

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**ALUÍSIO DE FREITAS MIELE**

**A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência**

**Ribeirão Preto**

**2019**



ALUÍSIO DE FREITAS MIELE

A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Oliveira Domingues

Ribeirão Preto

2019

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M631a	Miele, Alúcio de Freitas A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência / Alúcio de Freitas Miele; orientadora Juliana Oliveira Domingues. -- Ribeirão Preto, 2019. 230 p.  Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.  1. DIREITO ANTITRUSTE. 2. ARBITRAGEM. 3. ARBITRABILIDADE. 4. POLÍTICA PÚBLICA. 5. CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS. I. Domingues, Juliana Oliveira, orient. II. Título
-------	--

MIELE, A. de F. **A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência**. 2019. 230 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_



Ao meu pai, *in memoriam*. Mesmo longe,  
sempre perto!

À minha mãe.

À minha amada esposa Bruna.





## AGRADECIMENTOS

Agradecer! Não é um simples ato demarcado de mencionar aqueles que contribuíram durante todo este percurso. Antes, é encontrar em você um pouco de cada um, do agora seu próprio todo. No reconhecimento que se segue, não há ordem, não há senão, não há tempo ou ainda contratempo, simplesmente há verdade!

À minha mãe, por tudo, por ser a minha figura de pai e mãe desde os meus 14 anos. Por sempre apoiar as minhas escolhas, batalhar as minhas batalhas e, ao fim, estar sempre ali, do mesmo jeitinho, disposta a entregar o seu colo e todo seu carinho.

À minha esposa Bruna, simplesmente por tudo! Por compreender a minha ausência nestes dois últimos anos, por me acompanhar nas madrugadas de estudo, por toda a paciência e resiliência. Por ser minha melhor amiga, companheira e confidente. Parece-me que foi ontem que fiz a melhor escolha de toda a minha vida!

Ao Oddie, meu cão-amigo, companheiro nas madrugadas de estudos!

Ao meu irmão Sávio, exemplo de vida e de superação! Meu maior orgulho! Obrigado por me acompanhar durante estes dois anos e por dividir todo o seu conhecimento e a sua cultura.

À minha irmã Ana, que sempre esteve ao meu lado de forma paciente e zelosa. Minha amiga, fiel escudeira que, junto com meu cunhado Luiz, me acolheu em São Paulo durante as minhas inúmeras passagens para pesquisar e estudar.

A Júlio e Cássia, pela paciência, dedicação e por simplesmente serem os melhores amigos que poderia encontrar. Obrigado por cuidarem de mim como um filho!

Ao Rodrigo. Um exemplo de professor, pesquisador e, acima de tudo, de pessoa! Sua dedicação para com a docência é simplesmente inspiradora. Obrigado por todas as dicas nestes dois anos, por me ouvir atentamente e por sempre estar disposto a me acompanhar em nosso principal hobby. Quem diria que a vida nos pregaria uma peça e faria nossos caminhos se cruzarem para além dos gloriosos campos de futebol e ainda traria de volta a Nati, uma amiga dos tempos de infância, que hoje muito representa para mim.

À minha orientadora Juliana Domingues. Alvíssaras! Não há palavras que possam minimamente externar todo o agradecimento, reconhecimento, gratidão e admiração. Foram inúmeras as oportunidades proporcionadas, artigos escritos em conjunto, livros publicados, congressos, eventos, aulas, palestras. Parafraseando-a: foram anos e momentos intensos. Se algo alcancei como pesquisador, a ela devo exatamente tudo. É contagiante a forma com que se dedica à docência e à pesquisa; a atenção que tem com os seus orientandos é algo

inimaginável. Uma das pesquisadoras mais brilhantes do Direito Antitruste que, humildemente, divide todo o seu conhecimento com seus alunos, ainda que durante a alvorada. O mais importante é hoje ter o privilégio de poder dizer que sou seu amigo, para além de um eterno aluno.

Ao Professor Eduardo Gaban, não apenas pela contribuição durante a banca de qualificação, mas pela parceria na elaboração de artigos e na organização de livro e eventos. Uma das mentes mais brilhantes que tive a oportunidade de conhecer, professor nato! Fica a conclamação para um recantado retorno aos bancos da academia.

Agradeço ao Professor Gabriel Lochagin pelas valiosas críticas apresentadas na banca de qualificação, pela convivência durante estes anos, pela oportunidade de poder ser seu monitor e, acima de tudo, por possibilitar um diálogo acadêmico sempre profundo. Fica o débito do artigo em conjunto que será devidamente pago quando a pena voltar de forma retumbante a desenhar novos constructos que já perambulam entre o concreto dos livros e o imaginário.

Ao Professor Gustavo Assed, que, desde as aulas como aluno especial no mestrado, tem sido um grande entusiasta desta caminhada. Como agradecer aquele que deu todo o suporte para que estes dois anos pudessem acontecer? Obrigado por propiciar que eu ministrasse a minha primeira aula em um curso de graduação, por ser um interlocutor sempre presente e pela oportunidade de ser seu amigo.

Um agradecimento especial à querida Vânia. Pela paciência, pela forma com que conduz o seu trabalho e por ser uma pessoa de um coração enorme, sempre disposta a ajudar sem medir esforços. De agora, passarei a bater na sua porta não mais para questionar ou pedir ajuda, mas para sempre poder agradecer e convidar para aquele café.

Ao Omar, por todo zelo com que sempre me atendeu e por sempre me auxiliar em todos os momentos que precisei de ajuda com as questões do mestrado.

Ao querido, dileto e inestimável amigo Pedro Liberato! Por estar ao meu lado durante toda a elaboração da dissertação, por me escutar horas e horas a fio e por sempre me propor um debate acerca do tema. O seu caminho, meu caro, está no alto dos grandes pesquisadores.

Ao grande amigo e parceiro Marcelo Bidoia. Muitos artigos e obras ainda nos aguardam!

Ao meus amigos-irmãos-parceiros Cloeh e “Manu”, os dois maiores presentes que o mestrado me ofereceu.

Agradeço ao querido amigo Breno, com quem pude ter a honra de conviver nestes dois últimos anos. Foram inúmeros artigos, congressos, apresentações de trabalhos, dias e noites de troca de escritas, de debate acerca do Direito Antitruste. Ficam a amizade e todo o respeito.

Aos meus sócios Karin e Jean, que durante estes dois anos compreenderam um pouco da minha ausência no escritório e me apoiaram incansavelmente para que eu pudesse concluir esta etapa.

Agradeço ao Enio e a Aline pela paciência, resiliência, dedicação e por serem excepcionais no trabalho que desempenham. Não são apenas professores, mas sim amigos. Em breve, Portugal!

Esses dois anos de mestrado me trouxeram muitos amigos com os quais tive o privilégio e a honra de conviver e aprender: Nicolas, Ísis, Juliana Regassi, André Amato (“o Salsicha”) e Antônio.

A todos os amigos e familiares, que de certa forma participaram desta jornada, ficam os meus mais sinceros agradecimentos.



“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.” (Eduardo Galeano)

“Ela acreditava em anjo e, porque acreditava, eles existiam.” (Trecho do livro “A hora da estrela”, Clarice Lispector)



## RESUMO

MIELE, A. de F. **A arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência**. 2019. 230 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

No direito brasileiro, o debate acerca da utilização da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos que envolvem questões de Direito Antitruste, ainda que timidamente e de maneira incipiente, tem ganhado espaço por meio da importante atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que utilizou a arbitragem em sede de Acordo em Controle de Concentração (ACC). Nesse passo, o objetivo principal desta pesquisa foi identificar a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência, encaminhando ainda um objetivo secundário: apresentar a arbitragem como política pública, superando uma compreensão abstrata da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem. O estudo teve abordagem metodológica qualitativa e de análise documental indireta por meio de revisão bibliográfica e estudos de casos; foi dividido em três passos: i. (re)visitação da compreensão do Direito Antitruste; ii. (re)visitação da compreensão da arbitragem; iii. análise da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem. Demonstrou-se a necessária aproximação do Direito Antitruste a uma metodologia normativo-constitucional capaz de dialogar, como instrumento de políticas públicas, com outros institutos jurídicos. Verificou-se que a arbitragem não consiste apenas em uma mera técnica que mitiga o déficit de instrumentos voltados à prestação jurisdicional, mas à sua natureza se incorpora a característica de instrumento de política pública. Evidenciou-se, no âmbito do *enforcement* privado, que a arbitragem é instrumento capaz de funcionalizar os *enforcements* do Direito Antitruste, na medida em que contribui para a superação das dificuldades relacionadas ao estímulo e ao fortalecimento da reparação civil. Observou-se, ainda, que a utilização da arbitragem no âmbito dos ACCs estabelece uma estrutura de incentivos que favorece uma maior perspectiva do seu cumprimento voluntário e, assim, aumenta a probabilidade da eficiência do *enforcement*. Conclui-se que a arbitragem, ao possibilitar uma maior efetividade do *enforcement* antitruste, constitui-se como instrumento da política pública de defesa da concorrência.

**Palavras-chave:** Direito antitruste. Arbitragem. Arbitrabilidade. Política pública. Concentrações empresariais.





## ABSTRACT

MIELE, A. de F. **Arbitration as a tool of the public competition policy**. 2019. 230 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

In the Brazilian legal system, the debate over the use of arbitration as a tool to settle disputes arising out of the Antitrust Law, however in a still rather modest and incipient way, has been gaining momentum from the efforts of the Administrative Council for Economic Defense (Cade), that used arbitration on Merger Control Agreement (ACC) cases. Thus, the main goal of this research has been to identify arbitration as a public policy tool in the protection of market competition, and it also introduces a secondary goal: to present arbitration as a public policy, transcending an abstract understanding of the interrelation between Antitrust Law and arbitration. The present research has been based on a qualitative methodology approach and indirect document analysis by means of bibliography and case studies reviews; broken down into three steps: i. (re) examination of the understanding of the Antitrust Law; ii. (re) examination of the understanding of arbitration; iii. Analysis of the interrelation between Antitrust Law and arbitration. We have established the need to further connect the Antitrust Law and normative-constitutional methodology able to interact, as a tool of public policies, with other regulatory instruments. We have determined that arbitration is not limited to just a mere technical tool to make up for the lack of instruments dedicated to the obtaining a response from the judicial system but could also embody the characteristic of a tool of public policies. It was made evident, within the aspect of private enforcement, that arbitration is a mechanism that prompts the Antitrust Law, as it helps to overcome difficulties connected to the incentive and strengthening of civil reparation. We have also detected that the use of arbitration in the domain of the ACCs brings about a structure of incentives that supports a stronger perspective of voluntary compliance and, therefore, increases the probability of effective enforcement. It is thus our conclusion that arbitration, as it enables a more effective antitrust enforcement, presents itself as a public policy tool in the protection of market competition.

