

Vol. 3

Nº 2

2015 - Novembro

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

 **CADE**  
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

## **Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem**

Rodrigo de Camargo Cavalcanti<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho discute algumas consequências e problemáticas envolvendo a inovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em trazer para o âmbito dos Acordos em Controle de Concentrações o instituto da arbitragem, na intenção de maior vigilância e controle sobre supostas infrações à defesa da concorrência. Isso se dará pela identificação do que é o Acordo suprarreferido, qual o embasamento legal para a consideração da arbitragem na esfera da concorrência, especificamente dos atos de concentração, e delineamentos sobre quais questões podem emanar da utilização de tal instrumento.

Palavras-chave: Atos de Concentração; Acordos em Controle de Concentrações; Arbitragem.

### **ABSTRACT**

This paper discusses some implications and issues involving the innovation of the Administrative Council for Economic Defense in bringing the framework of Concentrations Control Agreements the concept of arbitration, hoping to achieve greater vigilance and control over alleged violations of antitrust. This will be done by identifying what are the Concentrations Control Agreements, what is the legal foundation for the consideration of the arbitration in the sphere of competition, specifically of mergers, and will also be outlined about what questions may come from the use of such an instrument.

Key-words: Concentration Acts; Concentrations Control Agreements; Arbitration.

Classificação JEL: D74

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pesquisador no Projeto "O direito ao desenvolvimento econômico e empresarial. Perspectivas da Ordem Econômica Constitucional (art. 170 da Constituição Federal)" da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular - FUNADESP; Professor de Pós-Graduação em Direito na Faculdades Alves Faria.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve panorama dos casos; 2.1. Caso Fosbrasil e ICL Brasil; 2.2. Caso All Rumo; 3. Os Acordos em Controle de Concentrações e a Arbitragem; 4. Obrigação de manifestação do CADE sobre a decisão arbitral; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, principalmente após a promulgação da nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, qual seja, a 12.529/11, tem de diversas maneiras buscado tornar o controle dos atos de concentração mais célere e eficiente, considerando a missão estabelecida de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal”<sup>2</sup>.

Os Acordos em Controle de Concentração – ACCs – são um instrumento essencial para a realização efetiva do controle dos atos. São documentos nos quais as empresas se comprometem a realizar ou abdicar de realizar determinados comportamentos. O texto original da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (lei 12529/11) tinha o artigo 92 o qual tratava especificamente dos ACCs. Segundo esse dispositivo, a Superintendência-Geral do CADE poderia negociar acordo com as empresas requerentes a fim de que fosse assegurado o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação<sup>3</sup>. Porém, o artigo 92 foi vetado, eliminado do texto final da lei 12.529/11, tendo em vista que, pelo argumento levantado na Mensagem 536 de novembro de 2011 da Presidência da República para o Presidente do Senado Federal, restringiria “a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para a atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”<sup>4</sup>. Outrossim, permanece existente o instituto do Acordo em Controle de Concentrações no sistema de

---

<sup>2</sup> CADE. Plano Estratégico 2013-2016 Versão 1.0. Brasília, jun. 2013, p. 7. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estrat%C3%A9gico%202013-2016%20-%20vers%C3%A3o%201%200.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2015.

<sup>3</sup> CORDOVIL, Leonardo [et al.]. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 215.

<sup>4</sup> CORDOVIL, Leonardo [et al.]. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

controle de estruturas, pois, além de previsto em outros dispositivos da própria lei do SBDC<sup>5</sup>, especificamente é regulado na Resolução Nº 1 de 29 de maio de 2012 do CADE, que aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE, no seu artigo 125.

Dito artigo da Resolução estabelece que o Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação (art. 125), e as propostas de ACC serão submetidas à aprovação pelo Tribunal (art. 125, §2º). Prescreve ainda que o Cade, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s) (art. 125, §6º). E que, aprovada a versão final do ACC pelo Plenário do Tribunal, a compromissária será intimada a comparecer ao Tribunal do Cade, perante o Presidente, para proceder à sua assinatura (art. 125, §7º).

