

8

A ARBITRAGEM NO CONTROLE DE ESTRUTURAS COMO MECANISMO DE REFORÇO AO MONITORAMENTO DO CADE: CABIMENTO E VINCULAÇÃO DA AUTARQUIA ²

Arbitration in the merger control as a mechanism to reinforce CADE's monitoring: appropriateness and federal independent agency binding

Mariana Hofmann Fuckner³

Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Paraná/PR, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Desde 2014, o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) tem se utilizado de procedimento denominado arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento do cumprimento das condições assumidas pelas compromissárias em acordos em controle de concentração para a aprovação da operação.

Objetivo: O presente estudo busca analisar as características dos procedimentos arbitrais estabelecidos nos acordos em controle de concentração no âmbito do controle estrutural realizado pelo Cade, principalmente quanto à previsão de não vinculação da autarquia às decisões proferidas pelo árbitro.

Método: O trabalho parte da análise dos acordos em que a arbitragem foi inserida como método de reforço do monitoramento para questionar a viabilidade de se optar pela inserção do procedimento arbitral previsto pela Lei nº 9.307/96, confrontando o conteúdo desses acordos com o entendimento doutrinário acerca da matéria.

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

Recebido em: 25/05/2022

Aceito em: 12/06/2022

Publicado em: 14/12/2022

² Agradeço o Prof. Dr. Eduardo Talamini, que orientou a minha iniciação científica sobre o tema, desenvolvida na Universidade Federal do Paraná em 2019, a qual deu origem ao presente artigo. A toda evidência, as impropriedades ou incorreções encontradas neste escrito são de responsabilidade exclusiva da Autora.

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR (DSA-UFPR). Integrante da Comissão de Recuperação Judicial e Falência e da Comissão de Direito Cooperativo da OAB/PR. Associada do Instituto Prof. Assis Gonçalves de Direito Empresarial e Cooperativo. Advogada no Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Curitiba, Paraná. **E-mail:** marianahf@agkn.com.br; **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5091369146228042>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-7232-7614>.

Conclusões: Os resultados apontam que a decisão acerca do cumprimento das condições assumidas nos acordos deve ser tomada no exercício da atividade administrativa pelo Cade, com fulcro no poder de polícia concorrencial indelegável que lhe foi concedido por Lei. A existência de incompatibilidades entre o exercício da atividade administrativa e a natureza jurisdicional da arbitragem também contribui para a inadequação da previsão da arbitragem da Lei nº. 9.307/96 como mecanismo de reforço ao monitoramento exercido pelo Cade.

Palavras-Chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Controle de estruturas. Acordo em controle de concentração. Fiscalização. Arbitragem.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Since 2014, the Administrative Council for Economic Defense (CADE) has used a procedure called arbitration as a mechanism to reinforce the monitoring of compliance with the conditions assumed by the compromisers in concentration control agreements for the approval of the operation.

Objective: The paper aims to analyze the characteristics of the arbitration procedures established in the concentration control agreements within the scope of the merger control carried out by Administrative Council for Economic Defense (CADE), mainly regarding the provision of non-binding of the federal independent agency to the decisions rendered by the arbitrator.

Method: The study starts from the analysis of the agreements in which arbitration was inserted as a method of reinforce monitoring and questions the feasibility of opting for the insertion of the Federal Law n. 9.307/96 arbitration procedure, comparing the content of these agreements with the doctrinal understanding of the matter.

Conclusions: The results indicate that the decision on compliance with the conditions assumed in the agreements must be taken in the exercise of administrative activity by CADE, based on the non-delegable law enforcement. The existence of incompatibilities between the exercise of administrative activity and the jurisdictional nature of arbitration also contributes to the inadequacy of the arbitration provision as a mechanism to reinforce the monitoring exercised by CADE.

KeyWords: Administrative Council for Economic Defense (CADE). Merge control. Concentrations control agreements. Supervision. Arbitration.

Sumário: 1. Introdução; 2. O controle de estruturas; 3. O acordo em controle de concentração; 4. O monitoramento realizado pela autarquia; 5. A arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento; 6. A experiência prática do Cade; 6.1. Caso ICL/Bromisa; 6.2. Caso ALL/Rumo; 6.3. Caso Dow/Dupont; 6.4. Caso Tam/Iberia/British Airways; 6.5. Caso Cetip/Bovespa; 6.6. Caso AT&T/Warner; 7. A previsão de arbitragem nos acordos em controle de concentração: exercício de poder decisório indelegável pelo Cade no âmbito de um processo administrativo; 7.1. A indelegabilidade do poder decisório pelo Cade; 7.2. A incompatibilidade entre a arbitragem da Lei nº. 9.307/96 e a atividade administrativa; 8. Conclusões; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO



O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, na qualidade de autarquia competente para decidir sobre as operações de concentração enquadradas nos critérios previstos no art. 88 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011), pode, em colaboração com as empresas interessadas, celebrar acordos em controle de concentração, por meio dos quais são estabelecidas condicionantes cujo cumprimento é essencial para a aprovação do ato de concentração.

Em razão das dificuldades atinentes ao monitoramento da efetivação das condições estabelecidas, o Cade encontrou na arbitragem um mecanismo de reforço à fiscalização da autarquia no que tange ao cumprimento (ou não) dos termos assumidos pelas compromissárias nos acordos em controle de concentração.

Num primeiro momento (de 2014 a 2017), os três acordos em controle de concentração que inauguraram a chamada arbitragem como mecanismo de fiscalização da efetivação dos compromissos previram um procedimento sem natureza de jurisdição, de caráter consultivo, como ato de apoio à decisão do Cade.

A partir do caso Cetip/Bovespa, aprovado em 2017, a arbitragem ganhou efetivamente os contornos da Lei nº. 9.307/96 (BRASIL, 1996), pois a decisão proferida pelo tribunal arbitral ou pelo árbitro passou a ser irrecorrível e vinculante às partes, ao mesmo tempo em que se adotou o modelo de arbitragem institucional. O cenário, então, passa a ser o de um procedimento de natureza jurisdicional no escopo do exercício da atividade administrativa do Cade.

Não obstante a alteração das características do procedimento chamado de arbitral, fora mantida a previsão, em todos os acordos analisados, de não vinculação da autarquia ao conteúdo da decisão arbitral.

Contudo, como se verá, a decisão acerca da atuação discriminatória das compromissárias em prejuízo de concorrentes, transferida para o tribunal arbitral por meio de cláusulas inseridas no acordo que prevê como remédio comportamental a vedação de práticas anticompetitivas, decorre do exercício da atividade administrativa que tem como origem o poder de polícia concorrencial atribuído, por Lei, ao Cade – que não pode delegá-lo.

Sendo esse o cenário, aliado às incompatibilidades procedimentais existentes entre arbitragem de natureza jurisdicional e a atividade administrativa, questiona-se se é cabível a previsão do procedimento arbitral no âmbito dos acordos em controle de concentração, especialmente com as características que lhe são conferidas pela Lei nº. 9.307/96 (BRASIL, 1996). Ao final, pretende-se demonstrar que, como é do Cade a competência para decisão sobre o cumprimento dos termos do acordo, não há que se falar em vinculação ou desvinculação da autarquia ao pronunciamento arbitral, mas sim de exercício do poder decisório pelo próprio CADE, a quem incumbe, de forma indelegável, a deliberação sobre o cumprimento ou não dos termos do acordo pelas empresas em concentração.

2. O CONTROLE DE ESTRUTURAS

O controle de estruturas define-se como a atuação preventiva do Cade com a finalidade de proteger o mercado e os consumidores dos abusos que podem decorrer do ato de concentração realizado entre duas ou mais sociedades (HAJAR, 2018, p. 36).

A completa compreensão dos objetivos do controle de estruturas, por sua vez, exige que se dê um passo atrás para a análise do que a Lei nº. 12.529/11 entende como ato de concentração e quais as consequências que dele podem decorrer.

Define-se ato de concentração como “a operação por meio da qual dois ou mais agentes econômicos juntam seus patrimônios, podendo até unificar sua direção, com o intuito de racionalizar o emprego dos fatores de produção, reduzir custos e aumentar a produtividade” (VAZ, 2001, p. 303). A Lei nº. 12.529/11 optou por enumerar o que deve ser entendido como ato de concentração econômica no art. 90 (FORGIONI, 2016, p. 417).⁴

Nesse sentido, Forgioni (2016, p. 420) explica que as operações de concentração podem tender ao arrefecimento da concorrência entre os agentes econômicos, buscando atingir ou reforçar uma posição dominante no mercado – o que é prejudicial à ordem econômica. Mas não só: por meio do ato de concentração, é possível viabilizar economias de escala, com melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, como sistemas de distribuição (FORGIONI, 2016, p. 421). Essas operações detêm o condão, também, de permitir a entrada do agente comprador em um novo mercado, funcionar como meio de preservar as atividades e possibilitar ganhos ou economias tributárias (FORGIONI, 2016, p. 422).

Nota-se, dessa forma, que o processo de concentração não se encontra necessariamente associado à ocorrência de prejuízos e ao uso abusivo do poder econômico pelo agente (FRAZÃO, 2017, p. 111). Ao contrário, “é capaz de levar a maior grau de eficiência, propiciando inovação, desenvolvimento tecnológico e benefícios para os consumidores. A concentração de capitais pode aumentar economias de escala e propiciar o aproveitamento de sinergias em benefício da sociedade” (FORGIONI, 2016, p. 424).

Entretanto, utilizando-se o poder econômico de forma abusiva, a concentração de fato pode atentar contra o funcionamento normal dos mercados (FORGIONI, 2016, p. 426). O agente passa a se comportar com independência e indiferença em relação aos demais agentes econômicos (FORGIONI, 2016, p. 426), implicando a posição dominante na sujeição de mercados e de consumidores (FORGIONI, 2016, p. 271).