**Keywords:** Antitrust Law. Arbitration. Arbitrability. Public policy. Corporate concentration.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>AC</b>	Atos de Concentração
<b>ACC</b>	Acordo em Controle de Concentrações
<b>ACCs</b>	Acordos em Controle de Concentrações
<b>ANEEL</b>	Agência Nacional de Energia Elétrica
<b>ANTT</b>	Agência Nacional de Transportes Terrestres
<b>Cade</b>	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
<b>CAM-CCBC</b>	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
<b>CCBC</b>	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
<b>CDC</b>	Código de Defesa do Consumidor
<b>CDEICS</b>	Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CLT</b>	Consolidação das Leis do Trabalho
<b>CVM</b>	Comissão de Valores Mobiliários
<b>DEE</b>	Departamento de Estudos Econômicos
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>LArb</b>	Lei de Arbitragem – Lei nº 9.370/96
<b>LDC</b>	Lei de Defesa da Concorrência Lei nº 12.529/2011
<b>LINDIB</b>	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
<b>OCDE</b>	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
<b>PPA</b>	Ácido Fosfórico de Grau Alimentício
<b>Procade</b>	Procuradoria Federal Especializada
<b>RiCade</b>	Regimento Interno do Cade
<b>SBDC</b>	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
<b>Seprac</b>	Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
<b>SG</b>	Superintendência-Geral

<b>TADE</b>	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
<b>TCC</b>	Termo de Compromisso de Cessação de Condutas
<b>TCCs</b>	Termos de Compromisso de Cessação de Condutas
<b>TJCE</b>	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 –	Ciclo vicioso do monitoramento/cumprimento das obrigações assumidas em ACCs.....	168
Figura 2 –	Ciclo virtuoso da utilização da arbitragem em ACCs.....	192



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>27</b>
<b>2 O DIREITO ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO E (RE)ORIENTAÇÃO DE PARADIGMA .....</b>	<b>33</b>
2.1 Escola de Harvard: o modelo da <i>workable competition</i> .....	37
2.2 A preponderância da Escola de Chicago: fundamento estático e “parâmetros precisos” ..	40
2.3 O paradoxo da Escola de Chicago: o pluralismo da política antitruste e o equívoco que atinge a instrumentalização de políticas públicas de defesa da concorrência .....	45
2.3.1 A retórica do bem-estar do consumidor e a distribuição equitativa dos bens .....	46
2.3.2 A exclusividade da teoria econômica em xeque: a lente do observador jamais é neutra .....	53
2.3.2.1 <i>Variável isolada e pressupostos ideológicos: (im)pulsão de política pública incompleta</i> .....	55
2.3.2 A “eficiência pela eficiência” ou ineficiência da eficiência .....	60
2.4 A constitucionalização do Direito Antitruste: racionalidade funcional e teleológica do antitruste .....	63
2.4.1 A concepção do antitruste no direito brasileiro: necessária constitucionalização – concorrência- instrumento e concorrência-desenvolvimento .....	65
2.4.2 Direito Antitruste e consecução de suas finalidades: a primeira aproximação à arbitragem.....	70
<b>3 ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA: A HIPÓTESE CONFIRMADA? .....</b>	<b>74</b>
3.1 Necessárias digressões: pistas para uma compreensão instrumental.....	74
3.1.1 Evolução na utilização da arbitragem: uma amplitude a partir de olhar mais administrativista ..	74
3.1.2 Das hipóteses à quebra de paradigmas.....	79
3.2 Princípios da arbitragem .....	83
3.2.1 Autonomia da vontade .....	83
3.2.2 O princípio kompetenz-kompetenz .....	85
3.2.3 Neutralidade do árbitro: entre a imparcialidade e o devido processo legal .....	88
3.3 Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral .....	92
3.3.1 Cláusula compromissória .....	94
3.3.2 Compromisso arbitral.....	97
3.4 Confidencialidade – sigilo: da privacidade à compatibilização .....	99
3.5 Do objeto da arbitragem: expansão da arbitrabilidade e quebra de paradigmas .....	105
3.5.1 Arbitrabilidade: conceito.....	105
3.5.2 A patrimonialidade e a disponibilidade como critérios da arbitrabilidade .....	106
3.5.2.1 <i>Concepção tradicional: a vinculação da disponibilidade com o interesse público e com a ordem pública</i> .....	107
3.5.2.2 <i>A supremacia do interesse público: abandono de um conceito dogmatizado</i> .....	109
3.5.2.3 <i>Ordem pública</i> .....	115

3.5.3 Critério da disponibilidade: uma expansão da arbitrabilidade objetiva? .....	119
3.5.3.1 A ausência de lógica na escolha da disponibilidade como critério de arbitrabilidade.....	119
3.5.3.2 Para além de uma “conceituação” abstrata da disponibilidade – possibilidade de arbitrabilidade .....	121
3.5.3.3 Sobre a expansão da arbitrabilidade objetiva .....	125
3.5.3.3.1 Da Lei de Mediação .....	125
3.5.3.3.2 Uma tendência ao critério da patrimonialidade.....	127
3.5.3.4 A expansão alcança áreas do direito anteriormente tidas como incompatíveis à arbitrabilidade: breves apontamentos .....	127
3.6 Conceito e natureza jurídica da arbitragem: para além do viés tradicional jurisdicional e processualista .....	131
<b>4 A ARBITRABILIDADE DO DIREITO ANTITRUSTE: A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA ..</b>	<b>134</b>
4.1 Direito antitruste e a arbitrabilidade objetiva: lições no âmbito internacional .....	135
4.2 Da obrigatoriedade da aplicação do direito antitruste pelo árbitro e da sua “revisão” .....	140
4.3 Da arbitrabilidade do direito antitruste brasileiro: critério e limitações .....	143
4.3.1 A estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: <i>enforcements</i> público e privado .....	143
4.3.2 <i>Enforcement</i> público e <i>enforcement</i> privado: o critério de arbitrabilidade e os limites da utilização da arbitragem na solução de controvérsias de Direito Antitruste .....	145
4.4 Instrumentalização do <i>enforcement</i> privado pela arbitragem .....	149
4.4.1 Da possibilidade de utilização da arbitragem: hipóteses controversas.....	149
4.4.2 Do estímulo à reparação civil de danos à instrumentalidade dos <i>enforcement</i> público e privado .....	155
4.5 Instrumentalização do <i>enforcement</i> público pela arbitragem .....	159
4.5.1 Controle de estrutura e acordos em atos de concentração (ACCs) .....	160
4.5.2 O monitoramento do cumprimento das obrigações assumidas nos ACCs: um ciclo vicioso .....	164
4.5.3 O uso da arbitragem na jurisprudência do Cade .....	169
4.5.3.1 Caso ICL/Fosbrasil – 2014 .....	169
4.5.3.2 Caso ALL/RUMO – 2015 .....	171
4.5.3.3 Caso Bovespa/Cetip – 2017 .....	175
4.5.3.4 Caso At&T/TimeWarner – 2017 .....	178
4.5.3.5 Considerações sobre a análise dos casos .....	181
4.5.3.5.1 A arbitragem relacionada exclusivamente a direitos patrimoniais .....	181
4.5.3.5.2 Estrutura das cláusulas compromissórias .....	182
4.5.3.5.3 Da ausência de delegação de competência.....	184
4.5.3.5.4 Da questão do sigilo.....	185
4.5.3.5.5 Do auxílio ao monitoramento ao reforço da eficiência do <i>enforcement</i> antitruste: ciclo virtuoso.....	187



<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>194</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>200</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>226</b>



## INTRODUÇÃO

A solução de litígios por meio de resoluções de conflitos de caráter alternativo privatístico tem crescido globalmente. A arbitragem é o instituto que talvez melhor represente esta ascensão nos últimos anos e que tem recebido atenção de diversos países<sup>1</sup>. Sua difusão, ao mesmo tempo em que eleva de forma positiva a resolução de conflitos de forma privada, tem contribuído para o surgimento de discussões doutrinárias acerca de diversos temas imbricados, dentre eles a possibilidade de resolução de conflitos relacionados à Concorrência por meio da arbitragem.

Esta inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem é um tema bastante difundido e de há muito debatido no Direito internacional<sup>2</sup>, principalmente nos EUA<sup>3</sup> e na Europa<sup>4</sup>. No Direito brasileiro, ainda que timidamente e de maneira incipiente, a utilização da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos que envolvem questões de Direito Concorrencial, tem ganhado espaço por meio da importante atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)<sup>5</sup> que tem utilizado da arbitragem no âmbito dos Acordos em Controle de Concentração (ACCs). Todavia, inexistente qualquer informação sobre o debate acerca do tema no judiciário brasileiro, o que confirma tratar-se de uma temática primeiramente explorada pela doutrina, estabelecendo-se como uma agenda de pesquisa recente, o que constitui uma das justificativas para a presente pesquisa.

Nesse sentido, alguns autores nacionais defendem que a arbitragem como instrumento de solução de litígios antitruste é uma tendência e uma realidade cada vez mais próxima do

---

<sup>1</sup> UNICITRAL (1958).

<sup>2</sup> A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio de seu Comitê da Concorrência, e com a participação de estudiosos europeus sobre o tema, como Laurence Idot, Philip Landolt, Luca G. Radicati de Brozolo, entre outros, elaborou documento sobre a importância da arbitragem na política e na prática da concorrência, adentrando a interface dessas duas áreas do Direito. Este documento foi baseado na discussão que ocorreu no Grupo de Trabalho nº 3 do Comitê de Competição da OCDE, “*The Hearing highlighted that many international proceedings involve the resolution of competition disputes and that arbitration is likely to become an increasingly important area for competition policy and enforcement*” (OCDE, 2010, p. 7).

<sup>3</sup> Nos Estados Unidos, podemos citar o caso paradigmático “*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*” que será detidamente analisado na presente pesquisa. Em que pese a evolução do entendimento da arbitrabilidade nos Estados Unidos e na Europa, antes se pensava que o Direito Antitruste era inarbitrável, por não tratar de questões de natureza privada e sim de questões relacionadas com o interesse público.

<sup>4</sup> Na Europa, o caso paradigmático que reconheceu a possibilidade de resolução de litígios de Direito Antitruste pela via arbitral é o “*Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*” que também será analisado na seção 4 deste estudo.

<sup>5</sup> Até hoje, quatro foram os casos em que a arbitragem foi inserida em Acordos em Controle de Concentrações: Caso ICL/Fosbrasil (2014); Caso ALL/RUMO (2015); Caso Bovespa/Cetip (2017); Caso At&T/TimeWarner (2017).

Direito brasileiro<sup>6</sup>, em uma clara assimilação do Direito internacional. Assegura-se que a inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem deve permear a agenda de estudos, pesquisas e debates dentro do primeiro; consubstanciando-se uma realidade em que a segunda tem sido utilizada de forma crescente no Brasil<sup>7</sup>.

Inicialmente, o Antitruste era compreendido como uma disciplina completamente impossível de se conciliar com a arbitragem. Esta ideia de contradição era pautada no fato de ele ser norma que tutela interesse público e concebida como de ordem pública, uma vez que suas bases principiológicas são depreendidas da Constituição e estão vinculadas à promoção de ambientes competitivos e à coibição dos abusos do poder econômico, ou seja, adstritas ao Direito Público. Por outro lado, a arbitragem, no Direito brasileiro, é compreendida como um instituto de solução de litígios de caráter privatístico em que prevalece a autonomia da vontade das partes e apenas pode decidir sobre controvérsias relativas a direito patrimonial e disponível, ou seja, vinculado ao Direito Privado. Exatamente o fato de possuírem naturezas jurídicas distintas trouxe um questionamento inicial sobre a arbitrabilidade do Direito Concorrencial, ou seja, matérias a ele concernentes poderiam ser submetidas à solução pela via arbitral?

