única produtora de ácido fosfórico purificado de grau alimentício (“PPA”) no Brasil, um dos principais insumos utilizados ICL, que se dedicava à produção de sais fosfatos. Do ponto de vista da autoridade antitruste, a preocupação concorrencial girava em torno do ambiente competitivo no fornecimento de PPA,

---

<sup>9</sup> A ferramenta está disponível mediante acesso ao link:

<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>

<sup>10</sup> Em âmbito de ACC, *trustees* de monitoramento são supervisores nomeados para auxiliar o CADE na fiscalização de condutas e cumprimento, pelas requerentes, das obrigações estabelecidas no ACC. Segundo CADE, “*apesar de o trustee de monitoramento exercer um papel ativo para o cumprimento dos remédios, ele não está autorizado a decidir em nome do CADE. Ele atua sob supervisão do Cade por meio de mandato e informa periodicamente à Autoridade por meio de relatórios, o status da implementação das medidas planejadas e cumprimento das obrigações*” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018, p.43). Os *trustees* de monitoramento são utilizados principalmente em casos em que o remédio antitruste aplicado é o desinvestimento, tais como previstos, por exemplo no AC envolvendo a Dow e a DuPont, que tramitou perante o CADE sob o nº 08700.005937/2016-61, e o AC envolvendo a GSK e a Pfizer, que tramitou perante o CADE sob o nº 08700.001206/2019-90.



uma vez que sua consumação poderia incentivar a cobrança de preços discriminatórios e o fechamento de mercado aos concorrentes da ICL.

O AC, que tramitou perante o CADE sob o nº 08700.000344/2014-47, foi aprovado com restrições mediante assinatura de ACC em dezembro de 2014, o qual estabeleceu, em síntese, que a Fosbrasil oferecesse -, e que a ICL a obrigasse a oferecer -, contratos de longo prazo de fornecimento de PPA aos seus clientes mais relevantes, cujos preços a serem praticados deveriam cumprir os critérios fixados no ACC (BRASIL, 2014). Em complemento, a Fosbrasil comprometeu-se a não praticar qualquer ato discriminatório no fornecimento de PPA a qualquer produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício (BRASIL, 2014). Tratam-se, portanto, de remédios comportamentais, que implicam em obrigações de fazer e não fazer.

Na cláusula 3.6, integrante da cláusula 3 do ACC, intitulada “*Do Monitoramento*”, foi prevista a arbitragem para dirimir eventual conflito resultante de recusa de fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente, de acordo com as práticas comuns de negócio. Caberia à arbitragem, neste contexto, analisar se a Fosbrasil teve uma justificativa objetiva para a alegada recusa (BRASIL, 2014), nos seguintes termos:

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 Fosfobrasil, e caso esse produtor alegue que a recusa da Fosfobrasil 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 as práticas usuais de negócio. (BRASIL, 2014, p. 7).

A conselheira relatora Ana Frazão (BRASIL, 2014, p. 267), no voto condutor do AC, afirmou que a arbitragem “reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo Cade, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro”.

Não há qualquer novidade em afirmar que a autoridade antitruste brasileira tem grande preocupação com os custos de monitoramento de remédios comportamentais. Inclusive, há uma expressa recomendação de adoção de remédios estruturais, uma vez que “os remédios estruturais trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 16). Isso porque, de forma geral, os remédios estruturais determinam metas quantitativas, que se atêm a fatos econômicos mensuráveis, enquanto as condições comportamentais relacionam-se com metas cuja aferição deve ser feita, predominantemente, de forma qualitativa, o que pode dificultar ou até mesmo impossibilitar a avaliação da sua consecução (PROENÇA, 2011, p. 267).

Diante das dificuldades - de ordem prática e financeira - do monitoramento dos remédios comportamentais, “abre-se espaço para que sejam estipulados mecanismos outros que possam colaborar para o bom funcionamento desse sistema de controle prévio do CADE” (FUCKNER, 2020, p. 142), espaço em que a arbitragem encontra solo fértil.

O procedimento arbitral foi incluído como método de resolução de conflito de eventual descumprimento direto dos remédios comportamentais estabelecidos no ACC. Extrai-se do excerto, que a eleição pela arbitragem teve como objetivo o reforço ao monitoramento do cumprimento dos remédios estabelecidos em ACC.

## **5.2. Caso ALL/Rumo**

O ato de concentração econômica foi instrumentalizado sob a forma de incorporação das ações da ALL – América Latina Logística S.A. (“ALL”) pela Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. (“Rumo”). Com a autorização da operação pelo CADE, a ALL, à época maior sociedade empresária operadora de transporte ferroviário do Brasil, e a Rumo, sociedade empresárias dedicada à exportação, passariam a deter toda a cadeia logística de exportação de insumos pelo Porto de Santos (FUCKNER, 2022).