Não por outra razão, parte da doutrina entende a concentração como um efeito autodestrutivo do mercado, que é apto a ocasionar crises no sistema econômico (FORGIONI, 2016, p. 414). Diante desse possível cenário, ao órgão de defesa da concorrência cabe analisar a eficiência e os prejuízos decorrentes da operação de concentração (SILVEIRA, 2021, p. 9) previamente à sua conclusão (CASTRO, 2014, p. 171).

Nesse sentido, Salomão Filho (2002, p. 359) destaca que a existência de um controle estrutural decorre da preferência por uma atuação preventiva em comparação à atuação sancionatória, principalmente diante da possível derivação de importantes efeitos macroeconômicos. Assim, realizada a análise da operação pelo Cade, a concentração pode ser autorizada, desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos em termos de concorrência (FORGIONI, 2016, p. 438).

4 Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture (BRASIL, 2011).

O procedimento de concentração, para ser submetido à análise do Cade, deve preencher alguns requisitos cumulativos, constantes no art. 88 e 90 da Lei nº. 12.529/11,⁵ exigindo-se também a notificação prévia da autarquia (HAJAR, 2018, p. 37), sendo que a concentração não pode ser consumada antes da sua apreciação (FORGIONI, 2016, p. 440).

3. O ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO

No contexto do controle estrutural, destinado à análise prévia do ato de concentração, situa-se o acordo em controle de concentração, mecanismo que pode ser celebrado entre o Cade e as partes para viabilizar a aprovação da operação econômica (FORGIONI, 2016, p. 422).

No exame da concentração econômica, o Cade pode decidir por aprovar, reprovar ou aprovar com restrições determinada operação. Nesse último caso, são estabelecidas condições para a aprovação, mediante a utilização de cláusulas que possibilitam a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (FORGIONI, 2016, p. 422). Tais condições podem ser fixadas unilateralmente ou de modo pró-consensual, por meio da celebração de acordos entre o Cade e a empresa em concentração (MARRARA, 2020, p. 200).

A vantagem da estipulação consensual de condições reside no fato de que o agente econômico detém expertise única acerca de sua dinâmica de funcionamento (MARRARA, 2020, p. 201). Sendo assim, a participação do requerente da concentração garante a qualidade, a eficiência e a efetividade do controle feito pela autarquia, que possui flexibilidade decisória para exercer “poderes restritivos dentro do controle de concentrações como técnica de prevenção de danos à concorrência em sentido difuso” (MARRARA, 2020, p. 201).

Portanto, o acordo em controle de concentração caracteriza-se como um instrumento mediante o qual são estabelecidas condicionantes à aprovação definitiva da operação pelo Cade, exigindo-se seu cumprimento para que seja autorizado o ato (MARRARA, 2020, p. 202).

Em síntese, a requerente assume, perante a administração, a obrigação de comportar-se nos estreitos limites das condições impostas para a aprovação do ato (FORGIONI, 2016, p. 442). À administração o acordo é vantajoso ao possibilitar que a concentração seja autorizada garantindo-se o atingimento de eficiências pretendidas (FORGIONI, 2016, p. 442), bem como evitando prejuízos à concorrência, aos consumidores e ao mercado como um todo.

4. O MONITORAMENTO REALIZADO PELA AUTARQUIA

Um dos pontos de maior preocupação associado à celebração dos acordos em controle de concentração reside na fiscalização do cumprimento das condições estipuladas, principalmente dos remédios comportamentais, cujos custos de monitoramento são mais elevados diante das dificuldades relacionadas à sua implementação (RIBEIRO; FELIPPE, 2021, p. 7).

5 Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, Forgioni explica que “a fiscalização do cumprimento desses compromissos por parte das autoridades antitruste tem se mostrado defeituosa, de forma que as empresas acabam desviando-se dos termos acordados” (FORGIONI, 2016, p. 443).

A legislação atribuiu à Superintendência Geral o poder de realizar esse monitoramento (art. 52 da Lei nº 12.529/11),⁶ sendo comum que a fiscalização seja efetivada, no âmbito do CADE, unicamente através da análise formal de relatórios apresentados pelas próprias empresas em concentração (VERÍSSIMO, 2017, p. 334). Esse contexto decorre, entre outros fatores, da reduzida estrutura da autoridade concorrencial em comparação à complexidade dos mercados sobre os quais se faz necessário o monitoramento (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

Em muitos casos, o modo de realização da fiscalização dos remédios antitruste aplicados sequer é mencionado nas decisões da autarquia, do que resulta a mitigação do enforcement desses pronunciamentos e a inviabilidade – ou dificuldade – de aplicação de remédios comportamentais (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

Tendo isso, em vista, o Cade “acaba limitando as possibilidades de imposição ou negociação de remédios, de modo que as autoridades optam frequentemente pelas medidas mais tradicionais” (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

A doutrina tem entendido, por outro lado, que há direito subjetivo de terceiros à fiscalização do acordo, o que significa que os cidadãos, tanto quanto o Ministério Público e as agências reguladoras, estão autorizados a contatar o Cade para informar o descumprimento dos termos pactuados (MARRARA, 2020, p. 206). É do interesse da coletividade, portanto, para além dos envolvidos na operação e do CADE, que as condições assumidas no acordo sejam cumpridas, a fim de garantir a produção de efeitos positivos decorrentes do ato de concentração.

A extensão a outros atores das atribuições de efetuar esse monitoramento pode representar um importante mecanismo para assegurar a preservação da concorrência, elevando a efetividade do instrumento pró-consensual celebrado entre a administração e as empresas em concentração (MARRARA, 2020, p. 206).

Sendo assim, diante da ineficiência da fiscalização realizada de forma exclusiva pela autoridade concorrencial, abre-se espaço para que sejam estipulados mecanismos outros que possam colaborar para o bom funcionamento desse sistema de controle prévio do CADE, em que a operação é autorizada desde que preenchidas as condições que possibilitem a sobreposição da eficiência da operação aos prejuízos dela decorrentes.

5. A ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE REFORÇO AO MONITORAMENTO

É dentro dessa lógica de procura de novos atores para reforçar o monitoramento originalmente incumbido ao Cade que se enquadra a arbitragem.

Nesse sentido, a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2012, p. 13) produziu relevante estudo acerca do crescimento da utilização da arbitragem como forma de reduzir os custos de monitoramento e de implementação dos remédios impostos para a aprovação

⁶ Art. 52. O cumprimento das decisões do Tribunal e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal (BRASIL, 2011).



dos atos de concentração.

No Brasil, a doutrina aponta que o Cade tem procurado se utilizar de mecanismos mais eficientes para garantir o cumprimento material de suas decisões, sendo a arbitragem justamente uma forma de reduzir os custos de monitoramento da autarquia (CAVALCANTI, 2015, p. 31) A autarquia já se manifestou sobre os benefícios da utilização da arbitragem, decorrentes do fato de 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” (BRASIL, 2014)

O socorro à arbitragem justificou-se num cenário de eventual ausência ou insuficiência da ação da autarquia (BRASIL, 2017c), relacionado à deficiência estrutural para realizar a integralidade do monitoramento dos termos dos acordos em controle de concentração.

6. A EXPERIÊNCIA PRÁTICA DO CADE

Os acordos em controle de concentração abaixo analisados, ao mesmo tempo em que estabelecem como remédio comportamental a adoção de medidas de não discriminação (RIBEIRO; FELIPPE, 2021, p. 7), autorizam que o concorrente atingido por práticas anticoncorrenciais acione o mecanismo chamado pelo Cade de arbitragem.

Nos três primeiros casos, o objeto da decisão “arbitral”⁷ era mais restrito, de forma a abarcar apenas a constatação objetiva de adoção ou não de conduta contrária à condição estabelecida no acordo. A partir do caso Cetip/Bovespa, a arbitragem passou a poder analisar qualquer aspecto atinente às condições de contratação entre os particulares.⁸

Ademais, dos julgados do Cade verifica-se que aqueles nomeados no procedimento dito arbitral têm exercido atribuições ora consultivas ora decisórias. Em alguns casos, são chamados a opinar ou a atestar o descumprimento de determinado remédio antitruste e, em outros, subordinam as empresas em concentração às suas decisões acerca da implementação dos termos do acordo (VERÍSSIMO, 2017, p. 335).

Independentemente da concordância com a terminologia utilizada para descrever o pronunciamento opinativo como sendo arbitragem, a análise tópica dos casos em que o Cade inseriu o procedimento chamado de arbitragem como mecanismo reforço de monitoramento serve à demonstração da evolução da estruturação do instituto pela autarquia, adequando-o, cada vez mais, ao procedimento arbitral previsto na Lei nº. 9.307/96 e, como consequência, inadequando-se, na mesma medida, à matéria de direito público sobre a qual se debruça.

6.1. Caso ICL/Bromisa

7 Aqui talvez seja relevante fazer uma distinção, que se tornará mais clara no final do estudo: o Cade qualifica como arbitragem o procedimento utilizado para fins de monitoramento dos compromissos assumidos nos acordos em controle de concentração desde o caso ICL/Bromisa, de 2014, até o caso AT&T/Warner, de 2018, embora o procedimento chamado de arbitral seja estruturado de maneira diferente nos os acordos em controle de concentração. Nos primeiros casos, não se trata de arbitragem propriamente dita, tendo, com o passar do tempo, aproximando-se o procedimento da arbitragem prevista na Lei nº 9.307/96.

8 Não obstante o objeto da decisão arbitral verse sobre a relação estabelecida entre particulares (empresas em concentração e concorrentes), como o que se pretende constatar é a ocorrência ou não de prática que contraria a condição imposta para aprovação da decisão, o pronunciamento do árbitro tem como conteúdo, em verdade, o cumprimento ou não da obrigação assumida pelas compromissárias perante o Cade, como se verá melhor a seguir.