No entanto, conforme referido acima, a compreensão de não conciliação vem sendo superada na medida em que a arbitragem passou a ser utilizada como meio de solução de litígios de Direito Antitruste. Contudo, os debates estão distantes de propiciar uma resposta tanto aos limites da utilização da arbitragem quanto a busca por critérios capazes de sedimentar uma maior segurança jurídica, embora exista a preocupação com a possibilidade de alargar a jurisdição arbitrária a campos possivelmente inaceitáveis quando da resolução de conflitos concorrenciais. Esse possível alargamento está intimamente relacionado aos limites de atuação do árbitro quando das decisões de temas de Direito Concorrencial como nos casos de cartel e quando a decisão possa envolver atribuições de competência exclusiva do Cade (v.g. decidir sobre a existência de infração econômica e aplicar a sanção).

Em verdade, a utilização da arbitragem pela autoridade antitruste brasileira em seus procedimentos eleva este instituto a um patamar procedimental dependente em relação aos procedimentos administrativos, o que torna emergente a questão dos limites e possibilidades e sugere uma abordagem pautada em um diálogo comum. Entretanto, ao traçar uma dependência nessa inter-relação, de vetor processual administrativo, é possível visualizar que o Cade pode

---

<sup>6</sup> Gabbay e Pastore (2014, p. 12); Becker (2015, p. 242); Rost (2018, p. 43-44); Monteiro (2018, p. 232-233); Frazão (2018a).

<sup>7</sup> A pesquisa intitulada “Arbitragem em números e valores” realizada pela professora Selma Ferreira Lemes, nas maiores câmaras arbitrais do país (AMCHAM; CAM-CCBC; CAM-CIESP/FIESP; CAM-BOVESPA; CAM-FGV e CAMARB) demonstra o crescimento de 1.567 casos novos entrantes entre os anos de 2010-2017.

estar, em verdade, delegando poderes de forma a comprometer os exercícios que são de sua exclusiva competência.

Isto porque o uso do instituto da arbitragem em ACC tem gerado um debate na doutrina do Direito Antitruste brasileiro. Até mesmo no Cade há insegurança e dúvidas quanto aos limites e possibilidades da sua utilização<sup>8</sup>. Assim, acredita-se que a contribuição da presente pesquisa está na descrição de possíveis critérios como base para analisar o alcance das possibilidades e também dos limites da aplicação do instituto, os limites e as possibilidades da inter-relação entre arbitragem e Direito Antitruste. A lacuna ora apresentada, de fato, faz com que o tema ao mesmo tempo seja instigante e desafiador.

Estas preocupações estão intimamente relacionadas à arbitrabilidade do Antitruste, de forma a necessitar de uma exploração mais cuidada. Nesse passo, a presente pesquisa também se dedicará ao estudo de limitações e possibilidades da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem no âmbito do Direito brasileiro. O objetivo é contribuir para que esta lacuna possa ser preenchida ou, em certa medida, que seja dado um passo no sentido de apontar um caminho vincado em uma maior concretude.

Para tanto, depreende-se que a utilização da arbitragem pelo Cade e os questionamentos que dela sobrevêm devem se afastar de uma raiz cultural que se consubstancia tanto no desconhecimento sobre o instituto<sup>9</sup> quanto no que diz respeito ao próprio Direito Concorrencial. A ausência de um diálogo entre arbitragem e antitruste, que ocorre na grande parcela das análises e dos estudos, ora converge para uma abordagem estrita no plano arbitral, ora para uma abordagem estrita no âmbito da Concorrência. Quando há uma referência e a tentativa de confluência, esta sempre ocorre de forma abstrata e distante dos objetivos de ambos, mormente do segundo, conforme identifica Geradin<sup>10</sup>. Em realidade, os estudos acerca do tema, em sua grande parcela, estão distantes de buscar um entendimento interacional entre as duas disciplinas. Dessa feita, é preciso alterar a rota de estudos deste tema e, em um primeiro

---

<sup>8</sup> Alexandre Cordeiro, Superintendente Geral do Cade, afirma que esta é uma preocupação do Cade que perpassa pela compreensão da ordem pública e pela questão da delegação, assumindo, inclusive, que o Cade pode sim se equivocar na aplicação da arbitragem, mas a intenção é sempre de acertar e de buscar este acerto na prática. A questão do limite da aplicação da arbitragem como enforcement é, portanto, bastante sensível (CORDEIRO, 2018.)

<sup>9</sup> Gajardoni (2011, p. 57) identifica que a pouca utilização da arbitragem no Brasil está também relacionada a falta de de sua tradição, “aliada à absoluta ausência de uma campanha de informação e divulgação desse mecanismo extrajudicial de composição dos litígios, fez com que não se elaborassem, ao menos na escala esperada, contratos onde conste a cláusula compromissória”.

<sup>10</sup> “As a result, the existing literature tends to treat competition law in a fairly abstract manner and often fails to sufficiently take into account its objectives, intricacies and the intensely factual analysis its enforcement requires. As a competition law practitioner involved in arbitral proceedings, I attempt to give a competition-law oriented perspective of the questions raised by the interface between arbitration and public policy.” (GERADIN, 2016, p. 5).

momento, buscar compreender onde se situa a interação entre eles, ou seja, qual é o léxico comum dessa inter-relação.

Para que a pesquisa possa contribuir nesse sentido, depreendemos como necessária uma (re)visitação da compreensão tanto do Direito Antitruste quanto da arbitragem. Quanto àquele, a perspectiva é apresentar os seus fundamentos e finalidades com o objetivo de encaminhar uma modal racional, funcional e teleológica que assume a Constituição como quadro de partida obrigatório.

No que diz respeito à arbitragem, pretende-se romper com a tradicional forma de abordagem para a sua assimilação (e assim também o é com a Concorrência) que sempre é analisada e compreendida a partir da Lei de Arbitragem – Lei nº 9.370/96 (LArb), de sua positivação, de forma abstrata e sem qualquer diálogo com outra disciplina ou instrumento. Ainda, quando os estudos analisam a arbitragem em sua interface com outra disciplina não adentram o ponto fulcral de encontro (aliás nem se preocupam com tal ponto), tampouco se perquire acerca de quais benefícios adviriam de uma possível interação, qual a funcionalidade e a eficácia dela advindas. Ou seja, há uma convergência para uma abordagem estrita no campo arbitral ou no campo de uma outra disciplina, sem se questionar como se auxiliam, em que medida há esse auxílio, inexistente a perquirição de um diálogo comum, que, conforme referimos acima, é objetivo deste estudo. Desse modo, apresentamos como hipótese ser a arbitragem um instrumento de política pública que, na inter-relação estudada, encaminha a hipótese principal: a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência.

Consideramos que, ao encaminhar a pesquisa nesse sentido, rompemos com a compreensão do tema de forma a não dividir a arbitragem e o antitruste, mas sim de estabelecer o seu diálogo que, entendemos, deve ser analisado na prática, por isso a importância de estudar as possibilidades e os limites da inter-relação.

A opção metodológica, tanto para fincar o entendimento sobre Direito Antitruste e arbitragem quanto pela compreensão de sua inter-relação a partir de uma vinculação à política pública, revela, em verdade, uma viabilização de profundidade e seriedade que deve permear qualquer pesquisa científica. Entendemos que o método deve ser atrelado ao movimento do próprio texto, o que significa dizer que é da moldura do texto e da forma como ele é apresentado que se compreende o caminho a ser percorrido.

Assim, o presente trabalho possui como estratégia metodológica a abordagem qualitativa e de análise documental indireta por meio de revisão bibliográfica e estudos de casos. O percurso teórico-interpretativo é consubstanciado a partir de uma crítica-reflexiva que, em alguns momentos, pode transpor uma perspectiva de ruptura, principalmente no que diz

respeito aos objetivos principal e secundário da pesquisa: i. compreender a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência e; ii. a apresentar a arbitragem como política pública.

Para alcançar os objetivos e as contribuições acima delineadas, a pesquisa foi dividida em três partes: i. (re)visitação da compreensão do Direito Antitruste; ii. (re)visitação da compreensão da arbitragem; iii. análise da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem.

Em sua primeira parte, o trabalho busca estabelecer uma compreensão acerca dos objetivos do Direito Antitruste, o que sem dúvida envolve um debate antigo e que não possui consenso. Dessa feita, partindo de uma análise das Escolas de Harvard e de Chicago, constitui-se em um arcabouço menos preocupado com o histórico e muito mais inclinado a uma sintetização referente a dois pontos de suma importância que devem ser depreendidos deste estudo, quais sejam, o objetivo do Direito Concorrencial e a concorrência que se pretende proteger.

O enfoque dessa análise se dá com base em uma oposição crítica às principais ideias e premissas metodológicas da Escola de Chicago, visto que até hoje persiste sua forte influência na compreensão da política pública de defesa da concorrência brasileira, que nos afasta de uma necessária aproximação à Constituição. A perspectiva é a de que este enfrentamento trará subsídios para entendermos o Direito Concorrencial como instrumento de política pública, para muito além de um viés estático e dogmatizado.

Destinamos a segunda parte a uma abordagem relativa à arbitragem sob dois principais enfoques. O primeiro apresenta as principais características e princípios da arbitragem com a intenção de conformar um conhecimento anterior necessário para o desenvolvimento da pesquisa. O segundo permeia um debate acerca da arbitrabilidade objetiva com vistas a apresentar uma superação da concepção tradicional da vinculação da arbitrabilidade com a disponibilidade, o interesse público e com a ordem pública, bem como abrange uma análise sobre a expansão da arbitrabilidade objetiva no Direito brasileiro.

O objetivo é trazer subsídios e criar um caminho para uma assimilação da arbitragem como instrumento de política pública, para muito além de uma compreensão de simples técnica de solução de litígios.

A terceira parte da pesquisa busca demonstrar como se dá a inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem no âmbito do *enforcement* privado e do *enforcement* público e apontar eventuais critérios e limites desta inter-relação, bem como verificar a questão da arbitrabilidade da Concorrência no Direito brasileiro. O recorte metodológico no âmbito do *enforcement*

público tem como principal escopo o estudo dos ACCs em que estão previstas cláusulas arbitrais. A intenção foi verificar qual a motivação da autoridade antitruste brasileira na utilização da arbitragem, se houve delegação de competência e, ao mesmo tempo, identificar quais possíveis incentivos. Ao fim, acreditamos ter cumprido o objetivo principal desta última parte da pesquisa: rejeitar ou comprovar a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência.