Desde a entrada em vigor da lei 12.529/11, o primeiro caso julgado em que teve Acordo em Controle de Concentração, relatado pelo conselheiro Alessandro Octaviani, trata da aquisição da MACH pela Syniverse. por meio do qual ditas empresas se comprometeram com determinadas obrigações para afastar eventuais efeitos anticompetitivos da operação.

Eros Grau já mencionou que “o sistema antitruste coloca à disposição das autoridades instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação, ao invés de apenas aplicar sanções”<sup>6</sup>.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo, o Acordo em Controle de Concentração cabe nos casos em que seja necessário conduzir compromissos a fim de realizar atos de concentração que:

[...] promovam a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, bem como aqueles cujos benefícios não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência e, ainda, compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

---

<sup>5</sup> Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; [...] Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. [...] § 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. Revista do IBRAC. V. 9, n. 3, 2002, p. 390.

Para Paula Forgioni, desta maneira:

O administrado assume, perante a Administração, a obrigação de amoldar a prática às condições impostas para a sua aprovação. As vantagens de ambas as partes são evidentes: o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações; a Administração aprova-o, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas.<sup>7</sup>

O Acordo em Controle de Concentração, dessa forma, veio como instrumento auxiliador da agência na vigilância e promoção da defesa da concorrência.

## **2. Breve panorama dos casos**

No final de 2014, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – aprovou a venda pela empresa Vale Fertilizantes S.A. de 44,25% do capital da Fosbrasil para a ICL Brasil, tendo condicionado a operação ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentração.

Logo no começo de 2015, o CADE aprovou a fusão denominada ALL-RUMO mediante a incorporação de ações da empresa ALL pela Rumo, onde, para evitar que a Cosan, dona da Rumo, controlasse a ferrovia da ALL e impedisse o uso da estrada de ferro por concorrentes elevando os preços de frete, foram acordados diversos remédios comportamentais também em sede de Acordo em Controle de Concentração.

Esses dois processos julgados recentemente no CADE tem em comum, nos respectivos Acordos em Controle de Concentração, o inédito compromisso de uma solução arbitral para determinados casos de descumprimento do compromissado nos Acordos.

Como informam os jornalistas Iuri Dantas e Bárbara Pombo, o presidente do Conselho, Vinicius Marques de Carvalho, explicou que “o Cade tem procurado mecanismos mais eficientes para o cumprimento material de suas decisões”<sup>8</sup>, e que o órgão aposta na arbitragem “como meio alternativo de soluções de conflitos, como uma possibilidade de reduzir custos de monitoramento de decisões do colegiado”<sup>9</sup>.

Nem na lei 12.529/11 – que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e nem na lei 9.307/96 – que dispõe sobre a arbitragem – há previsão expressa de utilização desse instrumento pelo CADE. Porém, nada há, a nosso ver, que impeça a agência de defesa da

---

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 426.

<sup>8</sup> DANTAS, I.; POMBO, B. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Mar. 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 31 ago. 2015.

<sup>9</sup> DANTAS, I.; POMBO, B. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Mar. 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 31 ago. 2015.

concorrência de dispor da arbitragem para auxiliar no acompanhamento do cumprimento efetivo dos ACCs, especialmente da forma com que até o momento nos dois casos acima fora introduzido e inaugurado. Dizemos isso até porque entendemos que se trata de arbitragem em seu sentido estrito, condicionada pela existência do contraditório, garantindo celeridade e eficiência no processo decisório.

Primeiramente, cabe expor brevemente os termos em que o instrumento da arbitragem se encontra contemplado em ambos os Acordos em Controle de Concentração acima referidos.

## **2.1. Caso Fosbrasil e ICL Brasil**

No primeiro caso, temos que a ICL Brasil adquiriu 44,25% do controle que a Vale Fertilizantes S.A. detinha sobre a Fosbrasil, chegando a ICL Brasil a controlar o total 88,5% desta empresa.