Sob ponto de vista da autoridade antitruste, a concentração econômica das requerentes poderia ensejar a prática de condutas anticompetitivas em desvantagem de concorrentes atuantes nas diversas etapas da cadeia de logística de exportação, prejudicando e/ou inviabilizando o desenvolvimento de suas atividades (BRASIL, 2014).

O AC, que tramitou perante o CADE sob nº 08700.005719/2014-65, foi aprovado com restrições mediante assinatura de ACC em fevereiro de 2015. As restrições, de natureza comportamental, envolveram obrigações de precificação dos serviços prestados aos concorrentes, representados por um conjunto de variáveis fixas e ordenadas entre si (BRASIL, 2015), objetivando a mitigação de possíveis condutas discriminatórias.

Justamente em relação aos critérios de fixação de preço, o CADE e as requerentes concederam à arbitragem a prerrogativa de decidir sobre eventuais conflitos resultantes da negociação de preço:

### **H. SOLUÇÃO ARBITRAL**

[...] § 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 (BRASIL, 2015, p. 9).

No mesmo sentido do caso ICL/Fosbrasil, a via arbitral foi prevista como solução de conflitos privados relacionados diretamente aos remédios comportamentais propostos, quais sejam, negociar preços de contratação e fornecer serviços de transporte ferroviário para terceiros sem quaisquer discriminações. Em ambos os casos, foi delegado aos árbitros decidir sobre uma situação fática de discriminação.

Embora não expressa a razão pela qual as requerentes e o CADE adotaram a arbitragem como método de solução de conflito quando do julgamento do AC e/ou celebração do ACC, a lógica no presente é a mesma adotada no caso ICL/Fosbrasil, uma vez que aos árbitros também caberia a decisão sobre a (in)adequação dos critérios de negociação e contratação, revestidos da mesma complexidade observada naquele caso.

Posteriormente, quando do julgamento do Caso Cetip/Bovespa<sup>11</sup>, o voto do conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, reconheceu que, em nos casos da ICL/Fosbrasil e ALL/Rumo se “recorreu à arbitragem para estabelecer mecanismos de desestímulo à adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias” (BRASIL, 2017, p. 6), em referência a sua função de auxiliar no monitoramento do cumprimento das decisões.

### **5.3. Caso TAM/Ibéria/British Airways**

O ato de concentração econômica envolvendo a TAM, Ibéria e British Airways foi instrumentalizado na forma de um acordo de empreendimento controlado em conjunto, objetivando a atuação cooperada no mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas envolvendo determinados trajetos entre Brasil e Europa.

O AC, que tramitou perante o CADE sob nº 08700.004211/2016-10, foi aprovado com restrições mediante assinatura de ACC em março de 2017, cujos remédios, de natureza comportamental, visaram mitigar efeitos anticoncorrenciais a respeito das condições de entradas de concorrentes nas rotas de transporte aéreo de passageiros e cargas entre as cidades São Paulo e Londres. O ACC previu que as requerentes deveriam celebrar um acordo com potencial entrante no mercado, o qual deveria prever condições razoáveis de classe tarifária envolvendo as rotas acima descritas. Caso o potencial entrante entendesse que as condições da classe tarifária oferecidas não atendiam os parâmetros fixados, poderia solicitar ao CADE que desse início a um procedimento arbitral, conforme previu o ACC:

---

<sup>11</sup> O Caso Cetip/Bovespa, resultante do Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11, é tratado na seção 5.4 deste artigo.

III.11.1. Caso o Operador de Serviços Aéreos Solicitante entenda que a classe tarifária oferecida pela Compromissária relevante não cumpre com estes Compromissos e as partes não consigam chegar a um acordo, o Operador de Serviços Aéreos Solicitante poderá solicitar ao CADE que dê início a um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia (BRASIL, 2017, p. 9).

Embora também não seja expressamente declarada a motivação, parece conclusivo que o compromisso arbitral também se relaciona com o monitoramento das decisões. Isso porque, uma vez instaurado o procedimento arbitral, o *trustee* de monitoramento, anteriormente eleito pelas requerentes, deverá agir como árbitro.

É o conteúdo da Cláusula III.11.4 do ACC: “Instaurado o processo de arbitragem, o *Trustee* agindo como árbitro emitirá sua decisão determinando a(s) classe(s) tarifária(s) para à(s) qual(is) se aplicará(ão) o Acordo Especial Pro Rata (SPA)” (BRASIL, 2017, p. 9). O *trustee*, por sua vez, é incumbido de “supervisionar o cumprimento dos compromissos assumidos” no referido ACC.