## 2 O DIREITO ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA: CONSTITUCIONALIZAÇÃO E (RE)ORIENTAÇÃO DE PARADIGMA

Do jurista não é dado esperar apenas a categorização, a conceituação e a compreensão dos instrumentos jurídicos e de seus institutos. De certa forma, é preciso verificar como o direito pode instrumentalizar e alcançar os objetivos, inclusive sociais, que ele mesmo impõe de forma normativa. É também sob esta perspectiva que o presente trabalho se ancora. No percurso a ser perseguido, é mais do que necessário que o pesquisador apresente suas premissas, sinalize seu ponto de partida e se posicione dentro da área que pretende caminhar. Portanto, neste início, posicionar-se sobre o Direito Antitruste é necessário, tal como também é salutar apresentar a forma e o caminho metodológico da presente pesquisa.

O debate acerca dos objetivos do antitruste<sup>11</sup> é antigo, intenso e, assim como parte da ciência jurídica, não possui consenso. Questões envolvendo inovação, falhas de mercado, poder econômico, bem-estar do consumidor e o recente debate sobre questões como *big data*, inteligência artificial e indústria 4.0 contribuem, inclusive, ao debate acerca de uma (re)adequação metodológica para a análise antitruste do mercado cujos agentes econômicos adotam modelos de negócio baseados em dados<sup>12</sup>.

As constantes transformações técnicas e dinâmicas que influenciam os campos econômicos e sociais, influenciam também o direito<sup>13</sup> (no caso, o Direito Antitruste), reluzindo o fato de que inexistente uma racionalidade imperativa capaz de trazer respostas “prontas”, inclusive aquela voltada a uma dogmatização conceitual e abstrata. Não se vislumbra segurança jurídica a partir de uma mera e simples subsunção à norma – o que a lei autoriza ou não – ou, ainda, pelos conceitos dogmáticos abstratos que se apresentam estáticos. Quem acredita na

---

<sup>11</sup> Neste trabalho os termos Direito Antitruste e Direito Concorrencial serão utilizados como sinônimos.

<sup>12</sup> Em que pese estar distante do objeto de estudo, os avanços tecnológicos sugerem a criação de novos direitos, novas respostas, (re)adequações e novos tratamentos. Muitas vezes exigem a adoção de novos institutos, a readaptação destes institutos e a própria revisitação da (con)formação dogmática. Assim, novas tecnologias predispõem a compreensão e o debate sobre novas percepções, diversificação nas formas de tratamento e alteração de um conceito estático, ensejando rupturas ou a própria evolução de conceitos, institutos, da própria dogmática e da interface inter e transdisciplinar sobre esta posição de necessidade de (re)adaptação da metodologia da análise concorrencial. Neste sentido, *cf.* Frazão (2017a, p. 59-63) e Domingues (2019).

<sup>13</sup> “As demandas da sociedade hodierna não são, se é que já o foram, lineares e de prognósticos que podem ser antecipados de forma a apresentar tratamento unitário. Elas são plurívocas, de diferentes formas e demasiadamente complexas. Esta constatação, longe de ser uma novidade, está relacionada ao fenômeno da globalização que trouxe grandes alterações políticas, econômicas e sociais. O Direito não está de fora deste contexto, assumindo, outrossim, papel fundamental na (re)construção de toda uma sociedade cuja a integração de mercados e agentes econômicos em dimensão e velocidades imensuráveis exigem uma nova estrutura jurídica ou, no mínimo, uma constante (re)adequação. A exigência é de novas compreensões, novas respostas, novas explicações e novas justificativas.” Domingues e Miele [no prelo].

segurança, previsibilidade e racionalidade ‘dentro do’ e ‘pelo’ sistema jurídico, bem como na eficiência econômica como premissa epistemológica monofuncional, está, em verdade, distanciando-se da complexidade das questões que nos são apostas e/ou apega-se à retórica afirmativa de crise<sup>14</sup>.

Entretanto, o Direito Antitruste estaria em crise? A dificuldade em responder aos diversos questionamentos que emergem diante dos desafios da atualidade também colocam em questão os seus fundamentos. Afinal, quais são os objetivos do antitruste?<sup>15</sup> Podemos revelar que mais do que uma insegurança ínsita ao antitruste, a evolução técnico-científica impõe novas questões, novos obstáculos, novos problemas que não são necessariamente crises, mas algo intrínseco à própria sociedade.

Tais questionamentos e a própria dinamicidade do Antitruste estão ainda associados com o seu *telos*, que deve ser compreendido de forma dialógica e sistemática, considerando a sua inter-relação com outros institutos do direito, com a economia, com a sociologia e com a própria democracia, em um claro atributo de reconhecimento da importância instrumental da proteção dos mercados. Neste estudo, considera-se o antitruste como o resultado de um encontro de disciplinas e de instrumentos, principalmente de instrumentos de políticas públicas, como no caso da sua inter-relação com a arbitragem<sup>16</sup>, tal como será explorado a seguir. O que significa dizer que pensar o Direito Antitruste e a própria política pública de defesa da concorrência deve circundar a sua funcionalidade e teleologia que trará instrumentos para uma interpretação jurídica e para a sua própria concretização, superando a sua compreensão em

---

<sup>14</sup> Sobre defesa da existência de crise do antitruste ver Bork e Bowman (1965). A compreensão de crise foi também utilizada por Bork para sedimentar o seu discurso de um “mono-objetivo” do Direito Antitruste e da maximização do bem-estar do consumidor em busca de uma melhor aceitação, em uma tentativa de desvencilhar qualquer somatização ideológica em seu discurso, o que, conforme será verificado neste trabalho, não obteve sucesso ao olhar atento de renomados juristas do direito concorrencial.

<sup>15</sup> Como se caracteriza um real prejuízo à ordem econômica? Qual o limite de prazo de uma patente para não prejudicar determinado mercado e também a inovação? Quando e como caracterizar o benefício ao consumidor? O Direito Antitruste tutela tanto interesses individuais quanto interesses coletivos? Intervenção ou não intervenção do Estado na economia? O que é o mercado? Como compreender os contratos associativos e a interface entre Direito Antitruste e Propriedade Industrial? Quais são os limites e possibilidades da utilização da arbitragem pelo Direito Antitruste? – sugere não uma situação de crise devido à insegurança jurídica, mas sim de característica intrínseca (natureza) do próprio Direito Antitruste que é, em si, de insegurança. Paula Forgioni, que afirma: “Devemos resistir à tentação de afirmar que o direito antitruste está “em crise”. Por definição, crises são passageiras, possuem início, meio e fim. Quando a situação se perpetua no tempo e no espaço, não se trata de crise, mas de características da matéria. Embora a ninguém agrade admitir, um dos atributos intrínsecos do direito concorrencial é a insegurança. Nas últimas décadas, apreendemos que, no direito, há sempre mais de uma resposta possível. O leque de opções “corretas” abre-se diante do intérprete, que segue por apenas um caminho, desprezando outros. No antitruste, para o bem ou para o mal, esse leque é muito mais amplo do que em outros ramos do direito.” (FORGIONI, 2018a, p. 16).

<sup>16</sup> Especificamente sobre a arbitragem, também é preciso superar a sua conceituação e compreensão como mera técnica de solução de conflitos. Isto porque, ao encontro do que será sedimentado, trata-se de uma ferramenta que instrumentaliza políticas públicas.

forma de síntese e alcançando (ou ao menos se aproximando de) um sincretismo metodológico dinâmico.

Ao fincar também essa premissa, aceita-se a permeabilidade entre o público e o privado e, principalmente, a forma como - e se - a arbitragem pode contribuir em sua inter-relação com o Direito Antitruste de forma a instrumentalizá-lo e permitir o incremento de sua aplicação. Mais do que isso, analisar se sua inter-relação com a arbitragem proporciona a efetividade de seus objetivos pelos *enforcements* público e privado é também ponto relevante, neste contexto. Assim, neste início, assume-se, desde já, que ambos se interacionam, ao encontro do que será abordado a partir da seção 4.

Para se chegar a essa premissa, é preciso compreender que o Antitruste é permeado e influenciado não apenas pelo fator econômico, mas pela sua captura por meio da política, em razões de interesses de conjunturas históricas e econômicas matizadas pelo Estado. Rompe-se com qualquer perspectiva estática, aproximando-se de um dinamismo que lhe é ínsito. A perspectiva adotada é exatamente aquela que visa superar a compreensão de uma política pública concorrencial que se tornou exclusivamente sinônimo de eficiência, influenciada pela teoria neoclássica econômica da Escola de Chicago cujo objetivo muitas vezes resume-se à proteção do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*).

Para a superação dessa perspectiva, é imprescindível que o discurso de proteção e aplicação do direito concorrência não se detenha apenas em sua verbalização, mas avance para compreender os seus objetivos e como catalisar a sua performance de forma a atingi-los.

Nesta senda, repisa-se, a sua compreensão deve ser, em seu todo, sistemática e distante de um pragmatismo amalgamado a uma interpretação estanque, partindo de uma necessária interpretação constitucional, principalmente no caso brasileiro. O Antitruste, a partir da análise sistemática das normas jurídico-constitucionais, visa promover a liberdade da concorrência, disciplinando os comportamentos concorrenciais que são postos em marcha e escolhidos pelos agentes econômicos em um dado mercado<sup>17</sup>.

Descortina-se a permeabilidade do Direito Antitruste aos argumentos de natureza constitucional. Os seus pressupostos, os seus fundamentos e as suas finalidades têm a Constituição Federal como quadro obrigatório de partida, inclusive para a principal compreensão a respeito de sua instrumentalidade para a concretização de políticas públicas e a sua compreensão como matéria de ordem pública permeada pelo interesse público. Não se trata,

---

<sup>17</sup> Nesta pesquisa entende-se que. A sua finalidade de descendência constitucional é, portanto, alcançar o interesse público consistente na preservação do bem-estar econômico e, ao mesmo tempo, social e moral, impulsionando a concretização do que convencionamos chamar de “pluri-objetivos”.

sobremaneira, de definir novos critérios orientadores para o Direito Concorrencial. Contudo, é possível perpetrar uma reflexão para além do eficientismo econômico, com ponderações a respeito de seus propósitos e de suas metodologias<sup>18</sup>. A ideia é pensar o Direito Antitruste em um modal racional-funcional-teleológico<sup>19</sup> que desperte uma compreensão por inteiro e que desse inteiro seja possível caligrafar os primeiros passos que auxiliarão na busca do léxico comum quando da sua interação com a arbitragem.

E, mais uma vez, o debate acerca dos objetivos do Direito Antitruste nos auxilia na sua compreensão. A perspectiva é caminhar no sentido de depreender a concorrência como instrumento de políticas públicas que, por sua vez, são impulsionadas pela sua aplicação (*enforcement*) seja pública ou privada<sup>20</sup>.

Para a compreensão do *locus* teórico do antitruste aqui defendido, foi realizada referência à Escola de Harvard e uma apertada síntese da Escola de Chicago. O próximo será demonstrar a superação da redução do antitruste a uma metodologia econômica exclusivamente eficientista que enseja uma falsa retórica de presunção de distribuição equitativa dos bens e também uma inexistente ausência de neutralidade política e racionalidade subjuntiva, aproximando-se de uma metodologia normativo-constitucional capaz de dialogar, como instrumento de políticas públicas, com outros institutos jurídicos para atingir seus objetivos; inclusive com outros instrumentos de políticas públicas como no caso da arbitragem, que, defendemos, não é um instrumento de mera técnica de decisão.