A operação de concentração realizou-se mediante a constituição de uma *joint venture* entre a Fosfobrasil S/A, o Grupo Israel Corporation e o Grupo Vale, envolvendo o mercado de ácido fosfórico de grau alimentício. Representou a primeira experiência do Cade na utilização do procedimento denominado arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento da implementação das condições impostas à aprovação do ato de concentração (HAJAR, 2018, p. 24).

A operação foi aprovada, em 2014, com restrições, estipulando-se como remédio comportamental a obrigação da Fosfobrasil de oferecer contratos de fornecimento de longo prazo de ácido fosfórico aos produtores independentes de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil por um período de até oito anos (BRASIL, 2014).⁹ Para completar, o ACC consignou que o preço cobrado pela Fosfobrasil não poderia ser superior ao estipulado no acordo que, em suas cláusulas 2.1.2 a 2.1.4 (BRASIL, 2014), estabeleceu critérios de fixação do preço no primeiro trimestre e nos trimestres subsequentes, exigindo-se a observância das regras usuais de mercado e da boa-fé (BRASIL, 2014).¹⁰

Diante disso, a ICL Brasil comprometeu-se a fazer com que a Fosfobrasil não se recusasse a vender o PPA de grau alimentício para qualquer produtor independente de sais de fosfato localizado no Brasil, respeitando as condições não discriminatórias até então praticadas (BRASIL, 2014).¹¹ As condições não discriminatórias, por sua vez, foram definidas como aquelas negociadas conforme os parâmetros do mercado e da boa-fé, “não podendo o preço cobrado de um novo cliente ser superior ao preço máximo que a ICL Brasil pode oferecer aos clientes atuais na forma das condições descritas nas cláusulas 2.1.1. a 2.1.4” (BRASIL, 2014).¹²

Para o monitoramento das obrigações assumidas, previu-se um procedimento chamado de arbitragem, destinado a analisar a questão da recusa não justificada da Fosfobrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato localizado no Brasil (BRASIL, 2014).¹³

Posteriormente à manifestação da ICL Brasil, o Cade decidiria por instaurar ou não o processo de “arbitragem” para determinar se houve justificativa objetiva na recusa (BRASIL, 2014).¹⁴ Aberto

9 2.1. A ICL Brasil compromete-se a, em seguida à consumação da Operação, fazer com que a Fosfobrasil ofereça contratos de fornecimento de ao menos 1 (um) ano de duração e até 8 (oito) anos de duração, conforme o interesse do adquirente, para a venda de PPA de grau alimentício a todos os produtores independentes de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil comprado pelo menos 100 T/P2O5 de PPA de grau alimentício que tenham da Fosfobrasil considerando-se o volume médio anual de compra nos anos de 2012, 2013 e 2014.

10 2.1.1. O preço cobrado na venda de PPA de grau alimentício a produtores de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil será fixado livremente pelas partes contratantes, de acordo com a boa-fé e as condições usuais de mercado, não podendo ser superior ao valor resultante dos critérios definidos nas cláusulas 2.1.2 a 2.1.4 abaixo.

11 2.2 A ICL Brasil compromete-se a fazer com que a Fosfobrasil não se recuse a vender PPA de grau alimentício para qualquer (atual ou futuro) produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil, respeitando as mesmas condições não-discriminatórias atualmente praticadas, a menos que exista uma justificativa objetiva.

12 2.2.1. Serão consideradas condições não discriminatórias, nos termos da Cláusula 2.2, as negociações realizadas de acordo com as condições boa-fé, não podendo o preço cobrado de um novo cliente ser superior ao preço máximo que a ICL Brasil pode oferecer aos então clientes atuais na forma das condições descritas nas cláusulas 2.1.1 a 2.1.4.

13 3.6. No caso de uma alegada recusa pela Fosfobrasil 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.

14 3.6.1. A ICL Brasil deve ter a oportunidade de manifestar-se sobre qualquer alegada recusa sem justificativa objetiva, pela Fosfobrasil, de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que seja submetida ao Cade, previamente à decisão do Cade de instaurar ou não um processo de arbitragem para determinar se houve uma justificativa objetiva, e o Cade deve considerar os argumentos apresentados pela ICL Brasil.

o procedimento, aqueles nomeados no procedimento (chamados impropriamente de “árbitros”) emitiriam opinião, a ser submetida ao Cade para referendo e posterior decisão a respeito, limitada a determinar “se a Fosfobrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício no Brasil” (BRASIL, 2014).¹⁵

Contudo, com o nome de arbitragem, o Cade pareceu estipular, para esse ato de concentração, um mecanismo de controle privado de outra natureza. O caráter apenas opinativo do procedimento não se coaduna com o instituto da arbitragem. A atuação dos árbitros é caracterizada por um perfeito equivalente à jurisdição estatal cognitiva, cabendo ao tribunal atuar as normas incidentes no caso concreto (TALAMINI, 2015, p. 289), de forma que a decisão arbitral, desde quando é proferida, vincula as partes envolvidas, prescindindo inclusive de homologação judicial (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 118).

Tanto é assim que em procedimento arbitral não vinculante – que, em respeito à autonomia das partes, pode ser escolhido, ainda que implique a desnaturação da arbitragem de natureza jurisdicional –, a conclusão do tribunal arbitral não é sentença, caracterizando-se, em verdade, como laudo ou parecer contendo opinião acerca do possível deslinde da causa (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 74).

Poder-se-ia argumentar que às partes cabe, quando do seu interesse, restringir o poder dos árbitros, autorizando-os, por exemplo, a apurar somente um determinado fato (como nesse caso da ICL/Bromisa faz-se quanto à justificativa de recusa ao fornecimento do PPA) – o que é válido (CARMONA, 2009, p. 289). Contudo, mesmo nessas hipóteses, a decisão dos árbitros teria força vinculante no que tange às conclusões de fato por ele estabelecidas, o que se distingue do resultado de uma perícia ou parecer, que não vinculam o julgador (CARMONA, 2009, p. 289).

Assim, não seria possível atribuir a esse procedimento o nome de arbitragem, sem ressaltar a sua natureza não vinculante e não jurisdicional.

Existem consequências jurídicas de relevância para as partes, para o árbitro e para o Cade, na condição de administração pública indireta, em se considerar o referido procedimento como de arbitragem jurisdicional. A título exemplificativo, em se tratando de procedimento arbitral propriamente dito, a parte que recebeu a sentença arbitral favorável poderia buscar a sua execução perante o Poder Judiciário, ainda que o Cade decidisse em sentido contrário ao parecer, o que não parece possível no caso do procedimento adotado no ato de concentração ICL/Bromisa, pois esse não dispõe da natureza vinculante que é conferida à arbitragem pela Lei nº. 9.307/96 (BRASIL, 1996).

6.2. Caso ALL/Rumo

Esse ato de concentração consistiu na incorporação das ações da América Latina Logística S/A (ALL) pela Rumo Logística Operadora Multimodal S/A. O Cade identificou um possível problema consistente no fato de que a nova companhia, além de ser controlada por um *player* que se utiliza da ferrovia para transporte de carga própria (Rumo), passaria a deter o controle de toda a cadeia logística de exportação de grãos vegetais pelo Porto de Santos (BRASIL, 2015).

15 3.6.2. A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) – que será apontado pela ICL Brasil e referendado pelo Cade – será então submetida ao Cade para que esse tome uma decisão fundamentada. A opinião do(s) árbitro(s) será limitada a determinar se a Fosfobrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil.

Sendo assim, a nova companhia poderia negociar condições mais favoráveis às empresas de seu próprio grupo em detrimento de outros concorrentes dos diversos mercados afetados pela operação e dos usuários em geral, privilegiando sua própria carga em um cenário de oferta de serviço insuficiente, bem como desfavorecendo a carga de concorrentes para fortalecer sua posição de mercado (BRASIL, 2015). Como consequência, “a empresa teria evidente capacidade de adotar condutas que coloquem em desvantagem rivais atuantes nas mais diversas etapas dessa cadeia” (BRASIL, 2015).

Como condição de aprovação da operação, portanto, estabeleceu-se que a nova companhia deveria observar os parâmetros objetivos de precificação dos serviços prestados aos concorrentes,¹⁶ representados por um conjunto de variáveis objeto de relação fixa e pré-ordenada entre si (BRASIL, 2015).¹⁷

Ao mesmo tempo, exigiu-se que a nova companhia assegurasse aos usuários a contratação de transporte ferroviário, de forma isolada ou conjunta com outros serviços, por preços compatíveis com o tipo de contratação,¹⁸ cuja escolha deveria ficar a cargo do usuário (BRASIL, 2015).¹⁹

Quanto ao procedimento chamado de arbitragem, previu-se que, caso algum usuário se sentisse discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela nova companhia, deveria se reportar ao supervisor, indicando os fatos que lhe fazem sentir a discriminação (BRASIL, 2015).²⁰ Se o usuário entendesse que a resposta fornecida pelo supervisor foi insatisfatória, poderia acionar o procedimento “arbitral” privado (BRASIL, 2015),²² no qual apenas deve ser constatada “se a contratação de prestação de serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação do serviço com partes relacionadas” (BRASIL, 2015).²³

As decisões ditas arbitrais deveriam ser disponibilizadas ao Cade no relatório da auditoria

16 2.7. Sem prejuízo das disposições regulatórias, e de critérios mais vantajosos negociados pelos Usuários e já em curso, a NOVA COMPANHIA deverá observar parâmetros objetivos para a precificação dos serviços prestados aos Concorrentes.

17 2.8. Os parâmetros objetivos serão representados por um conjunto de variáveis que guardarão uma relação fixa e pré-ordenada entre si. § 1º. Fica resguardada a liberdade tarifária com base nos preceitos regulatórios aplicados à espécie. § 2º Os valores e a influência (o “peso”) de cada variável no preço final deverão ser aplicados aos Concorrentes de forma isonômica. § 3º Todos os contratos firmados devem permitir a decomposição dos preços praticados, com identificação das particularidades que justifiquem um tratamento diferenciado. §4º As particularidades descritas no §3º deverão ser quantificadas e qualificadas de forma a ser possível aferir a razoabilidade dessa diferenciação.