Assim, parece não restar dúvida de que a cláusula arbitral se relaciona de forma direta com o monitoramento dos remédios comportamentais antitrustes no referido caso.

#### **5.4. Caso Cetip/Bovespa**

A fusão entre a Cetip S.A. - Mercados Organizados (“Cetip”) e BM&F Bovespa S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BVMF”), resultou na concentração das atividades relacionadas ao mercado financeiro.

Do ponto de vista da autoridade antitruste, a fusão entre as requerentes seria complementar em grande parte, e sobreposta em menor parcela. Isso porque a BVMF atuava timidamente no mercado de balcão, mas monopolizava o mercado de valores mobiliários, bolsa de mercadoria e futuros. Já a Cetip era líder no mercado de balcão. Entretanto, a autoridade antitruste temia o potencial de causar danos anticoncorrenciais na prestação de serviços CSD<sup>12</sup>,

O AC, que tramitou perante o CADE sob nº 08700.004860/2016-11, foi aprovado com restrições mediante assinatura de ACC em março de 2017, no qual as requerentes se comprometeram “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” (BRASIL, 2017, p. 5), mediante negociação com qualquer potencial entrante no mercado.

---

<sup>12</sup> Para fins do ACC, 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.” (Brasil, 2017, p. 2).

Caso frustradas as negociações no prazo de 120 (cento e vinte) dias, segundo a cláusula compromissória “a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias” (BRASIL, 2017, p. 5).

No mesmo sentido dos precedentes analisados, o voto do conselheiro vogal Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo não poupou lições quanto ao papel desempenhado pela cláusula compromissória, reafirmando se tratar de auxiliar do cumprimento dos remédios:

A arbitragem é aqui vislumbrada como um auxílio ao cumprimento do ACC, especialmente no tocante à não discriminação de entrantes e no atingimento de parâmetros negociais razoáveis e desprovidos de vieses potencializados pela posição monopolística detida pela BVMF/Cetip no contexto pós-operação. A finalidade da arbitragem no presente ACC não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência, porquanto a arbitragem presta-se a trazer a um terceiro independente a discussão parametrizada por premissas privadas e que, em última instância, acabam por impactar a concorrência como um todo no mercado de bolsas (BRASIL, 2017).

Já a conselheira relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt provocou, ainda que de forma tímida, a hipótese de que a arbitragem pode desempenhar um papel para além de auxiliar no monitoramento das decisões. Na oportunidade, afirmou que a função do tribunal arbitral em um contexto de solução de conflitos decorrentes de remédios comportamentais, principalmente envolvendo questões de negociações e condições contratuais como nos casos acima, também é “dar agilidade às negociações e alcançar um ‘preço razoável’ em um ‘tempo razoável’” (BRASIL, 2017, p. 28).

Neste sentido, abre-se espaço para discussões dos papéis que a cláusula compromissória pode desempenhar para além de auxiliar de monitoramento das decisões, mas como auxiliar do *enforcement* público na adequação dos remédios concorrenciais aos princípios que os norteiam, tais como proporcionalidade, tempestividade e verificabilidade, conforme conceituados acima.

Pela expressa preferência na adoção de remédios estruturais em razão dos custos de monitoramento, sua utilização pode não se relevar a medida mais proporcional ao problema. A cláusula compromissória pode conferir proporcionalidade ao remédio, ao viabilizar e facilitar que sejam adotados remédios comportamentais quando mais proporcionais ao caso.

Vantagens como a flexibilidade<sup>13</sup>, especialidade e celeridade<sup>14</sup> do procedimento arbitral são consenso na doutrina. Aplicadas as vantagens ao âmbito dos ACCs, a escolha pela via arbitral pode, em eventual conflito, conferir uma solução mais rápida e, conseqüentemente, conferir mais tempestividade na implementação dos remédios previstos em ACC.

Pode, ainda, conferir mais verificabilidade, mediante a constatação de que o árbitro eleito pode ser dotado de maior especialização técnica em relação às particularidades do caso.

Para ilustrar as hipóteses, utilizando o caso Cetip/Bovespa, no caso de frustradas as negociações e, no caso de não haver previsão de qualquer mecanismo de solução de controvérsia no ACC, as partes envolvidas poderiam submeter o caso à apreciação do Poder Judiciário, cuja solução poderia demorar anos, ser pouco técnica, invariavelmente eventual ilícito concorrencial se perpetuaria por tempo demais. A inclusão de cláusula compromissória, portanto, pode desempenhar papel relevante no desenho dos remédios, adequando-os aos princípios que devem norteá-los.