A Fosbrasil é a principal fornecedora de Ácido Fosfórico de Grau Alimentício – PPA, utilizado para a produção de sais de fosfato, matéria prima utilizada em indústrias de mercados variados, inclusive alimentícios e de higiene. A ICL, por sua vez, é a principal empresa atuante no mercado de sais de fosfato no Brasil, ou seja, utiliza o produto fabricado pela Fosbrasil como matéria prima.

Tendo em vista essa estreita relação entre as duas empresas, a Superintendencia-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica temia que as demais empresas concorrentes pudessem ser prejudicadas ou até discriminadas do negócio, o qual poderia se concentrar somente entre a ICL e a Fosbrasil, ressaltando, assim, a potencialidade anticompetitiva da aquisição em análise.

O ato de concentração em questão, assim, foi impugnado pela Superintendencia perante o Tribunal do CADE, sendo que este, apesar de aprovar o ato, condicionou-o atrelando as referidas empresas a diversos compromissos de índole comportamental. Entre estes compromissos, está previsto o processo arbitral para o caso em que houver “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”<sup>10</sup>, e em que a possível recusa for alegada pelo produtor independente como ausente

---

<sup>10</sup> CADE. Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. REQ: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A.

de justificativa objetiva. A Fosbrasil, antes da decisão do CADE em relação à instauração ou não do processo arbitral, tem o direito de manifestar-se sobre dita alegação de recusa.

Assim, se instaurado o processo de arbitragem, após a exarcação da opinião dos árbitros o CADE se manifestará através de decisão devidamente fundamentada. Os custos dos árbitros, por sua vez, em princípio, serão todos pagos pela ICL Brasil (adquirente da Fosbrasil), exceto se for constatado que a reclamação do produtor foi de má-fé e/ou baseada em informações falsas ou enganosas – constatação essa sobre a qual a palavra final quem detém é o CADE, não os árbitros –, caso em que é o produtor quem deverá arcar com os custos mediante o reembolso do valor à ICL Brasil. Ademais, importante salientar que o produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício que protocolou a reclamação deve concordar expressamente em se vincular a esses requisitos aqui indicados para a devida submissão ao procedimento de arbitragem. Esse procedimento, aliás, como foi apontado pela Conselheira então Relatora Ana Frazão em seu voto,

Ao mesmo tempo em que assegura maior flexibilidade ao ACC, especialmente diante da impossibilidade de prever todas as situações em que a recusa do fornecimento do PPA pelas requerentes poderia ser considerada legítima, o recurso à arbitragem também reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo CADE, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro, cuja escolha deverá ser aprovada pelo CADE.<sup>11</sup>

Delega o CADE, assim, ao procedimento arbitral, a função de avaliação e de diálogo sobre questões de cunho pragmático, que ensejariam um acompanhamento permanente e por isso relevantemente custoso da agência sobre casos e situações que podem muito bem ser, pelo menos numa primeira instância, dirimidos pelo contraditório entre as próprias partes e pela decisão do árbitro, terceiro escolhido.

## **2.2. Caso ALL Rumo**

Já o segundo caso é relativo a ato de concentração que consiste na incorporação de ações da empresa ALL pela Rumo, operação essa em que a ALL passaria a ser subsidiária integral da Rumo e a empresa Cosan, uma das acionistas da Rumo, seria promovida à maior acionista indireta da ALL. A ALL é a maior operadora ferroviária do Brasil e a Rumo, do grupo Cosan, atua no mercado de serviços de logística multimodal para exportação de açúcar.

---

<sup>11</sup> CADE. Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. REQ: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A.

Uma das grandes preocupações da Superintendência-Geral do CADE exposta em seu parecer era de que a nova companhia priorizasse o atendimento de determinados clientes em prejuízo de outros, privilegiando cargas destinadas ao terminal da empresa Rumo em detrimento de outros. Além do mais, o monitoramento desse tipo de conduta é de enorme dificuldade, tanto pelo usuário quanto pela autoridade antitruste, tendo em vista a assimetria de informação envolvida<sup>12</sup>. Neste sentido, a Superintendência recomendou ao Tribunal do CADE a impugnação da operação.