A permeabilidade do antitruste é algo que deve ser compreendido e será tomado como premissa nesta pesquisa. A sua constitucionalização é referencial teórico-metodológico. Se a compreensão da tutela da concorrência está vinculada à perspectiva do observador, nesse sentido, assumimos que a sua lente deve se dar a partir da Constituição Federal.

Tão logo, a compreensão do antitruste parte de uma ideia do real-mutável (dinâmico) não dogmatizado, ou seja, tal qual a arbitragem, não está vinculado a uma dogmática rígida que o engessa. Nesse passo, a intenção é a de percorrer não um caminho de teorias que informam o Direito Antitruste, mas sim das “teorias que informam estas teorias”<sup>21</sup>, é de se dizer, a

---

<sup>18</sup> Neste mesmo sentido, *cf.* Frazão (2017a, p. 45).

<sup>19</sup> Este modal racional-funcional-teleológico será desenhado durante o caminho e processo metodológico do texto. A ideia é que o próprio movimento do texto desperte o seu caminho.

<sup>20</sup> Stucke afirma que a definição dos objetivos do Direito Antitruste serve a vários propósitos, destacando dois deles: i. informam o *enforcement* do antitruste e sua aplicação, moldando políticas e prioridades; ii. na medida em que os objetivos sejam mensuráveis e transparentes, eles auxiliam a política concorrencial, bem como aumentam a responsabilidade das autoridades antitrustes, facilitando a justificativa de determinada decisão tanto política quanto em termos de processo administrativo (STUCKE, 2011, p. 558).

<sup>21</sup> Neste sentido, *cf.* Queiroz (2018, p. 55).

sociologia, a história, a filosofia, como também aquela vinculada à constituição<sup>22</sup>. Não existe outra forma de compreender e buscar critérios mínimos da inter-relação entre Antitruste e arbitragem a não ser no próprio diálogo entre esses instrumentos e, para tanto, é importantíssimo compreender os objetivos tanto do Direito Antitruste (objeto desta seção) quanto da arbitragem (objeto da próxima seção).

## **2.1 Escola de Harvard: o modelo da *workable competition***

Durante, principalmente, a década de 1970, houve um tradicional embate entre duas teorias do Direito Antitruste: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago, cujos fundamentos sintetizam duas questões apriorísticas: i. qual o objetivo do Direito Antitruste; e ii. qual a concorrência que deve ser protegida. Não se pode perder de vista que essas escolas buscam consolidar princípios do direito concorrencial e partem de uma compreensão estilizada em uma visão de mundo apriorística, em um sentido de inserir premissas categorizadas, inclusive ideologicamente.

A Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista, defendia que na formação estrutural do mercado era preciso impedir uma elevada concentração de poder, uma vez que excessivas concentrações de mercado eleva a possibilidade de controle do mercado. O poder de mercado, por sua vez, geraria disfunções como o poder de aumentar preços, criar barreiras à entrada, assimetrias de informações e a propensão para uma ação concertada dado a pouca participação de agentes econômicos no mercado. Portanto, é a estrutura concentrada de um determinado mercado que determina a sua performance, ou seja, as empresas concentradas estariam “protegidas da competição por barreiras à entrada, consistente em economias escala, exigência maiores de capital, know-how escasso e diferenciação de produtos<sup>23</sup>. O paradigma e a base normativa desta corrente teórica baseava-se na estrutura-conduta-desempenho (E-C-D).

Como ‘estrutura’ pode-se compreender a própria concentração que ensejaria, redução do número de vendedores, ausência de diferenciação de produtos, barreiras à entrada, grau de concentração da demanda. Esta estrutura poderia facilitar a coordenação entre os agentes econômicos (conduta) que, como consequência, elevaria a probabilidade de redução da

---

<sup>22</sup> Acreditamos que todos esses conceitos que informam as teorias do antitruste são internalizados na e pela Constituição, por isso assumimos a Constituição Federal como um quadro de partida obrigatório. A Constituição, depreendemos, internaliza de forma positiva a (con)formação de princípios e objetivos, principalmente de ordem social-econômica sempre relacionados com a questão do desenvolvimento. No caso brasileiro, o desenvolvimento e os direitos econômico e social estão constitucionalmente previstos e demandam políticas públicas vocacionadas a sua consecução como condição de sua eficácia e efetividade.

<sup>23</sup> Salomão Filho (2007, p. 22).

produção e aumento dos preços praticados superiores que aqueles relacionados ao custo médio marginal a longo prazo (desempenho)<sup>24</sup>.

Philip Areeda e Donald Turner<sup>25</sup> (1975), representantes da Escola de Harvard, ao demonstrarem a preocupação com os preços predatórios praticados por determinados agentes econômicos – e assumirem que um agente pode reduzir o valor do seu produto para expulsar rivais do mercado e, logo em seguida, aumentar os valores para obter lucros maiores – expõem a preocupação com o comportamento dos agentes econômicos.

Dessa forma, as autoridades antitruste deveriam se ater ao controle de estruturas (prevenção) e à existência de efetiva concorrência de forma a reduzir a concentração e aumentar a concorrência. Essa era a preocupação principal<sup>26</sup>. O predicativo era eliminar a concentração de poder, distanciando-se das questões de falhas de mercado, diante do receio de que o mercado, sob a égide de poucos sujeitos, pudesse conduzir uma economia a um nível de artificialidade e exclusão. Trata-se de um modelo denominado *workable competition* (competição viável), caracterizado pela pulverização da estrutura ao permitir a participação de um grande número de agentes no mercado<sup>27</sup>.

Tal modelo foi lançado por Clark que, ao superar a concepção neoclássica de um modelo de concorrência perfeita, lançou as bases da Escola de Harvard. A compreensão é da concorrência como um processo dinâmico em que a regulação pelo Estado é reconhecida como necessária para o funcionamento do próprio mercado. Tal Escola intimamente internaliza que no mundo real inexistente concorrência perfeita, sendo certo que a regulação do Estado, no que diz respeito ao controle de práticas restritivas, consubstancia a concorrência em um sentido operacional. Esta ‘política de intervenções’, que tem a finalidade de estabelecer estruturas de mercado pró-competitivas (redução da concentração e da barreira de entradas), possui sua gênese exatamente na compreensão de imperfeição do mercado e na esperança de que a sua

---

<sup>24</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 89).

<sup>25</sup> “We would not permit a monopolist to price below marginal cost in order to meet the lawful price of a rival. Although there are grounds for permitting him to price below marginal cost in order to meet a rival's unlawful price, the administrative difficulties presented by the necessity of distinguishing the two cases are so great as to lead us to reject the defense altogether. The first proposition, although questionable, seems correct, particularly where the rival is a new entrant. The fact that the rival's low price may be legitimately promotional, and hence a proper competitive tactic, does not make legitimate the response of a monopolist whose product is already well known. The monopolist who goes below marginal cost to meet a rival's promotion is not competing on the merits; the response will destroy or greatly reduce the effects of the rival's promotional effort, a result likely to be particularly serious for the new entrant, whose usual problem is precisely that of obtaining a profitable volume quickly enough to make start-up losses bearable” (AREEDA; TURNER, 1975, p. 715).

<sup>26</sup> Salomão Filho (2007, p. 22). “The Harvard School has been more reserved, seeing potential for harm if the market structure is monopolistic or conducive to monopoly” (p. 6) (HOVENKAMP, 2007, p. 6).

<sup>27</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 88).

estrutura influencie um mercado competitivo, evitando-se a todo custo monopólios e oligopólios.

Nesse sentido, a política de defesa da concorrência é compreendida como uma parte da política econômica aplicada e como instrumento de abordagem e aproximação de objetivos socialmente definidos, em um sentido de “pluri-objetivos” ou de “multifinalidades”<sup>28</sup>. A importância do comportamento das empresas, da própria estrutura do mercado e dos resultados obtidos passou a ser estudada e considerada. O Antitruste vinculava-se a uma preocupação tanto de eficiência econômica quanto social, em que o Estado deveria atuar a partir da promoção de políticas públicas para garantir a livre concorrência no mercado.

Há, portanto, uma clara identidade com uma função de proteção da concorrência em si, e a diluição de poder entre os agentes econômicos em um determinado mercado, combatendo as concentrações. A concentração é compreendida como condição para a não aprovação de atos de concentração, em um sentido que atos de concentração são vistos como estruturas propícias para a prática anticompetitiva de cartel e de preços predatórios. Veja-se que, nos EUA, as restrições verticais passam a ser compreendidas e analisadas como um ilícito *per se* (ilícito em si mesmo), independentemente de eficiência econômica, influenciando as decisões da Suprema Corte norte-americana a partir da década de 1950<sup>29,30</sup>. Assim, considera-se que o pensamento da Escola de Harvard se enquadra na afirmação de Tim Wu de que nos anos 1960 “[...] *um amplo consenso político, legal e intelectual considerou a excessiva concentração econômica e a monopolização como economicamente duvidosas e politicamente perigosas*”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Budzinski explica que “a Escola de Harvard favoreceu uma abordagem multi-objetivos que pode incluir qualquer tipo de metas (desejadas), por exemplo, eficiência, bem-estar do consumidor, inovação, distribuição justa dos rendimentos, liberdade, promoção das pequenas empresas, diversificação, proteção contra a concorrência desleal, proteção contra o poder de mercado, competitividade internacional, integração econômica das regiões, promoção das regiões economicamente atrasadas, baixo desemprego, proteção dos empregos locais, promoção das indústrias-chave, desenvolvimento sustentável, etc.” (BUDZINSKI, 2008, p. 299).

<sup>29</sup> Para um maior adensamento, inclusive crítico, da Escola de Harvard, cf. Hovenkamp (2005, p. 57).

<sup>30</sup> Pfeiffer (2010, p. 86-88).

<sup>31</sup> Tradução livre de: “[...] *a broad political, legal and intellectual consensus saw excessive economic concentration and monopolization as both economically dubious and politically dangerous.*” (WU, 2018, p. 83).

## 2.2 A preponderância da Escola de Chicago: fundamento estático e “parâmetros precisos”

A partir da década de 1970, os precedentes da análise *per se* surgidos na Suprema Corte dos EUA<sup>32</sup> passaram a ser questionados, principalmente pela Escola de Chicago<sup>33</sup>. Pautada em uma tradição econômica neoclássica, sua principal crítica às propostas estruturalistas da Escola de Harvard era a ausência de uma metodologia econômica. A multiplicidade de objetivos do antitruste, em verdade, catalisaria ambiguidade e ausência de critérios precisos que apenas poderiam ser alcançados a partir de uma premissa pautada em um modelo econômico, cuja racionalidade lhe seria ínsita.