18 2.11. Sem prejuízo da observação do item 2.9, a NOVA COMPANHIA assegurará sempre aos Usuários a contratação de transporte ferroviário, de forma isolada ou conjunta a outros serviços, sempre por preços compatíveis com o tipo de contratação.

19 § 1º A escolha pelo tipo de contratação (isolada ou conjunta) ficará a critério do Usuário, não podendo haver precificação de um pacote de serviços logísticos em valor inferior ao preço de um serviço isolado que esteja nele incluído.

20 2.30. Sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT, caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação.

21 É de ressaltar que, em relação ao conteúdo do objeto submetido à “arbitragem”, alguns dos desentendimentos entre as empresas decorrentes do ato de concentração podem ser resolvidos pela mediação, importante meio de autocomposição capaz de dirimir controvérsias que envolvam negociação de soluções para empresas a fim de solucionar os seus próprios conflitos. Esse método não pode servir de sucedâneo à decisão do Cade em matéria de cumprimento de compromissos celebrados em acordos em controle de concentração, mas pode ser importante forma de resolução de problemas negociais surgidos entre as empresas.

22 2.32. Caso o Usuário entenda que a resposta apresentada pelo Supervisor é insatisfatória, o Usuário poderá iniciar procedimento arbitral privado.

23 § 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.

externa independente (BRASIL, 2015)²⁴ e a elas o Cade não se vincularia quando da formação de seu entendimento, bem como não estaria obrigado a se manifestar ou tomar providências a cada pronunciamento “arbitral” (BRASIL, 2015).²⁵

A própria autarquia reconheceu, em momento posterior, que, da mesma forma do verificado no caso da ICL/Bromisa, a dita arbitragem foi aqui prevista como um mecanismo de resolução de controvérsias que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste (BRASIL, 2015).

Diante disso, aplicam-se os mesmos comentários realizados no item anterior, reforçando a conclusão de que esse modelo de procedimento não se amolda a uma arbitragem de natureza jurisdicional e, portanto, a uma arbitragem propriamente dita.

Importante consignar que, sobre esse acordo em controle de concentração, a Procuradoria Federal Especializada do Cade foi acionada por terceiro acerca de um suposto descumprimento dos termos pactuados (VERÍSSIMO, 2017, p. 339). Nessa oportunidade, a autarquia manifestou-se estabelecendo um interessante liame entre as questões privadas existentes entre os concorrentes e a atuação do Cade, destacando que:

A autoridade antitruste a princípio não se ocupará de questões privadas entre concorrentes, atendo-se apenas aos termos do ACC quando da análise dos aspectos concorrencialmente sensíveis envolvidos na dinâmica do mercado pós celebração do acordo, sendo que apenas em caso de uma eventual circunstância que possa comprometer sua eficácia (de maneira concreta) e, como no caso, eventualmente atestada pelo juízo arbitral, passaria a agir (VERÍSSIMO, 2017, p. 339).

Assim, eventual manifestação da autarquia apenas decorreria da constatação de uma circunstância capaz de atentar contra a eficácia do acordo, previamente definida pelo que fora chamado de juízo arbitral.

6.3. Caso Dow/Dupont

A fusão entre a Dow Chemical Company e a E.I Du Pont de Nemours and Company exigiu das companhias envolvidas uma série de desinvestimentos de ativos relacionados ao negócio de sementes de milho (HAJAR, 2018, p. 59).

Entretanto, previu, como mecanismo de reforço do monitoramento, a figura de um trustee, terceiro imparcial incumbido do dever de supervisionar o cumprimento das condições e das obrigações contidas no acordo (VERÍSSIMO, 2017, p. 341).

Como não existiu previsão de arbitragem, esse caso dispensa maior interesse ao presente estudo.

6.4. Caso Tam/Iberia/British Airways

24 § 6º As decisões arbitrais serão fornecidas ao Cade no relatório de auditoria indicado no item “I” abaixo.

25 2.33. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.

ATAM e os grupos LATAM e IAG celebraram um acordo de negócio conjunto, também denominado de *joint business agreement*, envolvendo o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas entre Europa e América do Sul (VERÍSSIMO, 2017, p. 342).

Notou-se que a partir da efetivação do ato de concentração seria consideravelmente baixa a probabilidade de novas entradas nas rotas diretas de São Paulo a Londres e, caso acontecesse, dificilmente as ofertas seriam suficientes e tempestivas (BRASIL, 2017a).

Dado esse cenário, o ACC previu a obrigação de celebração de um SPA (*Special Prorate Agreement*), no qual o concorrente entrante teria direito a escolher algumas rotas a partir de Londres e outras a partir de Guarulhos, a fim de captar a capacidade de passageiros necessária para efetuar a viagem entre São Paulo e Londres (BRASIL, 2017a).

Assim, a pedido de um novo operador de serviços aéreos sem escala, a British Airways e a Latam deveriam celebrar um Acordo Especial Pro Rata (SPA) com essa companhia aérea para o tráfego de uma viagem que tenha origem/destino real na Europa e origem/destino real no Brasil (BRASIL, 2017a).²⁶ As taxas aplicadas a essas rotas deveriam ser pelo menos tão favoráveis quanto os termos acordados pela compromissária relevante (British Airways) no acordo especial existente com qualquer outra companhia aérea para a mesma rota de alimentação e na mesma classe tarifária (BRASIL, 2017a),²⁷ devendo também ser assegurados os tempos mínimos de conexão baseados na prática habitual no aeroporto e no terminal em questão (BRASIL, 2017a).²⁸

Se o operador de serviços aéreos entender que a classe tarifária oferecida pela compromissária relevante não obedece os termos do ACC e se as partes não conseguirem chegar a uma solução consensual, o operador de serviços aéreos solicitante poderia requerer que o Cade dê início a um procedimento também chamado arbitral (BRASIL, 2017a).²⁹

Antes da decisão sobre a instauração ou não do procedimento, a compromissária relevante teria direito a se manifestar. Munido das informações necessárias, ao Cade caberia a decisão acerca

26 III.1. A pedido de um Novo Operador de Serviços Aéreos Sem Escala, a British Airways e LATAM deverão entrar em um Acordo Especial Pro Rata (SPA) com tal companhia aérea (Operador de Serviços Aéreos Solicitante) para o tráfego com uma origem/destino real na Europa e uma origem/destino real no Brasil, desde que parte da viagem envolva o Par de Cidades Identificado no qual o Serviço Aéreo Competitivo Sem Escalas é oferecido. A pedido do Operador de Serviços Aéreos Solicitante, o Acordo Especial Pro Rata (SPA) deve se aplicar a todos os serviços aéreos do Operador de Serviços Aéreos Solicitante no Par de Cidades Identificado no qual o Serviço Aéreo Competitivo Sem Escalas é oferecido

27 III.5. Sujeito às disposições do restante desta Cláusula III, o Acordo Especial Pro Rata (SPA) deve: obedecer os termos (taxas aplicadas às rotas específicas do Acordo Especial Pro Rata (SPA) e taxas de serviço de interline, apenas) que são pelo menos tão favoráveis quanto os termos acordados pela Compromissária relevante nos termos de um acordo especial pro rata existente com qualquer outra companhia aérea para a mesma rota de alimentação (feed route) e na mesma classe tarifária (que não seja objeto de termos de codeshare contidos em acordos especiais pro rata já existentes ou quaisquer termos excluídos em virtude da Cláusula III.6). Para que não restem dúvidas, sujeito à Cláusula III.6, os termos do Acordo Especial Pro Rata (SPA) a ser celebrado pela British Airways com o Operador de Serviços Aéreos Solicitante em Londres Heathrow não deverão de nenhuma forma ser menos favoráveis que os acordados pela British Airways no âmbito dos acordos especiais pro rata firmados conforme a Decisão da Comissão Europeia de 14.07.2010 (Caso COMP/39.596) nem que o acordo especial pro rata que atualmente possui com a Avianca para a mesma rota de alimentação (feed route) e na mesma classe tarifária (excluídos quaisquer termos de codeshare). Se a Compromissária relevante não possuir uma tarifa equivalente com qualquer outra companhia aérea, a tarifa deve ser determinada de acordo com a Cláusula III.7.

28 c. assegurar tempos mínimos de conexão baseados na prática habitual no aeroporto e no terminal em questão, e que sejam razoáveis.

29 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.

do início da “arbitragem” (BRASIL, 2017a),³⁰ que possuiria objeto restrito à compatibilidade das classes tarifárias oferecidas pelas compromissárias aos operadores de serviços aéreos.

Instaurado o procedimento, um trustee, agindo como “árbitro”, emitiria sua decisão determinando para quais classes tarifárias deveria ser aplicado o Acordo Especial Pro Rata (SPA). Essa decisão seria submetida ao Cade (BRASIL, 2017a),³¹ que a ela não se vincularia para a formação de seu entendimento, e nem estaria obrigado a se manifestar ou a tomar providências a cada pronunciamento dito arbitral (BRASIL, 2017a).³² A conclusão do Acordo Especial Pro Rata (SPA) estaria sujeita à aprovação do Cade, aconselhado pelo trustee, especificamente quanto à verificação da razoabilidade de seus termos (BRASIL, 2017a).³³

6.5. Caso Cetip/Bovespa

O acordo em controle de contração celebrado quando da fusão da BM&F Bovespa e da Cetip Mercados Organizados representou alteração significativa nas características dos procedimentos ditos arbitrais até então adotados pelo Cade.