O Tribunal, por sua vez, aprovou o ato de concentração em questão mediante um Acordo em Controle de Concentração, documento em que consta, entre outras condutas exigidas, um item denominado Solução Arbitral, no qual estabelece que, “sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT [Agência Nacional de Transportes Terrestres], caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor”<sup>13</sup>. O Supervisor de que fala o ACCs é um cargo responsável na NOVA COMPANHIA por assegurar a isonomia na prestação dos serviços pela empresa. É indicado pelo Comitê de Auditoria e ratificado pelo Conselho de Administração da empresa, sendo que, dentre outras competências, é responsável por receber as reclamações de Usuários dos serviços por ela prestados.

Qualquer prática discriminatória que for alegada por um usuário, deve ser respondida pelo Supervisor de forma fundamentada em até quinze dias úteis. Porém, caso o usuário entenda a resposta como insatisfatória, pode iniciar procedimento arbitral privado que, satisfeitas essas condições anteriores, será acatado pela empresa.

Neste procedimento arbitral, que não poderá ter duração maior do que seis meses, os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela ALL Rumo caso a decisão arbitral ateste discriminação. Conforme dita o ACCs:

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.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> CADE. Ato de Concentração 08100.00511912014-65. REQ: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A. e América Latina Logística S.A.

<sup>13</sup> CADE. Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.

<sup>14</sup> CADE. Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.



Além disso, as decisões arbitrais serão fornecidas ao CADE em relatório de auditoria conforme indicado no próprio Acordo, sendo que o CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões; ademais, também não se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.<sup>15</sup>

### **3. Os acordos em controle de concentrações e a arbitragem**

Valer-se da arbitragem para dirimir os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, primeiramente, conforme consta no artigo 1º da Lei 9.307/1996, é uma *faculdade* das partes, ou seja, não é obrigatória, vigorando o princípio da autonomia da vontade. Para Cretella Júnior, assim, a arbitragem é instituto “mediante o qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar e cumprir a decisão proferida”<sup>16</sup>. Para Irineu Strenger, por sua vez, a arbitragem pode ser definida como “o sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação”<sup>17</sup>.

Sendo assim, para Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio 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 eficácia de sentença judicial.<sup>18</sup>

É, também, o processo voluntário em que é delegado, pelas pessoas em conflito, poderes a um terceiro, normalmente especializado na matéria e dotado de imparcialidade para tomar uma decisão atinente ao litígio. Vale definir a arbitragem, também, nos moldes de Roberto Portugal Bacellar, ou seja:

[...] como a convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas. Para que se instaure a arbitragem, é essencial o consentimento das partes: enquanto o juiz retira seu poder da vontade da lei, o árbitro só o conquista pela submissão da vontade das partes.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> CADE. Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.

<sup>16</sup> CRETELLA NETO, José. Comentários à lei brasileira de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 30

<sup>17</sup> CRETELLA NETO, José. Comentários à lei brasileira de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 30

<sup>18</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

<sup>19</sup> BACELLAR, Roberto P. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122, 123.

Vale observar, assim, que, conforme os conceitos acima extraídos, realmente a arbitragem é de natureza tal que é possibilitada de ser prevista em um Acordo em Controle de Concentração, pelo menos nos moldes em que fora realizado nos casos acima expostos. Isso porque o ACC não é uma imposição do Conselho à(s) empresa(s), mas sim se define por um Acordo entre as partes a fim de se evitar uma decisão da agência antitruste que poderia porventura ser contrária aos anseios dos interessados.

Esse Acordo fixado entre o CADE e a empresa sobre a qual recai o respectivo processo administrativo tem todas as características de um contrato *lato sensu*. Como salienta Clovis Bevilacqua exarando conceito clássico de contrato, este é, acima de tudo, um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”<sup>20</sup>.

O negócio jurídico bilateral se forma de manifestações de vontade distintas, porém coincidentes sobre o mesmo objeto. Consoante Marcos Bernardes de Mello, “forma-se o negócio jurídico bilateral no momento em que os figurantes materializam o acordo. Em geral, há uma oferta (= proposta) e uma aceitação, negócios jurídicos unilaterais que se soldam pelo consenso”<sup>21</sup>.