Para Bork<sup>34</sup>, um dos maiores expoentes desta escola, existia um paradoxo<sup>35</sup> na aplicação da política concorrencial até então vigente, posto que, ao proibir práticas e atos de concentração capazes de aumentar a escala de produção do agente econômico e o conseqüente surgimento e concretização de players eficientes capazes de investir em tecnologia e reduzir os preços dos produtos, estar-se-iam comprometendo os interesses dos consumidores e da própria eficiência

---

<sup>32</sup> Cf. *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962). Sobre este caso, Bork afirma que a decisão é o pior ensaio antitruste já escrito. (BORK, 1993, p. 210). Para um breve resumo do caso, cf. Pfeiffer (2010, p. 86-87). Segundo Jacobs, o debate entre as Escolas de Chicago e Harvard perduraram durante a década de 1970 até o final da década de 1980, quando as premissas da eficiência econômica de Chicago foram adotadas tanto pela maioria do judiciário quanto pelas agências administrativas federais. (JACOBS, 1995, p. 74-75).

<sup>33</sup> Sobre a Escola de Chicago, verificar Gaban e Domingues (2016, p. 90-94).

<sup>34</sup> Bork também considerava que a jurisprudência buscava favorecer o antitruste paradoxalmente, pois impedia o ganho de eficiência das empresas. “*Given the pace and direction of its development, the overriding need of antitrust today is a general theory of its possibilities and limitations as a tool of rational social policy. Yet there exists among those professionally concerned with antitrust a surprising lack of agreement concerning the most basic question. The disagreement, though variously phrased, is finally about two issues: (1) the goals or values the law may legitimately and profitably implement; and (2) the validity of the law’s vision of economic reality. [...] A consideration of the virtues appropriate to law as law demonstrates that the only legitimate goal of antitrust is the maximization of consumer welfare. Current law lacks these virtues precisely because the Supreme Court has introduced conflicting goals, the primary one being the survival or comfort of small business. [...] There are many problems here, but perhaps the core of difficulty is that the courts, and particularly the Supreme Court, have failed to understand and give proper weight to the crucial concept of business efficiency is one of the two opposing forces that determine the degree of consumer well-being (the other being resource misallocation due to monopoly power), this failure has skewed legal doctrine disastrously. Business efficiency necessarily benefits consumers by lowering the costs of goods and services or by increasing the value of the product or service offered; this is true whether the business unit is a competitor or a monopolist. When efficiency is not counted, or when it is seen as a positive evil, it appears that no business structure of behavior has any potential for social good, and there is consequently no reason to uphold its legality if any remote danger can be imagined*”. (BORK, 1993, p. 7-8). Em outro momento afirma que: “*Today the courts seem as far as ever from the necessary clarity of purpose. A survey of judicial opinions, not to mention the surrounding confusion of scholarly and professional commentary, is likely to leave the impression that antitrust is a cornucopia of social values, all of them rather vague and undefined but infinitely attractive. A multiplicity policy of goals in the law seems desirable to some commentators, though they do not address the question of whether the goals contradict one another and how such contradictions are to be resolved in deciding specific cases*” (BORK, 1993, p. 50).

<sup>35</sup> Calixto Salomão explicando o paradoxo de Bork aduz que: “[...] a consideração da concorrência como um valor em si mesmo implica necessariamente prejuízo ao consumidor [o paradoxo de Bork], pois em nome da defesa da concorrência impede-se a formação de economias de escala, que são benéficas ao consumidor (na medida em que, reduzindo custos, permitem a redução de preços) e, portanto, eficientes.” (SALOMÃO, 1998, p. 25).



estrutural do mercado que visava proteger. Isso porque, para os adeptos da Escola de Chicago, na medida em que há a redução dos custos, reduzir-se-iam os preços, o que beneficiaria o consumidor e, ao mesmo tempo, permitiria o ganho de eficiência dos agentes econômicos<sup>36</sup>.

A política concorrencial, em verdade, tem sido? reorientada para uma análise de cariz efficientista sob o guarda-chuva de que o poder de mercado não significa, fundamentalmente, infração à ordem econômica. De forma oposta à Escola de Harvard, a Escola de Chicago compreende que impedir o crescimento e aumento do tamanho dos agentes econômicos se consubstancia na perda de melhores possibilidades de ganhos de eficiência proporcionados pela redução dos custos em uma economia de escala<sup>37</sup>. Acredita-se que em um mercado livre as forças da concorrência selecionam as estruturas de mercado “obviamente” mais eficientes. Em um livre mercado, em regra, estruturas ineficientes não sobrevivem a um processo de seleção competitivo a longo prazo<sup>38</sup>. Assim, a política da concorrência deveria evitar a intervenção em mercados competitivos; a esfera política não deveria influenciar a livre construção do mercado que é presumidamente competitiva e neutra. Esta neutralidade política é pautada na crença da autorregulação do mercado e da não intervenção estatal esvaziada de qualquer discurso ideológico.

Portanto, a concentração é compreendida como instrumento de ganhos de escala, consubstanciada na produção em massa e na redução dos preços aos consumidores. Reduzindo os custos, reduzir-se-iam os preços da mercadoria, maximizando o bem-estar do consumidor, sem qualquer necessidade de intervenção do Estado, na medida em que o mercado se autorregularia.

Com efeito, é possível verificar que a eficiência produtiva (curva de custos) e principalmente a eficiência alocativa (curva de demanda pelo produto) são tipos distintos de eficiência que fundam a teoria econômica neoclássica seguida pela Escola de Chicago. Ou seja, o Direito Concorrencial passou a ser compreendido exclusivamente pelo critério da eficiência que estaria diretamente associada ao bem-estar do consumidor<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Este pensamento da Escola de Chicago está intimamente vinculado com seu outro autor, um de seus fundadores, Aaron Director que, com base na teoria do preço, defendia que quanto mais eficientes fossem as empresas, menores seriam os preços de seus serviços e produtos, o que afetaria positivamente o consumidor.

<sup>37</sup> Andrade, (2013, p. 51-52). O autor explica que a Escola de Chicago proporcionou o desenvolvimento de índices para análise de atos de concentração como o índice HH (Hirschman-Herfindahl), em que pese a relativização da presunção de abuso de poder econômico a partir de dados estruturais.

<sup>38</sup> Budzinski (2008, p. 295–324).

<sup>39</sup> “*The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or not net loss in consumer welfare.*” (BORK, 1993, p. 91).

A eficiência produtiva significa produzir bens ou serviços a custos reduzidos, ou seja, a produção será eficiente quando “não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor” ou quando “não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos”<sup>40</sup>. Haverá eficiência alocativa quando os recursos estão empregados em atividades consideradas mais importantes pelos consumidores (satisfação de preferências pessoais), ou seja, relaciona-se à distribuição dos recursos na sociedade, em “clara” maximização<sup>41</sup> do bem-estar do consumidor<sup>42</sup>, vinculados aos critérios de “Ótimo de Pareto”<sup>43</sup> e de “Kaldor-Hicks”<sup>44,45</sup>. Ao mesmo tempo, a distribuição de recursos na sociedade (eficiência alocativa) não significa redistribuição de riqueza: não se trata de distribuição de renda, uma vez que para a Escola de Chicago o Direito Antitruste com ela não se preocupa. Nas palavras de Bork,

O bem-estar do consumidor é maior quando os recursos econômicos da sociedade são alocados para que os consumidores possam satisfazer seus desejos tão plenamente quanto as restrições tecnológicas permitirem. O bem-estar do consumidor, nesse sentido, é meramente outro termo para a riqueza da nação. O antitruste, portanto, tem uma preferência pela prosperidade material, mas não tem nada a dizer sobre os modos como a prosperidade é distribuída ou usada. Essas são questões de outras leis.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> Cooter (2010, p. 38).

<sup>41</sup> O termo maximização aqui é compreendido como a escolha da melhor alternativa que as restrições permitem. Neste sentido, cf. Cooter (2010, p. 37).

<sup>42</sup> Salomão (2008, p. 145).

<sup>43</sup> Os economistas denominam como “Ótimo de Pareto” uma situação em que o bem-estar de qualquer indivíduo não pode ser elevado sem reduzir o bem-estar de outro. Em outras palavras, em uma relação em que há trocas econômicas, se não é possível melhorar a posição de um determinado agente econômico sem reduzir o bem-estar do outro agente econômico, estamos diante do Ótimo de Pareto. Assim, se a oferta de determinado produto atende à necessidade dos consumidores e qualquer aumento ou redução na oferta aumenta ou reduz a procuração diante de um ponto de equilíbrio, o que prejudica uma das partes, considera-se que há desperdício de bens escassos e consequente perda de riqueza.

<sup>44</sup> “Como a figura do ótimo de Pareto seria muito limitada, por envolver situações em que ao menos uma pessoa fique em situação melhor que a anterior e nenhuma em situação pior, logo se desenvolveu a figura do Ótimo Potencial de Pareto (ou de Kaldor-Hicks), na qual as perdas de alguns possam ser compensadas pelos ganhos dos demais, ou seja, o bem-estar dos vencedores deve ser de tal monta que compensa a perda dos perdedores.” (ANDRADE, 2014, p. 68).

<sup>45</sup> De acordo com Andrade (2014, p. 67), “Não dizer respeito a questões redistributivas; significa analisar se os recursos estão empregados onde os consumidores deles mais necessitam, ou seja, trata-se de uma abordagem a partir da perspectiva do mercado, da curva de demandas por bens.”). Calixto Salomão também esclarece que a eficiência alocativa está relacionada com a distribuição dos recursos na sociedade, porém não se confunde com a questão de distribuição de riqueza e de renda. (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 198-199). A mesma observação é apresentada por Eleanor Fox (FOX, 2008, p. 78).

<sup>46</sup> Bork (1993, p. 90, tradução nossa). No original: “*Consumer welfare is greatest when society’s economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permits. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of nation. Antitrust thus has a built-in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters of other laws*”.

A maximização do bem-estar do consumidor pressupõe, portanto, a inexistência de outros objetivos para o Direito Concorrencial. Logo, ficam excluídas preocupações relacionadas à suposição de benefícios sociais de preservar pequenas empresas em detrimento da eficiência<sup>47</sup>. A premissa epistemológica da eficiência econômica é utilizada como justificativa que – bem ou mal - proporciona a defesa da existência de monopólios; o dogma neoclássico da racionalidade que maximiza a eficiência econômica é premissa incontestável para esta teoria. Ao selecionar o critério da eficiência econômica, a Escola de Chicago substitui a racionalidade jurídica, justificada pela premissa de que a racionalidade econômica confere ao Direito Antitruste maior previsibilidade e segurança, em uma busca de soluções exatas, e inclusive nega a existência de barreiras de entrada<sup>48</sup>

A racionalidade, tecnicidade e logicidade atribuída à teoria econômica de Chicago é ‘evidente’. Para esta Escola não é possível abandonar o modelo econômico efficientista, pois significaria se abster da construção de um direito racional na medida em que a “teoria econômica básica é uma disciplina intensamente lógica, e muito deste entendimento consiste em derivar as implicações de uns poucos postulados empiricamente suportados” e apenas pelo aporte do modelo econômico seria possível ter a certeza de que a teoria é muito bem fundada e, conseqüentemente, totalmente confiável<sup>49</sup>. O fundamento é o de que o modelo da eficiência econômica é muito mais desenvolvido do que a teoria jurídica, sendo esta marginalização a única capaz de trazer certeza e rigor lógico para o Direito Antitruste<sup>50</sup>. O critério que lhe assegura coerência e definição distanciar-se-ia da ambiguidade e vagueza da “pluri-objetividade” na qual estava engendrado sob a compreensão da Escola de Harvard.