## 5.5. Caso AT&T/Time Warner

De um lado da operação, figurava a AT&T Inc (“AT&T”), sociedade empresária controladora de grupo econômico que atua na área de comunicações, cujas atividades incluíam, através da Sky Brasil Serviços Ltda., o fornecimento de serviços de televisão por assinatura via satélite no Brasil. De outro lado, a Time Warner Inc. (“TW”), sociedade empresária que presta serviço de mídia e entretenimento, dentre as quais a atividade de programação de canais de televisão por assinatura, firmaram contrato de aquisição do controle acionário da TW pela AT&T. Os serviços da AT&T, portanto, dependiam dos serviços prestados pela TW,

Uma vez que suas atividades eram complementares, a autoridade antitruste entendeu que a operação seria hábil a incentivar condutas discriminatórias com concorrentes ou novos

---

<sup>13</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “as características da flexibilidade e simplicidade do procedimento arbitral, reveladoras do menor apego desse sistema a normas e parâmetros rigidamente desenhados em lei” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2013, p. 26.

<sup>14</sup> Segundo Francisco Cahali, “Em um primeiro momento, os valores para se instaurar um procedimento arbitral poderiam desencorajar o uso do instituto, mas o resultado final, medido a partir do custo-benefício (por exemplo, a própria confidencialidade, tecnicidade do árbitro ou a insegurança das decisões judiciais), bem como, e especialmente, a celeridade na obtenção do resultado, podem levar a outra conclusão quando comparado a um processo na justiça estatal. Aliás, só em pensar no julgamento em instância única, sem os ônus decorrentes da demora e das despesas para se sustentar o processo com diversos recursos, já se pode reconhecer a vantagem aqui referida”. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 126).

entrantes no mercado, principalmente concorrentes da TW, e fechamento de mercado na programação de TV por assinatura.

O AC, que tramitou perante o CADE sob nº 08700.001390/2017-14, foi aprovado com restrições mediante assinatura de ACC em outubro de 2017, dentre as quais previa a obrigação de não discriminação de concorrentes. Neste contexto, foi previsto recurso à arbitragem quando houvesse recusa de quaisquer das requerentes em negociar condições comerciais adequadas com os concorrentes:

6.1. Qualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por Assinatura não afiliada à AT&T ou à SKY poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo (“Arbitragem”) (BRASIL, 2017).

Corroborando com a afirmação de que o papel da arbitragem não se resume no monitoramento das decisões da autoridade antitruste, o conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, em seu voto-vogal, afirma que a função da arbitragem é conceder celeridade e economia na implementação da operação, representando também, um aprimoramento de cláusulas comportamentais:

Em relação à possível discriminação alegada pelos terceiros interessados e ressaltada pela análise enveredada pela Superintendência-Geral, é importante consignar que, mais uma vez, o CADE recorreu à utilização da arbitragem para fins de celeridade e economicidade de eventuais conflitos existentes na implementação da operação. (...) Outrossim, a utilização da arbitragem é resultado do aprimoramento de cláusulas comportamentais antes adotadas pelo CADE como remédios antitruste, trazendo uma solução concreta e evitando a procrastinação da possível discriminação (BRASIL, 2017).

## **5.6. Caso Petromex/DAK/Petrobrás**

As requerentes firmaram acordo de contrato de compra e venda de ações, envolvendo a aquisição, pelo Grupo Petromex S.A de C.V. e DAK Americas Exterior, S.L, de todas as ações de emissão da Companhia Petroquímica de Pernambuco e da companhia Integrada Têxtil de Pernambuco detidas pela Petróleo Brasileiro S.A.

A autoridade antitruste mapeou problemas concorrenciais relacionados à possibilidade de comportamentos discriminatórios de fornecimento de PTA, um insumo imprescindível para a produção de resina PET.

O AC tramitou no CADE perante o nº 08700.004163/2017-32, e foi aprovado, mediante assinatura de ACC, em fevereiro de 2018, cujas condicionantes incluíam o fornecimento de PTA aos produtos de resina PET, de acordo com critérios antidiscriminatórios

fixados no ACC, configurando remédios comportamentais. Os conflitos relacionados a preços e volumes foram endereçados à arbitragem:

5.2 Caso a M&G não aceite a oferta do Novo Acordo, o Grupo Petrotemex iniciará o fornecimento de PTA nos termos do ACC e iniciará procedimento arbitral para dirimir a controvérsia sobre preços e volumes (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, não houve qualquer menção sobre o intuito das partes envolvidas no AC. Porém, considerando que o racional se manteve inalterado em todos os precedentes analisados, não há como não concluir que, no presente caso, a cláusula compromissória também foi incluída como auxiliar no monitoramento das decisões, e auxiliar também na adequação dos remédios aos princípios que os fundamentam sendo, numa última análise, um facilitador e auxiliar da implementação de condições comportamentais que visam mitigar os efeitos anticompetitivos decorrentes de um AC.