Além do que, conforme Emílio Betti (1969, p. 334), os contratos têm sempre uma causa ou função econômica:

Quem promete, dispõe, renuncia, aceita, não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um acto que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesses que entram em contacto na vida social: obter um valor correspondente, trocar um bem ou serviço por outro, abrir crédito, doar, cumprir uma obrigação precedente, desinteressar-se de uma pretensão, transigir num processo, etc. [...] – uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objectivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder.<sup>22</sup>

Para Maria Helena Diniz, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> BEVILAGUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934, p. 245.

<sup>21</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 198

<sup>22</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 334.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

O ACC, portanto, não é uma imposição unilateral, mas sim um compromisso contratual já que a(s) empresa(s) podem se negar em ratificá-los, o que levaria o CADE a dar continuidade a decidir sobre o respectivo processo administrativo. Além do que, conforme prescrito na Resolução CADE nº 1 de 2012, a propositura de ACC é inicialmente da(s) empresa(s), e não da agência reguladora (art. 125, *caput*), sendo negociado posteriormente na Superintendência-Geral do Conselho.

O ACC, assim é um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), no qual estabelece-se, para o que importa à nós no momento, o direito do CADE em demandar a arbitragem e o dever da empresa em com ela se comprometer.

Ainda assim, o Conselho teve a cautela de salientar nos Acordos que a segunda empresa, qual seja, aquela que pretende a reclamação, aceite expressamente que dita reclamação seja balizada por procedimento arbitral.

A convenção de arbitragem, portanto, nestes casos, é firmada através de cláusula compromissória, tendo vista ser prévia em face de litígios futuros que podem ou não chegar a se materializar. Conforme Bacellar:

Cláusula compromissória define-se como a convenção por meio da qual as partes comprometem-se, por escrito, a submeter à arbitragem os litígios, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, que possam vir a surgir, relativamente a um contrato. Destaca-se a autonomia da cláusula compromissória válida em relação ao contrato em que está inserida. Uma vez existente cláusula compromissória válida, isso implicará em afastamento do Poder Judiciário (efeito negativo) e firmará a competência arbitral (efeito positivo)<sup>24</sup>

Além do mais, as partes do Acordo em Controle de Concentração – Conselho e empresa – serviram-se no negócio firmado de estabelecer o processo de escolha dos árbitros, em que no caso da Fosbrasil decidiu-se que o árbitro será apontado pela empresa e referendado pelo CADE; e, no caso da Rumo e ALL, cabendo a cada uma das partes da reclamação a escolha de um árbitro, sendo que o terceiro – Presidente do Tribunal Arbitral – será escolhido pelos dois anteriores, ou, no caso em que só for necessário um único árbitro, este será escolhido em comum acordo pelas partes. Está, assim, absolutamente de acordo com a Lei 9.307/96 (art. 13, § 3º).

Uma questão que pode surgir sobre a natureza de arbitragem propriamente dita, conforme expressa nos ACCs suprarreferidos, diz respeito à submissão da “opinião” do(s) árbitro(s) ao CADE, o qual exará a decisão final sobre o caso. E isso principalmente porque o artigo 18 da lei de arbitragem (9.307/96) prescreve que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a

---

<sup>24</sup> BACELLAR, Roberto P. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, e ainda o artigo 31 da mesma lei, que diz que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

A decisão do árbitro, portanto, sendo este equiparado ao juiz de direito, é equivalente à sentença exarada pelo Poder Judiciário, constituindo-se em título executivo, em princípio não somente quando condenatória, apesar dos dizeres da lei de arbitragem (lei 9.307/96, art. 31), já que o novo Código de Processo Civil, conforme a lei 13.105/2015 em seu artigo 515, VII, estabeleceu que a sentença arbitral, sem condicionar qualquer exceção, é título executivo judicial.