As compromissárias assumiram no acordo em controle de concentração o dever de garantir tratamento isonômico entre todos os participantes da central depositária, obrigando-se a detalhar os aumentos de quaisquer custos operacionais ou transacionais inerentes à mecânica da prestação de serviços da CSD em relação a valores mobiliários de renda variável (BRASIL, 2017b). Além disso, comprometeram-se a oferecer a prestação de serviços CSD em condições justas, transparentes e não discriminatórias, o que incluía os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura (BRASIL, 2017b).³⁴

Nessa oportunidade, pela primeira vez, o chamado tribunal arbitral (agora de maneira apropriada) passou a deter poderes amplos para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou ao escopo das regras de acesso à prestação de serviços CSD (Central Depositária de Ativos) (BRASIL, 2017b),³⁵ não limitando sua atuação a constatar a ocorrência de discriminação ou de violação dos termos do acordo pela empresa em concentração.³⁶

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

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

32 III.11.6. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.

33 III.12. A conclusão do Acordo Especial Pro Rata (SPA) estará sujeita à aprovação do Cade, aconselhado pelo Trustee, especificamente quanto à verificação se os seus termos são razoáveis.

34 2.8. As Compromissárias se comprometem a oferecer a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias, o que inclui os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura.

35 2.9. Para efeitos desse ACC “Prestação de Serviços de CSD” significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal. 2.11. Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”).

36 Observa-se que as considerações abaixo formuladas (sobre a competência do Cade para decisão acerca do cumprimento dos termos do acordo e sobre a incompatibilidade da arbitragem e da atividade administrativa) não seriam aplicáveis a outros objetos de decisão sujeitos ao tribunal arbitral que não a verificação do comportamento discriminatório das compromissárias em prejuízo dos concorrentes. Faz-se necessária essa observação nesse ponto porque, a partir daqui, o tribunal passa a deter amplo poder decisório.

Em sendo verificado o fracasso das negociações em até 120 dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços CSD (BRASIL, 2017b),³⁷ poderia o interessado acionar a arbitragem (BRASIL, 2017b),³⁸ a ser conduzida por tribunal arbitral composto por três árbitros, que observaria, no que for aplicável, o procedimento previsto no regimento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (BRASIL, 2017b).³⁹

Nota-se que, pela primeira vez, também constou a previsão de arbitragem institucional, que, diferente da arbitragem *ad hoc*, reporta as partes ao regulamento de um órgão arbitral, “incorporando tais regras à convenção arbitral” (BRASIL, 2017b).⁴⁰

Além disso, restou expressamente determinado que a decisão do tribunal era irrecorrível e vinculante para as empresas em concentração (BRASIL, 2017b).⁴¹ Contudo, no mesmo sentido do que constou nos acordos em controle de concentração precedentes, o Cade permanece a ela não vinculado (BRASIL, 2017b).⁴²

Tendo em vista essas peculiaridades, alguns comentários fazem-se necessários.

Como o procedimento arbitral deve observar os termos do regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, cabe a cada parte indicar um árbitro para compor o tribunal, sendo que os indicados escolherão, em conjunto, o Presidente (BRASIL, 2017b).⁴³

No entanto, os indicados devem integrar o quadro de árbitros da referida Câmara, o que implica, necessariamente, a delegação da atividade decisória a particulares.⁴⁴ Ainda que o Regulamento disponha da possibilidade de que sejam nomeados profissionais não integrantes do Corpo de Árbitros, casos em que se exige a aprovação do profissional pelo Presidente da Câmara,⁴⁵ normalmente se utilizam os árbitros que compõem a instituição.

Essa transferência do poder decisório aos árbitros, os quais, até então vinham exercendo atividade consultiva no âmbito dos acordos em controle de concentração, é relevante no cenário

37 2.10. As Compromissárias se comprometem a empreender período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias com qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD.

38 2.11. Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”).

39 2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral.

40 2.10. As Compromissárias se comprometem a empreender período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias com qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD.

41 2.15. A decisão do Tribunal Arbitral é irrecorrível e terá caráter vinculante para as Compromissárias, observado o disposto na regulamentação aplicável.

42 2.17. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.

43 2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral.

44 5.1. Poderão ser nomeados árbitros os membros do Corpo de Árbitros e/ou outros indicados pelas partes, observando sempre o disposto no artigo 4.4.1 deste Regulamento, o Código de Ética do CAM-CCBC, bem como os requisitos de independência, imparcialidade e disponibilidade.

45 4.4.1. As partes poderão indicar livremente os árbitros que comporão o Tribunal Arbitral. Contudo, caso a indicação seja de profissional que não integre o Corpo de Árbitros, deverá ela ser acompanhada do respectivo currículo, que será submetido à aprovação do Presidente do CAM-CCBC.

que será apresentado no ponto seguinte, em que se propõe pensar o procedimento aqui chamado de arbitragem como de competência do Cade em razão do poder de polícia concorrencial que lhe foi atribuído, a ser exercido no escopo de um processo administrativo. Como consequência, sendo esse o ponto de vista de que se parte, o poder decisório não poderia ser transferido a particulares.

Nos casos anteriores, tecemos comentários sobre a desnaturação da arbitragem como jurisdição em razão da previsão de que a manifestação do árbitro teria caráter opinativo, servindo de subsídio para que o Cade tomasse sua decisão acerca do descumprimento ou não do compromisso assumido pelas compromissárias. A partir do caso Cetip/Bovespa, vê-se a expressa vinculação das partes ao conteúdo da decisão arbitral, o que aproxima o procedimento previsto no ACC da arbitragem propriamente dita.

Entretanto, à medida em que o procedimento contido nos acordos em controle de concentração se assemelha à arbitragem regida pela Lei nº 9.307/96, torna-se mais questionável inseri-lo no escopo de um acordo em controle de concentração. Entendendo que os poderes de fiscalização e de decisão sobre o cumprimento dos ACC pelas compromissárias devem ser exercidos mediante atividade administrativa da autarquia, o que aqui se denomina de arbitragem culmina na delegação a particulares de poderes indelegáveis pelo Cade. Assim, ao aproximar a arbitragem do sentido que lhe conferiu a Lei nº 9.307/96, o procedimento torna-se mais impróprio para integrar o âmbito do monitoramento e da fiscalização dos acordos em controle de concentração.

6.6. Caso AT&T/Warner

Nesse caso, como obrigação assumida perante o Cade, a AT&T comprometeu-se a fazer com que as programadoras de canais TW oferecessem, a todas as empacotadoras e prestadoras de TV por assinatura não afiliadas, os canais de programação licenciados pelas programadoras de canais TW à Sky Brasil, para distribuição por meio de seu serviço de TV por assinatura, mediante condições não discriminatórias (BRASIL, 2017c),⁴⁶ ao menos tão favoráveis quanto àquelas oferecidos pelas programadoras de canais TW à Sky Brasil (BRASIL, 2017c).⁴⁷

Ao mesmo tempo, no licenciamento de canais de programação para o empacotamento e distribuição no serviço de TV por assinatura, a Sky Brasil comprometeu-se a não se recusar a transmitir, ou impor termos discriminatórios para transmitir, os canais de programação não afiliadas à AT&T (BRASIL, 2017c).⁴⁸

No que tange aos mecanismo de monitoramento, constou no ACC a possibilidade de que qualquer programadora de canais ou prestadora de TV por assinatura não filiada à AT&T ou à Sky poderia acionar a arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de

46 3.4. A AT&T compromete-se a fazer com que as Programadoras de Canais TW ofereçam a todas Empacotadoras e Prestadoras de TV por Assinatura não-Afiliadas todos Canais de Programação licenciados pelas Programadoras de Canais TW à Sky Brasil, para distribuição por meio de seu Serviço de TV por Assinatura, mediante condições não-discriminatórias. Esta oferta deve observar as seguintes condições: [...].

47 3.4. a) Termos não-discriminatórios devem ser entendidos como preços, termos e condições que, observados em conjunto, são considerados ao menos tão favoráveis quanto aqueles oferecidos pelas Programadoras de Canais TW à Sky Brasil.

48 3.7. No licenciamento de Canais de Programação para o empacotamento e distribuição no Serviço de TV por Assinatura, a Sky Brasil não se recusará a transmitir, ou impor termos para transmitir (inclusive no tocante a preço, termos ou outras condições), que possam ser considerados discriminatórios em relação às provedoras de Canais de Programação não-Afiliadas à AT&T, se comparados com aqueles aplicáveis às Programadoras de Canais TW.

contratação (BRASIL, 2017c).⁴⁹

Também aqui o Cade optou pela ampla subordinação temática da matéria ao tribunal arbitral, podendo ser acionado o mecanismo para “resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo” (BRASIL, 2017c).

De forma semelhante ao procedimento no caso Cetip/Bovespa, a arbitragem seria conduzida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (BRASIL, 2017c),⁵⁰ devendo os árbitros emitir sentença baseada apenas em documentos (BRASIL, 2017c).⁵¹

Tanto quanto nos demais casos, previu-se que o Cade não se vincularia a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco estaria obrigado a se manifestar ou a tomar providências em relação às decisões arbitrais (BRASIL, 2017c).⁵²

A justificativa oferecida pela autarquia para a escolha do procedimento arbitral encontra-se na pretensão de se evitar o estabelecimento de um parâmetro fixo de contratação entre as partes, “em caso de recusa das Compromissárias em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados” (BRASIL, 2017c).

7. A PREVISÃO DE ARBITRAGEM NOS ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO: EXERCÍCIO DE PODER DECISÓRIO INDELEGÁVEL PELO CADE NO ÂMBITO DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO

Até aqui se observou a maneira pela qual os acordos em controle de concentração estruturaram o procedimento chamado de arbitragem (embora nem sempre esse fosse estabelecimento de modo a respeitar o previsto na Lei nº 9.307/96), visando à fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelas compromissárias perante o Cade. Também, notou-se a progressiva incorporação das características da arbitragem regulamentada pela Lei nº 9.307/96 ao procedimento adotado nos acordos.