Assim, ao incorporar a metodologia econômica de característica efficientista, atos de concentração monopolísticos passaram a ser compreendidos como eficientes, rejeitando as

---

<sup>47</sup> Bork (1993, p. xi).

<sup>48</sup> “*Yet it is demonstrable that barriers of the sort these commentators and jurists believe they see do not exist. They are ghosts that inhabit antitrust theory. Until the concept of barriers to entry is thoroughly revised, it will remain impossible to make antitrust law more rational or, indeed, to restrain the growth of its powerful irrational elements.*” (BORK, 1993, p. 310). Neste sentido, Bork afirma que “O argumento desse livro, é claro, a concorrência deve ser entendida como a maximização do bem-estar do consumidor, ou, se você preferir, a eficiência econômica. Isso requer raciocínio econômico porque as cortes precisam balancear, quando eles conflitam, possíveis perdas de eficiência na alocação de recursos com possíveis ganhos no uso produtivo desses recursos. Em uma palavra, a finalidade é máxima eficiência econômica para nos tornar tão ricos quanto possível. A distribuição dessa riqueza ou a realização de finalidades não-econômicas são os assuntos próprios de outras leis e não estão dentro da competência de juízes decidindo casos antitruste.” (BORK, 1993, p. 427, tradução nossa).

<sup>49</sup> Bork (1978, p. 117).

<sup>50</sup> Frazão (2014, p. 146). A Professora Ana Frazão explica os pressupostos da Escola de Chicago para após apontar as suas fragilidades. Este também é o seu posicionamento na sua obra *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas* (FRAZÃO, 2017b).

premissas do paradigma da Escola de Harvard Estrutura-Condução-Desempenho. A pulverização da estrutura do mercado entre os agentes econômicos, defendida pela Escola de Harvard, é compreendida como uma distorção paradoxal. Neste aspecto, a política de defesa da concorrência ganha destaque em termos de execução, tendo em vista que práticas consideradas como ‘ilícitas *per se*’ passam a ser analisadas a partir de uma regra da razão baseada em ganhos de eficiência. O poder econômico não é mais visto como um mal em si, mas sim uma premissa para a promoção da eficiência econômica, em sentido direto de produção de escala a baixo custo<sup>51</sup>.

Hovenkamp<sup>52</sup> afirma que a Escola de Chicago trouxe muitas contribuições para a política antitruste, como: maior rigorosidade econômica; menor preocupação com valores não econômicos; maior confiança nas correções das falhas de mercado sem a intervenção do Estado.

A inserção do pensamento da Escola de Chicago trouxe para o Antitruste as seguintes premissas básicas: i. o objetivo do Direito Antitruste é a maximização do bem-estar do consumidor, cuja compreensão é restrita à eficiência econômica; ii. bem-estar do consumidor é equivalente à eficiência alocativa (eficiência como fim em si mesma); iii. autorregulação do mercado – presunção do bom funcionamento do mercado, afastando qualquer intervenção estatal (neutralidade política); iv. modelo econômico efficientista como critério único capaz de gerar previsibilidade e segurança.

Em verdade, oferece simplificações poderosas: como a racionalidade, a maximização dos lucros, assumindo a busca por um interesse material próprio e individual exclusivo, sem se importar com metas sociais<sup>53</sup>.

Tão logo, é necessário questionar se o bem-estar do consumidor deve ser considerado como único objetivo do Direito Antitruste e se, a partir deste modelo como único critério e ponto de partida, é possível compreender e aplicar uma política pública de defesa concorrencial adequada, que conforme o alcance de sua finalidade.

---

<sup>51</sup> Salomão Filho (1998, p. 39). Franceschini e Bagnoli afirmam que a Escola de Chicago acredita nas eficiências advindas de integrações verticais, posto que estas concentrações proporcionariam redução de custos e, via de consequência, ganho aos consumidores. De tal forma que uma política legislativa capaz de promover o bem-estar do consumidor tornaria possível desprezar outros objetivos de Direito Antitruste. (Franceschini; Bagnoli, 2016. p. 113.) É possível afirmar que, para além de desprezados, são efetivamente desconsiderados.

<sup>52</sup> Hovenkamp (2007, p. 1).

<sup>53</sup> Stucke (2007, p. 521).

### 2.3 O paradoxo da Escola de Chicago: o pluralismo da política antitruste e o equívoco que atinge a instrumentalização de políticas públicas de defesa da concorrência

Ao tratar do possível “paradoxo” da Escola de Chicago é importante neste início observar que não se busca negar as importantes contribuições da análise econômica para o direito concorrencial, não é o que aqui propomos<sup>54</sup>.

De outra forma, é preciso compreender que a utilização do paradigma da Escola de Chicago como metodologia do antitruste, principalmente para a sua coerente aplicação como instrumento de políticas públicas que dialoga com outros instrumentos de políticas públicas que aqui defendemos, é de toda forma insustentável<sup>55</sup>. Principalmente pela sua insuficiência e pela sua carga ideológica.

A Escola de Chicago enfeixou a compreensão da política antitruste em uma estratégia *top-down* de superposição, criando e consolidando padrões e rotinas principalmente por meio do judiciário, impondo uma compreensão padronizada e estandardizada<sup>56</sup>. Por esta teoria, criou-se uma película impermeável à compreensão de que o Direito Antitruste tem como finalidade a proteção dos consumidores (“mono-finalidade”).

A eficiência como critério normativo único do Direito Concorrencial é fundada em uma conceituação específica de maximização do bem-estar do consumidor seguindo um modelo econômico neoclássico e uma compreensão estática da concorrência. O discurso é bastante atrativo, uma vez que, em tese, a eficiência alcançada seria repassada ao consumidor.

---

<sup>54</sup> Gaban e Domingues chamam atenção para o fato de que não se pode retirar a importância da teoria econômica na análise antitruste, posto a existência de fenômenos que não podem ser explicados por meio da teoria jurídica, apontando, por exemplo, que o conceito de eficiência alocativa está vinculado ao princípio do *competition drives innovation*, de suma importância na análise de fatos que atraem a utilização da lei antitruste. Ao mesmo tempo, afirmam que o fenômeno concorrencial avaliado por meio da teoria econômica não conduz à verdade dos fatos e não é capaz de prever efeitos futuros. (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 94). A eficiência econômica também é importante no que diz respeito à exceção aplicada na vedação de eliminação da concorrência quando se fala em concentrações horizontais (Art. 88, §6º, da LDC). No fundo, como será apresentado mais à frente, a eficiência é instrumento importante para o Direito Antitruste, desde que também proporcione ganhos sociais e incorpore a eficiência dinâmica.

<sup>55</sup> Neste sentido, conferir Frazão (2017a, p. 51-52).

<sup>56</sup> A estratégia *top-down* é explicada por Schuartz (2008, p. 5-6) como uma de solução de problemas jurídicos que traz consigo determinados elementos de indiferença ou mesmo resistência que “pode manifestar-se de formas tão diferentes entre si como a consideração seletiva somente de um pequeno conjunto de textos legais ou julgados para fins de aquisição das premissas normativas gerais a utilizar nas decisões dos casos concretos (com a desconsideração do conjunto complementar), ou a decretação de que o direito deve ser aplicado de maneira a maximizar alguma função-objetivo.” É exatamente nesta característica de maximização de função-objetivo da estratégia *top-down* que se traz a afirmação que a mesma estratégia é também utilizada pela Escola de Chicago. Isso porque, parte da premissa, tida como certa, de exclusividade do bem-estar do consumidor como único objetivo do Direito Antitruste, baseado na premissa da eficiência econômica, que foi adotadas tanto pela maioria do judiciário quanto pelas agências administrativas federais (*cf.* nota de rodapé 22 *supra*).

Entretanto, essa construção é, ao contrário do que “sustentam” os defensores da Escola, imbuída em um critério único de valoração que limita tanto a compreensão quanto a análise da concorrência e que, muitas vezes, não é capaz de comprovar a consecução de seu objetivo. Dito de outra forma, não é capaz de comprovar a distribuição da riqueza gerada de forma a alcançar o bem-estar do consumidor.

Diante de críticas à análise econômica do Direito Antitruste fundamentada na Escola de Chicago, é possível elencar pontos frágeis do modelo econômico efficientista. No presente estudo, limitar-nos-emos a apresentar os seguintes pontos que explicam uma equivocada política pública de defesa concorrencial: i. presunção de distribuição equitativa dos bens (edificada em uma falsa retórica); ii. ausência de neutralidade política e racionalidade; iii. “eficiência pela eficiência” (estática) implica na própria ausência de eficiência.

### 2.3.1 A retórica do bem-estar do consumidor e a distribuição equitativa dos bens

Com a expansão e o domínio do quadro teórico e da aplicação prática do antitruste pela Escola de Chicago, é possível diagnosticar uma paralisia do Antitruste acerca de sua densidade teórica, assim denunciada por Salomão Filho<sup>57</sup>. Esta paralisia, podemos afirmar com certa tranquilidade, excede a questão teórica e submerge na própria política de defesa da concorrência e sua instrumentalização e está representada em um contexto<sup>58</sup> de constante busca para uma aplicação e compreensão dos fundamentos e instrumentos da política concorrencial, de forma

---

<sup>57</sup> O professor Salomão Filho (2009) não indica apenas a sua contrariedade à Escola de Chicago e inclusive uma denominada corrente Pós-Chicago, indica a necessidade de uma compreensão estruturalista a partir das formas de distribuição de poder e renda que são constitutivas de uma sociedade e também elementos fulcrais na definição do comportamento econômico de uma determinada sociedade, principalmente nos casos dos países subdesenvolvidos, em clara percepção da importância da relação interna entre distribuição de renda e poder econômico. A preocupação do autor é com a organização da sociedade e não apenas com a aplicação prática do Direito Antitruste, assumindo um necessário constructo teórico do direito distante da idealização do mercado livre pelos neoclássicos e neoinstitucionalistas.

<sup>58</sup> O contexto ideológico que permeia a teoria da Escola de Chicago e influencia decisivamente as políticas concorrenciais será abordado adiante, sendo certa a sua influência. Segundo Wu (2018, p. 91-92) “*Bork offered a calming remedy, with an appealing simplicity and apparent rigor. For Bork’s antitrust economics are easy – not easy enough for a schoolchild, but easy enough for a lawyer who does not specialize in antitrust and is looking for a dignified and respectable manner in which to decide, or get rid of, a hard case. The simple question that Bork posed for every doctrine was this: Does it clearly prevent harm the consumers? Have you proven it? Or might there, plausibly, be an economic explanation that doesn’t imply harm, and if so, what is it? [...] In truth, clad in the costume of economic rigor, Robert Bork’s attack on antitrust was really laissez-faire reincarnated, without the Social Darwinist baggage, an with a slightly less overt worship of monopoly – but with much the same results. With narrow exceptions, mainly related to price-fixing, the government was once again barred to influence economic structure regardless of what Congress said or did. The belief really mattered was that the market enjoyed its own sovereignty and was therefore necessarily immune from mere democratic politics. That meant that the antitrust law, which dared dictate what the economy should look like, needed be put into hibernation – perhaps forever.*”

a sempre atingir a ideia de eficiência econômica, pautada em um único objetivo: o bem-estar do consumidor; como também em contexto em que a distribuição equitativa dos benefícios ao consumidor é totalmente presumida e a toda forma desconsiderada<sup>59</sup>.