Dessa forma, será que colocar dita decisão enquanto opinião e submetê-la ao Conselho que, por fim, emitirá decisão de cunho administrativo, não contraria a lei de arbitragem e não expõe a sua natureza como diversa daquela legalmente estabelecida do compromisso arbitral?

Vale salientar alguns pontos: uma das diferenças nesse aspecto entre os ACCs do caso Fosbrasil e do caso Rumo é que somente nesse segundo o CADE se posicionou expressamente no sentido de que a agência não se vincula à deliberação arbitral para a formação de suas decisões e que, além do mais, não se obriga a tomar providências em face de cada decisão arbitral prolatada. No primeiro caso, qual seja, o da Fosbrasil, foi somente expresso que a opinião do(s) árbitro(s) será submetida ao CADE para que esse tome decisão fundamentada.

A sentença exarada pelo(s) árbitro(s) não será uma sentença condenatória, mas sim de cunho meramente declaratório, tendo em vista que o processo de arbitragem, neste caso, conforme salientado no Acordo em Controle de Concentração, visa “determinar se houve 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”, ou seja, não condena o réu à prestação de uma obrigação e também não cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, mas simplesmente presta-se a declarar a existência ou inexistência deduzida desta. Declaratória será também a decisão arbitral no caso da Rumo, já que dita decisão deve somente constatar se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória.

Neste sentido, apesar de, como já dito, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 515, VII, estabelecer que a sentença arbitral, sem condicionar qualquer exceção, é título executivo judicial, uma das questões que isso envolve é a de que forma poderia o Poder Judiciário emitir decisão em face da conversão de uma sentença declaratória deste porte em

título executivo judicial, já que a sentença arbitral nos casos aqui referidos não comportarão qualquer mandamento de obrigatoriedade (fazer, não fazer, dar), mas simplesmente restringir-se-ão à mera declaração sobre a existência ou não de uma deduzida relação jurídica, cuja prescrição comportamental será determinada mediante a decisão do Conselho na forma de ato administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça já declarou que sentença não condenatória pode ter força executiva, mas tal somente ocorre se reconhecer direito líquido, certo e exigível<sup>25</sup>, o que não é o caso da sentença a ser prolatada pelo(s) árbitro(s) conforme determinado no ACC em questão.

Outrossim, quando partimos do pressuposto legal de que a decisão (ou opinião) arbitral é equivalente à sentença judicial, só nos resta concluir que a decisão fundamentada a ser tomada pelo CADE, tudo indica, será um ato que, apesar de dotado de certa discricionariedade quanto aos seus efeitos, deve ser motivado (no caso, normativamente pela sentença arbitral) e, como qualquer ato da administração pública, tem a causa como preceito lógico de validade, ou seja, os motivos devem guardar congruência, pertinência com o ato a ser praticado<sup>26</sup>. A decisão do Conselho, portanto, será da ordem de um despacho que deve necessariamente ser fundamentado e que, assim sendo, evidentemente vincula seus destinatários. Desta forma, caminha-se nos termos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto<sup>27</sup> (grifo do autor).*

Entendemos, por isso, que o CADE se vincula à deliberação arbitral para a formação de suas decisões somente a partir do momento em que dita deliberação se restringe ao exame sobre a relação jurídica na matéria previamente delimitada pelos Acordos em Controle de Concentração, cuja decisão será meramente declaratória. Assim, por ser discricionário o ato a ser exarado pelo Conselho, este, enquanto Administração, “terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das prevista na norma legal”<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> BRASIL. Recurso Especial 1.481.117 - PR (2011/0241671-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha. STJ.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antonio B. Curso de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 374.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antonio B. Curso de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 400.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 125.