Nos três primeiros casos que continham a previsão de arbitragem, a decisão dos árbitros apresentava caráter apenas consultivo, sem que seu conteúdo vinculasse as partes. A partir do caso Cetip-Bovespa, notou-se uma mudança na estruturação do procedimento, que teve seu objeto de decisão alargado e que passou a ser vinculante às partes. Ademais, estabeleceu-se a arbitragem institucional, cuja decisão era expressamente irrecorrível.

No entanto, persistiu, em todos os casos aqui referidos, a previsão de que a autarquia não se vincularia a qualquer decisão daqueles nomeados para conduzir o procedimento arbitral (sejam árbitros propriamente ditos ou experts, consultores, etc.), nem mesmo estando obrigada a tomar

49 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”).

50 6.6. Os árbitros emitirão sentença baseada apenas em documentos, estando as partes autorizadas a apresentar qualquer documento/prova para embasar sua posição, mas não haverá audiências com especialistas e testemunhas. Após a instituição da arbitragem, haverá duas manifestações de cada parte, sendo a primeira acompanhada de todos os documentos e provas, com exceção de documentos e provas eventualmente acostadas à segunda manifestação, com o objetivo de refutar os documentos e provas apresentados pela outra parte. O árbitro poderá autorizar a apresentação de outros documentos, provas e manifestações em circunstâncias excepcionais, na extensão necessária à garantia do contraditório e ampla defesa.

51 Idem.

52 6.9. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.

providências em razão dos pronunciamentos emitidos por eles.

Como adiantado no item anterior, entende-se que, quanto mais a previsão da arbitragem incorporar as características que a especificam como atividade jurisdicional, mais emerge a inadequação de se colocar a arbitragem enquanto jurisdição como mecanismo de fiscalização dos cumprimento dos termos dos acordos em controle de concentração.

Para analisar corretamente a previsão de não vinculação do Cade ao conteúdo da decisão arbitral, pretende-se apresentar alguns questionamentos acerca da viabilidade da utilização da arbitragem da Lei nº 9.307/96 no monitoramento dos acordos.

7.1. A indelegabilidade do poder decisório pelo Cade

O acordo em controle de concentração insere-se no escopo de um caminho pró-consensual de negociação entre as empresas em concentração e o Cade, desenvolvido com a finalidade de garantir maior qualidade, eficácia e efetividade do controle de concentrações (MARRARA, 2020, p. 201).

Na condição de modalidade de acordo administrativo, o ACC disciplina relações entre a administração pública e os particulares, visando ao desenvolvimento da atividade administrativa mediante adoção de um regime de cooperação e colaboração entre os envolvidos (OLIVEIRA, 2020, p. 105). No mais, caracteriza-se por ser um provimento administrativo, cuja função é assegurar a obtenção de eficiências suficientes para a aprovação da operação (BACHA, 2017, p. 436).

Observa-se que a Lei nº. 12.529/11, em seu art. 13, V, atribui competência à Superintendência-Geral para “instaurar e instruir [...] processo administrativo para análise de ato de concentração econômica”. Sendo a operação de concentração desenvolvida no bojo de um processo administrativo, o acordo em controle de concentração é apensado a esse processo (art. 125, §1º, RICADE).⁵³

Por meio do acordo, estabelecem-se condicionantes que devem acompanhar a decisão final do Cade de autorizar a realização de uma operação de concentração econômica (MARRARA, 2020, p. 205). O acordo, assim, integra a decisão de aprovação da operação, acoplando-se ao ato administrativo final do Cade, sendo-lhe harmônico e retirando dele a sua validade (MARRARA, 2020, p. 202).

Sendo esse o cenário, parece claro que a toda a negociação entre Cade e empresas em concentração, atinente às condições e obrigações a serem implementadas no acordo, insere-se no escopo de um processo administrativo, cuja direção incumbe à autarquia federal responsável pela defesa da concorrência.

Diante disso, a análise da celebração ou não do acordo – e de quais seriam os seus termos – é de competência do Cade, no exercício de sua atividade administrativa, pois cabe à autarquia a decisão acerca da aprovação da operação de concentração, a ser proferida no bojo de um processo administrativo especialmente instaurado para esse fim (RIBEIRO; FELIPPE, 2021, p. 5).

A fiscalização do cumprimento dos termos do acordo em controle de concentração, que compete ao Cade, especificamente à Superintendência-Geral (art. 52, caput, Lei nº. 12.529/11) (MARRARA, 2020, p. 206), também é realizada por meio de processo administrativo, com fulcro nos poderes-deveres da autarquia, os quais devem ser exercidos em atenção ao atendimento do interesse público justificador

53 § 1º O ACC será autuado em apartado e apensado ao processo administrativo para análise de ato de concentração econômica.

da garantia da livre concorrência.

Nesse sentido, a Resolução nº 06/2013 do Cade previu que os autos dos processos administrativos serão encaminhados para a Procuradora Federal Especializada junto ao Cade para manifestação sobre o cumprimento dos acordos adotados pelo Tribunal (art. 1º, caput).⁵⁴ Posteriormente à emissão do parecer, os autos destinam-se à Superintendência Geral para manifestação (art. 2º),⁵⁵ com subsequente remessa ao Tribunal, que decidirá sobre o cumprimento do acordo (art. 3º),⁵⁶ com fulcro na competência que lhe foi atribuída pelo art 9º, XIX, da Lei nº. 12.529/11.⁵⁷

Deve-se ter em mente, portanto, que as atribuições relacionadas ao monitoramento e à fiscalização do cumprimento das obrigações previstas nos acordos em controle de concentração desenvolvem-se em um processo administrativo no âmbito do Cade e enquadram-se no escopo do exercício da atividade administrativa pela autarquia.

Como consequência, para averiguar a viabilidade da previsão da arbitragem da Lei nº. 9.307/96 como mecanismo de monitoramento dos termos do acordo, vale questionar o seu cabimento dentro desse contexto.

Em primeiro lugar, destaca-se que, ao exercer o controle preventivo concreto, examinando os efeitos das operações que geram concentração de mercado, a autarquia atua de forma a restringir a liberdade econômica dos envolvidos, baseando-se “no poder de polícia concorrencial conferido ao Cade e que se materializa em atos administrativos de autorização total ou parcial, condicionada ou incondicionada” (MARRARA, 2020, p. 199). Assim, tanto a celebração quanto a posterior fiscalização do acordo em controle de concentração, porque restritivas da liberdade dos particulares mediante ação preventiva e fiscalizadora (MELLO, 1996, p. 494), são realizadas no exercício do poder de polícia que incumbe ao Cade.

E essa constatação já é suficiente para impedir que a atividade decisória e de coerção seja transferida a particulares (por exemplo à CAM-CCBC).

Isso porque as funções essenciais do Estado que envolvem certa margem de exercício de poder decisório e o poder de coerção não podem ser realizadas por particulares (MARQUES NETO, 2000, p. 67), constituindo-se limites intransponíveis para a delegação da atividade de polícia pela administração pública (KLEIN, 2014, p. 234). Em razão da existência de um poder-dever, inerente à autoridade pública, para consecução da finalidade pública, a atividade de decisão e de coerção é irrenunciável (MARRARA, 2020, p. 70).

Ademais, conforme exposto por Justen Filho (2016), as atividades da autarquia são próprias e inerentes ao Estado, pelo que não podem ser desempenhadas sob regime de direito privado. A criação da autarquia deriva justamente de um processo de descentralização do poder estatal, que as exercia por meio de seu aparato de organização (JUSTEN FILHO, 2016).

54 Art. 1º Os autos dos procedimentos administrativos previstos na Lei nº 12.529/2011, após decisão final do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, serão encaminhados para a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, para manifestação sobre o cumprimento das decisões, dos compromissos e dos acordos adotados pelo Tribunal.

55 Art. 2º Após a manifestação da Procuradoria, os autos serão encaminhados à Superintendência Geral, para a manifestação prevista no artigo 52, § 2º, da Lei nº 12.529/2011, cuja motivação poderá consistir em declaração de concordância com os fundamentos expostos em pronunciamento anterior, na forma do artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

56 Art. 3º Após a manifestação da Superintendência Geral, os autos serão encaminhados ao Tribunal, que decidirá sobre o cumprimento da decisão, compromisso ou acordo, nos termos do artigo 9º, XIX, da Lei nº 12.529/2011.

57 Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.



Essas prerrogativas intransferíveis do Poder Público estão contidas em Lei, de forma que, como “o exercício das atividades inerentes à autoridade pública só existe porque a Lei outorgou ao órgão ou agente público a competência para efetivá-lo, não o seria por meio do contrato que ser-lhe-ia retirada tal competência” (MARQUES NETO, 2000, p. 70).

Observa-se que, no que tange especificamente às atividades do Cade, a Lei nº. 12.529/11 expressamente atribui à Superintendência-Geral a competência para fiscalizar os acordos firmados no âmbito da autarquia (art. 52). Ainda, o art. 9º, XIX, da Lei nº. 12.529/11 atribui ao plenário do Tribunal competência para decidir sobre o cumprimento dos acordos celebrados com a autarquia (BRASIL, 2011).

Em atenção a esse reserva legal, nota-se que o acordo em controle de concentração não pode dispor em sentido contrário ao previsto na Lei, permitindo com que a câmara arbitral decida sobre qualquer aspecto atinente às condições impostas pela autarquia para aprovação da operação, exercendo irregularmente competência que não pode ser a ela transferida.

As decisões sobre “a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias” (BRASIL, 2017b) e sobre as “condições comerciais de contratação” (BRASIL, 2017c), objeto dos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner respectivamente, porque inseridas no escopo do monitoramento do cumprimento dos termos do acordo, somente cabem ao Cade. Ou seja, dentro de seu poder de fiscalização, é da autarquia a competência para decisão.

E esse poder decisório, como visto, deve ser exercido somente pela autarquia, impedida sua transferência a particulares.