## CONCLUSÃO

O controle de estruturas prévio é um conjunto de procedimentos por meio do qual o CADE exerce atividade preventiva, tendo como objetivo evitar a ocorrência de efeitos anticompetitivos decorrentes de operações de concentração econômica entre agentes econômicos que atinjam o critério de faturamento previsto na Lei de Defesa da Concorrência.

Por meio do controle de estruturas, materializado no procedimento administrativo intitulado do AC, o CADE deverá proferir decisão reprovando, autorizando totalmente ou parcialmente a operação. Neste último contexto é que estão inseridos os ACC.

Ao longo do presente artigo, foi possível observar que o ACC é um instrumento concorrencial que pode ser muito eficaz na viabilização de eficiências geradas por um ato de concentração econômica, ao mesmo tempo que pode endereçar e mitigar efeitos concorrenciais. Além disso, constata-se que o ACC é um ato administrativo que representa um instrumento pró-consensual, construído entre o CADE e as sociedades empresárias envolvidas no AC. Não por acaso que o ACC é um instrumento de destaque na doutrina e prática do CADE.

Além das vantagens inerentes de um instrumento consensual, como maior adesão das partes e, conseqüentemente, maior efetividade material, é justamente sua natureza consensual que possibilita que sejam firmadas cláusulas compromissórias. Considerados os pressupostos teóricos traçados sobre a natureza da arbitragem, é imprescindível que as cláusulas compromissórias sejam decorrentes da vontade e autonomia das partes.



A análise tópica de decisões do CADE em AC demonstrou que nem sempre é expressa a motivação que levou as partes e a autarquia a elegerem a arbitragem como método de resolução de conflito, não revelando, pelo menos explicitamente, o papel que desempenha. Porém, foi possível concluir que a origem da inclusão de cláusula compromissória em ACC decorre das preocupações da autoridade antitruste com os custos de monitoramento de suas decisões que envolvem, principalmente, remédios comportamentais.

Os argumentos utilizados quando da inclusão da arbitragem no ACC, porém, conduziram a novas conclusões a respeito de sua função. Embora tais conclusões não sejam explícitas nas razões dos votos dos conselheiros quando do julgamento AC e/ou ACC, concluiu-se que a presença de cláusulas compromissórias pretende, além de auxiliar na fiscalização, conceder efetividade aos remédios antitruste, adequando-os aos princípios que os norteiam.

Ainda há um vasto campo para exploração e aprofundamento, com a certeza de que a inclusão de cláusulas compromissórias pode trazer benefícios às partes e à autoridade antitruste no melhor endereçamento de eventuais restrições.

## **REFERÊNCIAS**

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Remédios em Atos de Concentração: Aprendizados e Aprimoramentos. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio. Internacional (IBRAC)**, v. 23, n. 2, pp. 482 – 498, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Guia de Remédios Antitruste**, 2018. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>> Acesso em: 27 de jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº. 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão, 10 de dezembro de 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº. 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 25 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº. 08700.004211/2016-10**. Relator: João Paulo de Resende, 03 de março de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº. 08700.004860/2016-11**. Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 22 de março de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº. 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 18 de outubro de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32**. Relatora: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 15 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do CADE**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

FUCKNER, Mariana Hofmann. A Arbitragem no Controle de Estruturas como Mecanismo de Reforço ao Monitoramento do CADE: Cabimento e Vinculação da Autarquia. **Revista de Defesa da Concorrência – RDC**, v. 10, n. 2, pp. 137-162, 2022.

CABRAL, Patrícia Semensato; MATTOS, César Costa Alves. Remédios em Atos de Concentração: Teoria e Prática do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência – RDC**, v. 4, n. 1, pp. 57-94, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/99**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. O Alcance da Cláusula Compromissória em Contratos Coligados: Leitura a partir da Tutela da Confiança. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 63, pp. 295–331, Out – Dez, 2019.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Os Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo CADE para Aprovação de Operações Restritivas à Concorrência. In GILBERTO, André Marques, CAMPILONGO, Celso F., VILELA, Juliana G (Coord.), **Concentrações de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**. Editora Singular, pp. 124-156, 2011.

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

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Estado Atual no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público**, v. 11, n. 58, pp. 62-82, 2014.