Dessa forma, quando o CADE estabelece no Acordo não se vincular à deliberação arbitral, devemos entender que a agência de defesa da concorrência está se eximindo da obrigação de tomada de um sentido específico de decisão, estando livre para julgar e estabelecer as medidas cabíveis, porém, claro, sempre fundamentada e levando em consideração a decisão do(s) árbitro(s) no *constructo* hermenêutico, além das normas exaradas da lei 12.529/11 e demais normas inclusive constitucionais. Sendo assim, cabem os dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito.<sup>29</sup>

Sendo a arbitragem um procedimento eficiente, tem adquirido crescente importância no rol dos meios de resolução dos litígios; uma vez que possibilita solução mais rápida e adequada aos conflitos, percebe-se que a arbitragem com suas várias peculiaridades, tais como a celeridade e o conhecimento específico dos árbitros, representam benefícios à Administração Pública na defesa do interesse público. A esse respeito, não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. Nesse passo, de acordo com Bacellar,

[...] a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.<sup>30</sup>

#### **4. Obrigação de manifestação do CADE sobre a decisão arbitral**

Por outro lado, questão que também pode ensejar debate diz respeito à afirmação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no ACC no caso da Rumo onde expressa que a agência não se “obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”.

Essa assertiva não encontra qualquer oportunidade de discussão se no momento da decisão arbitral claramente não se identifica qualquer infração à defesa da concorrência. Isso

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 173.

<sup>30</sup> BACELLAR, Roberto P. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

porque, nesses casos, o CADE não estaria obrigado a se pronunciar, já que só o está obrigado a fazer, de ofício ou mediante provocação de terceiros, se a denúncia for fundamentada. Senso assim, se for clara, no processo e na decisão arbitral, a ausência de fundamentação para instauração de inquérito administrativo, não há a necessidade de manifestação do Conselho.

Outrossim, pode ser considerada como uma forma de silêncio Administrativo, que representa uma inatividade formal da Administração Pública, se o CADE se encontra diante de uma suposta necessidade de se manifestar por hipotética infração à defesa da concorrência consoante termos do processo arbitral e sua decisão correlata e, mesmo assim, não o faz. Ou seja, incorrendo, no caso, em não observação do dever de atender/responder aos requerimentos dos administrados (art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da CF/88)

Vale referir-se, portanto, à lição de André Saddy em relação ao silêncio administrativo:

[...] para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais, as sentenças judiciais ou até mesmo a autonomia contratual, que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo à omissão, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendente a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados.<sup>31</sup>

Como já referido, não é função do(s) árbitro(s), consoante estabelecido nos ACCs, reclamar o chamamento do CADE a se manifestar, mas simplesmente em declarar a relação jurídica nos moldes expressos nos Acordos firmados. De outro lado, tomando conhecimento o Conselho de sentença arbitral – que, vale salientar, equivale à sentença judicial, - que apresente possíveis argumentos sobre suposta infração à ordem econômica, mais especificamente, infração nos termos do respectivo Acordo em Controle de Concentração, o CADE não pode se fazer inerte, tendo o dever de exarar despacho, ato administrativo, em que seja pronunciada decisão fundamentada. Ademais, é dever da Superintendência-Geral do CADE zelar pelo cumprimento da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “monitorando e acompanhando as práticas de mercado” (lei 12.529/11, art. 13, I).

Sendo assim, sobre a possibilidade do Conselho se manter inerte diante da sentença arbitral neste caso suprarreferido, aferimos que não está deixando de exarar uma manifestação de vontade, pelo contrário, como se encontra expressa no respectivo Acordo em Controle de Concentração a não obrigação em se manifestar ou em tomar providências a cada decisão arbitral prolatada, verifica-se que a não manifestação ou a ausência em tomada de providências,

---

<sup>31</sup> SADDY, André. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 36.

estando ciente o Conselho da sentença arbitral, caracteriza-se em silêncio qualificado, como bem define esta espécie Marçal Justen Filho:

O silêncio qualificado é aquele que permite inferir a vontade da Administração Pública em determinado sentido, a isso se somando a possibilidade de reconhecer a omissão como manifestação daquela vontade. O silêncio qualificado é um modo de exercitar a função administrativa.<sup>32</sup>

A vontade inferida do Conselho Administrativo de Defesa Econômica é, portanto, a de que a reclamação que deu origem à sentença arbitral não deve ser conhecida pela agência reguladora, ou porque, conforme já dissemos, não tem qualquer indício de infração à ordem econômica ou especificamente ao ACC em questão, ou porque, apesar do(s) indício(s), não representa, na opinião do CADE, qualquer real infração.