Nem mesmo se pensarmos em termos de competência de fiscalização da execução contratual haveria autorização para a delegação do poder decisório aos particulares. Ainda que se entenda que a atuação do Cade dentro dos termos do contrato, por atingir somente o particular que mantém vínculo contratual com o Estado, não versaria sobre poder de polícia (MARQUES NETO, 2000, p. 79), a competência decisória, prevista em Lei, não poderia ser transferida pela via contratual.

Assim, seja qual for o ponto de partida para a análise da competência decisória do Cade (poder de polícia ou fiscalização da execução contratual), deve-se concluir pela impossibilidade de transferir a particulares a atribuição de decidir pela ocorrência ou não de descumprimento de obrigações assumidas no acordo.

Além disso, poderia ser acrescentada à discussão a questão acerca das consequências da verificação de descumprimento, pelo “juízo arbitral”, de uma das condições assumidas pelas empresas em concentração.

Uma vez concedida a autorização da operação, essa torna-se vinculante para a autoridade antitruste, de forma que somente pode haver a revogação da autorização se for verificada uma das hipóteses mencionadas no art. 91 da Lei nº. 12.529/11 (FORGIONI, 2016, p. 441),⁵⁸ entre as quais se encontra o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas.

A Lei também prevê a competência exclusiva do Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, para a revisão da aprovação, o que impede a delegação para particulares

58 Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados (BRASIL, 2011).

(art. 91, caput).

Portanto, aprovada a operação, ainda que com restrições, essa passa a produzir os seus efeitos. Com a constatação do inadimplemento dos compromissos previstos no acordo pelas empresas em concentração, abre-se espaço para discussão, pela autarquia, de eventual revogação da aprovação antes concedida, para além de outras consequências que podem ser previstas nos respectivos acordos em controle de concentração.⁵⁹

Como a revogação de ato administrativo é medida privativa da própria administração, veda-se à solução arbitral a emissão de pronunciamento com essa determinação, tendo em vista que a revogação não pode ser objeto de decisão jurisdicional (NOHARA, 2020, p. 230).

Mais do que isso, tomada a decisão pelo Cade relativamente à aprovação da decisão com o estabelecimento de condicionantes e/ou à verificação de eventual descumprimento de uma das condições assumidas pelas compromissárias no caso concreto, o seguir do procedimento exigiria apenas o cumprimento do pronunciamento da autarquia. Portanto, não seria possível submeter aquilo que já fora decidido pelo Cade a outro juízo decisório – o arbitral, no caso –, sob pena de retirar a força normativa das decisões da autarquia, subtraindo aquilo que fora objeto da “fase de conhecimento” (como se a execução que lhe segue se assemelhasse à execução no processo civil) e de desvirtuar as orientações já definidas pelo Cade, as quais aos particulares cabe apenas executar.

Posterior submissão ao juízo arbitral poderia, também, fazer com que o Cade, com o tempo, tendesse a relegar ao árbitro ou ao tribunal arbitral aspectos relativos à fiscalização dos acordos em controle de concentração, o que, sem dúvidas, representaria uma delegação – ainda que indireta – do poder de polícia que pertence unicamente à autarquia, além de reduzir o grau de vinculação dos particulares às decisões do Cade.

Afora a atividade decisória e o poder de coerção, outras atribuições acessórias a elas, preparatórias, instrumentais, incrementais ou de suporte, podem ser realizadas por particulares (MARQUES NETO, 2000, p. 70).

Klein (2014, p. 208) menciona que, em princípio, a atribuição a entidades privadas de atividades preparatórias de decisão administrativa dependeria de expressa autorização legal. Contudo, pode ser interessante a colaboração da administração pública com entidades privadas para o desenvolvimento de atribuições específicas, como a elaboração de pareceres e laudos técnicos, o que não seria vedado, considerando-se inclusive que a administração pode não dispor de condições materiais e técnicas suficientes para o desempenho direto dessas atividades (KLEIN, 2014, p. 209).

Nesse sentido, o §1º do art. 52 da Lei nº. 12.529/11 prevê que, na fase de fiscalização do cumprimento dos compromissos, a Superintendência pode se valer de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados na Lei.⁶⁰

Ao mesmo tempo, o § 7º do art. 125 do Regimento Interno do Cade dispõe que a autarquia

59 Ex.: no caso ACL/Bromisa, o Cade se reservou ao direito de rever a aprovação da operação diante do descumprimento da obrigação de não adotar condutas discriminatórias pelas compromissárias (cláusula 3.2); ao mesmo tempo, na hipótese de recusa ou atraso no fornecimento das informações ao Cade, as compromissárias sujeitam-se à multa diária (cláusula 3.3). Também, no caso Ceitp/Bovespa, no ACC constou previsão de multa diária para o descumprimento dos compromissos assumidos (cláusula 6.1).

60 § 1º Na fase de fiscalização da execução das decisões do Tribunal, bem como do cumprimento de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei, poderá a Superintendência-Geral valer-se de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados nesta Lei (BRASIL, 2011).

poderá, a seu juízo de conveniência e oportunidade, determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas das compromissárias.⁶¹

Sendo esse o cenário, entende-se que seria possível a utilização da “arbitragem” (não vinculante) nos moldes estruturados nos casos ICL/Bromisa, ALL/Rumo e Tam/Iberia/British Airways, em que a função do particular restringia-se à formação de opinião técnica sobre a questão a ele submetida, para embasar a posterior decisão ser tomada pelo Cade. Aqui, por óbvio, a participação de particulares seria anterior à tomada de decisão pela autarquia acerca do cumprimento ou não dos termos do acordo – e não representaria novo juízo decisório quanto ao adimplemento dos compromissos assumidos pelos particulares.

Isso porque a emissão de parecer consultivo acerca do cumprimento dos termos do acordo enquadra-se como atividade relacionada ao cumprimento do ACC. Também, a Superintendência poderia livremente exercer essa atribuição, dado tratar-se do exercício do poder instrutório – e não decisório.

Outra justificativa encontra-se na dificuldade de o Cade realizar inteiramente as atividades destinadas ao monitoramento do cumprimento dos acordos. Como já apontado, a necessidade de participação dos particulares na fiscalização das empresas em concentração decorre, entre outros fatores, da reduzida estrutura da autoridade concorrencial em comparação à complexidade dos mercados sobre os quais incide o monitoramento (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

Portanto, na condição de atribuição acessória e preparatória da decisão sobre o cumprimento ou não da condicionante imposta – a qual pertence unicamente ao Cade –, a formulação de parecer ou a realização de análise prévia para o fim de aferir o adimplemento da obrigação pelas empresas em concentração pode perfeitamente ser realizada por particulares, sem que isso implique a abdicação do poder conferido pela sociedade à administração pública (MARQUES NETO, 2000, p. 76).

Foi por essa razão que alegamos que, quanto mais a previsão de arbitragem nos acordos em controle de concentração se aproximava da arbitragem prevista na Lei nº. 9.307/96 – porque vinculante às partes, irrecorível e institucional –, mais se demonstrava inadequada a utilização desse procedimento no contexto dos ACC.

A decisão acerca do cumprimento dos termos do acordo é de competência indelegável do Cade, a ser proferida no âmbito de um processo administrativo, instituído no exercício da atividade administrativa essencial do Cade e legalmente atribuída à autarquia. Essa é a lógica que justifica defender que a “arbitragem” dos primeiros ACC – aqui lida como a atribuição ao particular da tarefa de elaborar parecer consultivo de apoio à decisão do Cade – é a única estrutura possível de ser inserida como instrumento de monitoramento do cumprimento dos acordos.

Diante de todo o exposto, a autarquia estaria obrigatoriamente vinculada à decisão que constata o cumprimento ou o descumprimento de uma das condições impostas no ACC, pois é a única com competência para proferi-la.

7.2. A incompatibilidade entre a arbitragem da Lei nº. 9.307/96 e a atividade administrativa

⁶¹ § 7º 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) (BRASIL, 2021).

Do ponto de vista do procedimento, observa-se que existem diferenças inconciliáveis entre a arbitragem como jurisdição e a atividade administrativa exercida na fiscalização do cumprimento dos acordos em controle de concentração.

A arbitragem prevista na Lei nº. 9.307/96 possui como fundamento a autonomia da vontade, impondo que as partes elejam de forma consensual a arbitragem como método de resolução da controvérsia (AMARAL, 2014, p. 122).⁶² É essa livre manifestação de vontade que “terá o efeito de afastar a possibilidade de a disputa ser resolvida pelo Poder Judiciário” (AMARAL, 2014, p. 122).

Como consequência, “na falta de disposições que afirmem expressamente estas restrições de acesso ao Judiciário [...] não poderá o intérprete, ainda mais em contraposição com a Constituição Federal, presumi-las (art. 5º, XXXV, CF)” (ARAGÃO, 2004, p. 130). No mais, essa autonomia também se reflete na possibilidade de escolha de lei aplicável, de idioma, de prazos, etc (ARAGÃO, 2004, p. 130).

No caso do procedimento previsto nos acordos em controle de concentração, as partes não se submetem voluntariamente ao método de resolução de conflitos. O concorrente entrante que, por exemplo, pretende obter decisão acerca de se a contratação de prestação de serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, no caso ALL/Rumo, tem como meio para tanto a arbitragem, decorrente da imposição extraída de uma relação negociada que não o incluiu.

Não só, nos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner, o Cade e as compromissárias chegaram a acordo inclusive sobre a câmara arbitral cujo regulamento seria aplicável ao procedimento, de forma que do terceiro, particular, que pretende buscar esclarecimento ou solução para o tratamento discriminatório que o atingiu, foi retirada a possibilidade de decisão acerca de aspectos essenciais do procedimento arbitral.

Por outro lado, a arbitragem como jurisdição destina-se a resolver conflitos no lugar dos litigantes, aplicando-os a solução prevista no sistema jurídico (WAMBIER; TALAMINI, 2016a), ao passo em que o Cade, ao decidir pelo cumprimento ou não do acordo, busca especialmente “proteger e ampliar a concorrência e o atendimento aos princípios do serviço público” (ARAGÃO, 2004, p. 132).