O que não impede, por outro lado, que a parte que se sinta lesada entre em litígio na esfera do Poder Judiciário.

Outrossim, nada também impede que a parte que se perceba lesada por suposta infração provoque o CADE, com base na sentença arbitral, a instaurar inquérito administrativo a fim de apurar os indícios apresentados.

Vale salientar, ainda, que o CADE expressamente já recorreu ao instituto do silêncio administrativo, mesmo sob a atual lei que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (12.529/11), quando, no Regimento Interno do CADE (Resolução 1, de 29 de maio de 2012), em seu art. 133, estabelece que “o descumprimento dos prazos previstos nos §§ 2.º e 9.º do art. 88 da Lei n.º 12.529, de 2011, implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica”. Esse é, na lição de Saddy, o denominado silêncio positivo próprio, o qual “ocorre sempre que houver a atribuição legal, judicial ou contratual que expressamente concede o que foi petitionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se”<sup>33</sup>.

Porém, verifica-se, ainda conforme a doutrina de Saddy, que o silêncio administrativo no presente caso, ou seja, em que o CADE não se pronuncia sobre a decisão advinda do procedimento arbitral, é silêncio negativo próprio. Sobre este tipo de silêncio, Saddy nos cede o seguinte exemplo:

[...] exemplo de silêncio negativo próprio é tratado na Lei Federal 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, conhecida como lei dos portos e que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. O art. 5.º desta lei estabelece que o interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80, 81.



dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do porto a abertura da respectiva licitação. Em caso de indeferimento, cabe recurso, no prazo de 15 dias, ao Conselho de Autoridade Portuária e, sendo mantido o indeferimento, cabe outro recurso, no mesmo prazo, ao ministério competente. Todavia, caso o requerimento ou recurso não venha a ser decidido nos prazos de 30 dias e 60 dias, respectivamente, fica facultado ao interessado, a qualquer tempo, considerá-lo indeferido para fins de apresentação do recurso mencionado.<sup>34</sup>

Assim sendo, entendemos ser esse tipo de silêncio já que é “provido de atribuição legal, judicial ou contratual, que expressamente denega o peticionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se”<sup>35</sup>, tendo em vista ser uma negativa à demanda inicialmente realizada pela empresa que se sentiu prejudicada por suposta infração ao respectivo Acordo em Controle de Concentração.

## **5. Conclusão**

Verifica-se, portanto, que a arbitragem enquanto instrumento no âmbito do Acordo em Controle de Concentrações, conforme utilizado até o momento, se demonstrou teoricamente legítima e capaz de trazer benefícios em torno da eficiência do acompanhamento da observância das empresas aos compromissos firmados, além de trazer ao CADE, no momento da decisão sobre uma possível não observância daqueles, uma decisão técnica fundamentada que certamente auxiliará na construção da decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A ausência de previsão legal sobre a utilização da arbitragem pelo CADE não se mostra, enfim, nenhum obstáculo, já que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional o impede de fazê-lo; em nosso ver, pelo contrário, tendo em vista beneficiar a fiscalização da agência de defesa da concorrência sobre atos supostamente infracionais à normativa da lei 12.529/11.

## **6. Referências Bibliográficas**

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

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

---

<sup>34</sup> SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 88.

<sup>35</sup> SADDY, André. *Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 20, out./nov./dez. 2009, Salvador, Bahia, p. 7.

BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

CADE. Plano Estratégico 2013-2016 Versão 1.0. Brasília, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estrat%C3%A9gico%202013-2016%20-%20vers%C3%A3o%201%200.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei. São Paulo: Malheiros, 1998.

CORDOVIL, Leonardo [et al.]. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei brasileira de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

DANTAS, I.; POMBO, B. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Mar. 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 31 ago. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antonio B. Curso de direito administrativo. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 20, out./nov./dez. 2009, Salvador, Bahia.

\_\_\_\_. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.