Nesse sentido, é significativa a distinção entre o acordo em controle de concentração, no âmbito do Cade, e o procedimento arbitral para resolução de conflito entre os particulares. O desenvolvimento de tratativas entre o Cade e os concorrentes ocorre no bojo de um processo administrativo, o qual “não tem por escopo único e final atuar concretamente o ordenamento jurídico, mas sim desenvolver outras atividades de consecução do interesse da coletividade” (WAMBIER; TALAMINI, 2016b).

No caso dos acordos em controle de concentração, o processo administrativo origina-se de iniciativas das empresas que buscam a aprovação da operação de concentração da qual participa (FORGIONI, 2016, p. 157). Por meio dele, objetiva-se estabelecer condições para que o ato de concentração seja aprovado, mediante a utilização de “cláusulas que visem a eliminar os efeitos

62 Embora grande parte da doutrina mencionada nesse subponto verse sobre a atuação das agências reguladoras, reconhece-se a distinção do Cade, na condição de autarquia, dessas instituições. Como primeiro ponto, menciona-se que o Cade protege o direito de livre iniciativa e de livre concorrência de forma geral, a compreender todos os mercados econômicos, ao passo em que agência reguladora pode ter, entre suas atribuições, a tutela do direito da concorrência de forma específica, em alguns mercados, cujas características envolvem um perfil estrutural refratário à livre concorrência e que, por isso, exige a construção de leis voltadas à regulação econômica setorial (conforme Dutra (2002)). Ademais, o Cade estrutura-se como autarquia e as agências reguladoras como autarquias especiais, dotadas de maior autonomia em relação às não especiais. Apesar disso, acredita-se na relevância das referências mencionadas ao caso, porque ambas são pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, o que lhes atribui uma série de deveres semelhantes, a justificar a aproximação realizada.

nocivos à ordem econômica” (FORGIONI, 2016, p. 442). Isso, com o fim de atender ao interesse público (FORGIONI, 2016, p. 442) na proteção da ordem econômica e da concorrência entre os agentes de mercado.

De forma diversa, a arbitragem, por qualificar-se como jurisdição (CARMONA, 1990, p. 37),⁶³ detém como finalidade precípua atuar concretamente o ordenamento jurídico.

Ademais, não há – e nem poderia existir, dada a ausência de voluntariedade do terceiro na escolha do procedimento arbitral – a obrigatoriedade de o prejudicado buscar o reconhecimento da ocorrência de tratamento discriminatório na arbitragem. Dessa forma, o terceiro “naturalmente, poderá simplesmente deixar de acionar a Administração Pública e dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário, já que em dispositivo algum o processo arbitral administrativo é colocado como obrigatório” (ARAGÃO, 2004, p. 130).

Vale destacar que também não há indicação na regulamentação formulada nos acordos em controle de concentração da intenção de que a decisão arbitral – nos casos em que se coloca como vinculante para as partes – seja definitiva. Afinal, o Cade não se vincula, mesmo na hipótese de arbitragem de natureza jurisdicional, aos termos do pronunciamento arbitral.

Os ACC dos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner mantém a competência do Cade para declarar o inadimplemento total do acordo em controle de concentração (BRASIL, 2017b) e para rever os termos do acordo (BRASIL, 2017c), em razão do descumprimento dos compromissos assumidos pelas empresas em concentração. Ou seja, a despeito de qual seja pronunciamento do tribunal arbitral, a palavra final sobre o descumprimento do acordo a ponto de suscitar sua revisão ou a reprovação da operação é da autarquia. Não só, como as decisões da autoridade antitruste estão amplamente sujeitas ao controle judicial (FORGIONI, 2016, p. 163), pode sempre haver posterior manifestação do Poder Judiciário sobre eventuais violações aos termos do acordo.

Sendo assim, não há indicação de que se “queira que esta “arbitragem” administrativa, atípica, tenha caráter de definitividade frente ao Poder Judiciário, em outras palavras, que equipare o seu regime ao da Lei de Arbitragem, sem que as partes sequer tivessem firmado um compromisso arbitral prévio” (ARAGÃO, 2004, p. 130).

As significativas diferenças expostas entre a arbitragem regulamentada pela Lei nº. 9.307/96 e sua homônima, prevista nos acordos em controle de concentração, culminam na conclusão de que o método de reforço de monitoramento do Cade trata-se, em verdade, de exercício de atividade administrativa exclusiva da autarquia.

Como consequência, não é adequada a previsão de arbitragem cuja decisão seja vinculante entre as partes, irrecorrível e oriunda da aplicação do regulamento de determinada câmara arbitral privada.

Veja-se que, com tudo isso, não se quer dizer que não seria possível a intuição de arbitragem em razão do conteúdo da decisão a ser tomada pelo tribunal arbitral, no sentido de que o direito antitruste, enquanto matéria de ordem pública, afastaria a possibilidade de susubção da controvérsia à arbitragem (ARAGÃO, 2010, p. 81). Primeiro, porque as normas de ordem pública podem ser objeto de julgamento pelo tribunal arbitral, que somente não está autorizado a violá-las ou contrariá-las

63 Wambier e Talamini (2016b) explicam que a arbitragem pode ser entendida como jurisdição se esse vocábulo for utilizado para descrever a função de solucionar conflitos mediante a intervenção de um terceiro imparcial. No entanto, caso jurisdição seja conceituada como expressão da soberania estatal, a arbitragem escapa a esse conceito.

(ARAGÃO, 2010, p. 81). Segundo, porque o que se pretende questionar é a própria natureza jurídica do poder de decisão dentro do monitoramento do acordo em controle de concentração. Sendo atividade administrativa, e apresentando a jurisdição atribuições com ela incompatíveis, afasta-se a possibilidade de instituição da arbitragem submetida aos ditames da Lei nº 9.307/96.

8. CONCLUSÕES

Como se pretendeu demonstrar, a decisão do litígio entre as empresas em concentração e os concorrentes supostamente atingidos por práticas anticoncorrenciais, porque compreende a análise do cumprimento ou não do acordo em controle de concentração, insere-se no escopo do poder de polícia concorrencial do Cade, que deve exercê-lo no íter da atividade administrativa que lhe é própria.

Na qualidade de autarquia, o Cade exerce atividades típicas do Estado, que lhe foram atribuídas num processo de descentralização das funções estatais. Como consequência, o poder decisório inserido no âmbito dos acordos em controle de concentração não pode ser transferido a particulares, pois é insuscetível de ser exercido sob o regime de direito privado.

No mais, falta ao procedimento arbitral estipulado pelo Cade em conjunto com as empresas em concentração a voluntariedade característica da arbitragem da Lei nº 9.307/96, tendo em vista que o concorrente atingido por práticas discriminatórias não participa da escolha da arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento, bem como fica alheio às decisões a respeito das características incorporadas ao procedimento arbitral.

Ao mesmo tempo, o exercício da atividade administrativa pela autarquia não visa apenas a aplicação do direito ao caso concreto – como o faz a jurisdição –, para resolver a questão do cumprimento ou não dos termos do acordo pelos compromissários, cabendo também ao Cade proteger a ordem econômica e garantir a concorrência entre os agentes de mercado.

Também, a adoção, pelo particular, da arbitragem como método de resolução não é obrigatória, porque não voluntária, bem como o procedimento previsto nos acordos não possui característica de definitividade, já que não vincula a autarquia aos termos de sua decisão.

Todas essas diferenças em relação à arbitragem como jurisdição contribuem – tanto quanto a impossibilidade de transferência do poder decisório para particulares – para a conclusão de que é incabível a arbitragem da Lei nº 9.307/96 como método de reforço ao monitoramento dos acordos em controle de concentração.

Entretanto, dada a complexidade que envolve a fiscalização da implementação dos remédios comportamentais, é possível que sejam transferidas a terceiros, particulares, atividades acessórias à tomada de decisão quanto ao cumprimento dos termos do acordo, como a elaboração de parecer ou estudo prévio objetivando embasar a decisão da autarquia acerca da prática de condutas discriminatórias por parte das empresas em concentração.

Justamente em razão disso, o procedimento estruturado nos casos ICL/Bromisa, ALL/Rumo e Tam/Iberia/British Airways, no qual à manifestação do particular foi atribuído caráter consultivo, preparatório da decisão do Cade, pode ser adotado como forma de reforço ao monitoramento da autarquia. Por outro lado, a arbitragem de natureza jurisdicional, prevista nos acordos dos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner não é cabível no âmbito do exercício da função administrativa pelo Cade.



9. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no âmbito das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 119-125, abr. 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 27, p. 70-102, out./dez. 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos: regulação para concorrência. In: GUERRA, Sérgio (coord.). **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- BACHA, Maria Gabriela Castanheira. Função do Cade no controle de estruturas: uma análise dos acordos em controle de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 432-447, 2017
- 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 2017a.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 22 de março de 2017b.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 18 de outubro de 2017c.
- 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.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.
- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência, Brasília**, v. 3, n. 2, p. 28-45, nov. 2015.
- DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: A ação da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 332-359, jul./set. 2002.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HAJAR, Yasmine Nemer. **A arbitragem como remédio antitruste para o controle de estruturas**. 2018.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016. Livro eletrônico.

KLEIN, Alice Lícia. **Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 65-82, 2000.

MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli (org.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**. Paris: OCDE, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; FELIPPE, Juliana Gil. Remédios do antitruste e efetividade do direito concorrencial. **Revista de Análise Econômica do Direito**, São Paulo, v. 1, jan./maio 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 12, v. 46, p. 287-313, jul./set. 2015.

VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da Lei antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 297-314.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do Cade. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 331-346, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: vol. I**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: vol. II**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FUCKNER, Mariana. A arbitragem no controle de estruturas como mecanismo de reforço ao monitoramento do Cade: cabimento e vinculação da autarquia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 137-162, 2022.