Tão logo, os ganhos independem de quem efetivamente obtém os benefícios. Eles são quantificados e visualizados no excedente do produtor e/ou no excedente do consumidor, de forma a negligenciar qualquer tipo de efeito de difícil quantificação ou até mesmo não quantificável. A dificuldade de quantificar os ganhos efetivos do consumidor também contribui para que estes critérios consequencialistas, assumidos por esta opção unidimensional, sejam criticados. O modelo de Kaldor-Hicks, por exemplo, é de tamanha complexidade que “pressupõe a possibilidade de que as empresas possam compensar as perdas do consumidor, o que nem sempre é factível ou determinável”, dificultando a mensuração de eficiências líquidas, principalmente em face das perdas que suspostamente podem ser compensadas<sup>60</sup>.

Desse modo, tanto a eficiência alocativa quanto a eficiência produtiva podem apenas beneficiar os agentes econômicos e não os consumidores. A compensação aos consumidores pode não ocorrer, uma vez que está condicionada a mera possibilidade de que possam vir a ser compensados<sup>61</sup>.

Realmente, não é possível assegurar que as empresas repassem os seus ganhos aos consumidores na forma de redução do valor dos produtos, por exemplo, uma vez que a eficiência produtiva beneficia, no primeiro momento, apenas a empresa. A preocupação é com a produção e não com a distribuição. Destarte, a distribuição equitativa como algo certo e incontestável não se sustenta. Na verdade, aproxima-se de uma falácia naturalista ao atribuir um conteúdo normativo-positivo apenas por conta do seu ser, ou seja, de forma imanente à posição dominante de determinada empresa, presume-se ser ela mais eficiente que as demais, pois, caso contrário, não seria dominante e, ao ser eficiente, presumem-se ganhos de eficiência que inconscientemente são distribuídos para os consumidores<sup>62</sup>.

Na verdade, as eficiências produtivas e alocativas não são capazes de assegurar juízo distributivo, não há como garantir que os agentes econômicos queiram dividir seus lucros advindos das eficiências. A própria mensuração dos efeitos líquidos, conforme mencionado, também é bastante difícil, o que coloca em xeque as premissas econômicas neoclássicas

---

<sup>59</sup> Esta ideia de presunção já foi desenvolvida em item anterior.

<sup>60</sup> Frazão (2018, p. 43-44).

<sup>61</sup> Frazão (2015, p. 182).

<sup>62</sup> Esta é a compreensão de Budzinski (2008, p. 300) (*Cf.* nota de rodapé número 3).

defendidas pela Escola de Chicago. Da mesma forma, não se considera possível que a maximização da eficiência sempre alcançará o interesse do consumidor.

Ao seguir a lógica da eficiência econômica no contexto apresentado, uma outra questão surge sobre o benefício ao consumidor. A partir da produção em escala, da concentração de empresas e da ausência de pulverização, depreende-se que, em mercados estratégicos e/ou essenciais, poucos agentes econômicos concentrarão o poder, a rivalidade passa a ser reduzida, soluções inovadoras não são incentivadas, investimentos em tecnologia não são impulsionados, já que não seria lógico pensar que o agente que monopoliza (ou oligopoliza) o mercado invista na melhoria do produto ou da prestação do serviço. Quer parecer que não há incentivos para que uma estrutura monopolizada, ou oligopolizada, queira investir em inovação e em melhorias.

Nessa medida, também não é certo que os agentes econômicos atendam aos interesses e preferências do consumidor. Será que seria possível atender a questões como qualidade do produto ou serviço (no sentido de melhora), diversidade e existência de possibilidade de escolhas? Essa questão se relaciona diretamente com a eficiência estática da economia neoclássica que leva em consideração apenas as eficiências produtivas e alocativas, tema que retomaremos adiante.

A garantia de que inexistirá perda social também não encontra sustentação, pois o ganho de escala de um determinado agente econômico, por meio da concentração, não garante a redução dos custos de um determinado produto de forma a diretamente beneficiar o consumidor. O que se pretende evidenciar é que não há garantias de que o agente econômico com poder de mercado deixe de aumentar os preços dos seus produtos “de forma a suplantarem o benefício decorrente de sua própria redução de custos”, o que certamente não traz benefícios ao consumidor<sup>63,64</sup>.

Aliás, a ausência de níveis razoáveis de concorrência, ou mesmo de pressão competitiva, ensejará uma preferência para o aumento das margens de lucro<sup>65</sup>, em termos que favorecem as empresas. A única forma de se presumir a distribuição dos ganhos de escala obtidos para os consumidores se dá pela possibilidade de entrada ou rivalidade (mecanismos de mercado) que de fato possam estimular os agentes econômicos – concentrados e que detêm o poder econômico – a efetivar o repasse. Quando tais mecanismos de mercado inexistem, o elevado ganho de

---

<sup>63</sup> Salomão Filho (2007, p. 33).

<sup>64</sup> No mesmo sentido, Forgioni acentua que o “aparente ganho de eficiência não seja compensado pela perda ou diminuição do incentivo à entrada de novos concorrentes, e nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores.” (FORGIONI, 2018a, p. 186).

<sup>65</sup> Frazão (2017a, p. 42).



escala passa a ser um problema concorrencial na medida em que possibilita a consolidação de uma posição dominante que não poderá ser objeto de contestação<sup>66</sup>.

Até mesmo Posner<sup>67</sup>, um dos expoentes da Escola de Chicago, assume que o modelo econômico efficientista é limitado quanto à propositura de critérios para decisões sociais. O autor aponta que a teoria econômica não pode comprovar se a distribuição é boa ou ruim, o que a impede de prescrever qualquer alteração social, confirmando a ausência de realidade nas suposições subjacentes à teoria econômica<sup>68</sup>.

Em verdade, os termos técnicos da economia, sobretudo de redução de custos e ganhos de escala, passam a ser camuflados pelas metáforas da proteção do consumidor e da sociedade como um todo (bem-estar social), em uma retórica socialmente orientada<sup>69</sup>. Essa construção de

---

<sup>66</sup> Frazão (2015, p. 193).

<sup>67</sup> *“Because economics cannot tell us whether the existing distribution of income and wealth is good or bad, just or unjust, the economist cannot issue mandatory prescriptions for social change. Yet this turns out to be less of a handicap to the normative use of economics than might appear. Economists can usually appeal to a generally accepted goal, such as maximizing the value of output, rather than having to defend the goal. By showing how a change in economic policy or arrangements would advance us toward that goal, they can make a normative statement without having to defend their fundamental premises. They can demonstrate, for example, that cartelization results in a reduction in the value of output, and since maximizing that value is a generally accepted goal of a commercial society, their demonstration provides, without more, a prima facie case for prohibiting cartels. An important normative question, already alluded to, is whether and in what circumstances an involuntary exchange can confidently be said to increase efficiency. Even if efficiency is not defined as something that only a voluntary transaction can create – even if the Kaldor-hicks concept is used instead – it is only when resources are shifted pursuant to a voluntary transaction that we can be confident that shift involves an increase in efficiency. The transaction would not have taken place unless both parties had expected to be made better off by it. But many of the transactions either affected by the legal systems are involuntary. Most crimes and accidents are involuntary transactions, and so is a legal judgment to pay damages or a fine. How is one to know when such transactions increase, and when they reduce, efficiency? Kaldor-Hicks asks whether, had a voluntary transaction been feasible, it would have taken place. [...] To reconstruct the likely terms of a market transaction in circumstances where instead a forced exchange took place – to mimic or simulate the market, in other words – is difficult. But to ban all forced exchanges would be grossly inefficient. It would amount to abolishing markets, since virtually all market transactions have some uncompensated third-party effects.”* (POSNER, 2014, p. 16-17). Em oportunidade anterior, Posner admitiu que *“Modern economics is, on the one hand, very mathematical, and, on the other, very skeptical about government and very credulous about the self-regulating properties of markets. That combination is dangerous. Because it means you don’t have much knowledge of institutional detail, particular practices and financial instruments and so on. On the other hand, you have an exaggerated faith in the market.”* (CASSIDY, 2010, s/p.).

<sup>68</sup> Leslie, ao criticar Bork afirmou que o seu legado é de apenas uma teoria econômica hipersimplificada. No original *“The core of Bork’s oversimplification comes in his approach to economics. Bork took a simple view of economics that was no more sophisticated than “basic economic theory” involving economic models that “are simple and require no previous acquaintance with economics to be comprehended.” Unfortunately, as any economics graduate student knows, “basic economic theory” rarely accurately describes how real markets operate. Real markets are far more complex than the basic models presented in an introductory economics course. Bork presented an unnuanced view of economics without any shades of gray, where economic issues are black-and-white and probabilities were replaced by “always” and “never.” A search on Google Books shows that over 50 pages of *The Antitrust Paradox* contain the word “always” and another 50- plus pages include the word “never.” 20 These unqualified descriptions of market forces lead to equally unqualified antitrust prescriptions.”* (LESLIE, 2014, p. 920).

<sup>69</sup> Andrade (2014, p. 174). Cf. também Calixto Salomão Filho (2007, p. 204-207). No mesmo sentido Ana Frazão acentua que *“um dos aspectos mais sedutores de tal proposta foi o de associar a ideia de eficiência ao bem-estar do consumidor, apesar desta relação ser extremamente discutível. Afinal, a implementação das eficiências*

um único objetivo do Direito Antitruste, um objetivo que de fato é incontestável, facilita a oposição do bem-estar do consumidor a outros objetivos concorrenciais<sup>70</sup>, uma vez que o antônimo de eficiente é ineficiente e o de bem-estar é prejuízo (mal-estar)<sup>71</sup>.

O principal mérito da Escola de Chicago e, sem dúvida, a principal razão da aceitação pelas Cortes de suas teses está no fato de ter sido capaz de adaptar objetivos tão claramente de política econômica (como é a defesa da competitividade das empresas americanas) a uma teoria econômica aparentemente preocupada exclusivamente com a defesa do consumidor - e, portanto, de grande apelo teórico e até político-ideológico<sup>72</sup>.

Assim, a retórica<sup>73</sup> da Escola de Chicago é baseada na defesa de que a eficiência econômica alcança o bem-estar do consumidor em vista da não intervenção do Estado e da consequente possibilidade de liberdade para que os agentes econômicos reduzam seus custos (eficiência produtiva) por meio da eliminação da concorrência e da distribuição presumida dos bens na sociedade (eficiência alocativa)<sup>74</sup>. Os ganhos de escala proporcionariam ganhos aos

---

consideradas mais importantes – a produtiva e a alocativa – não pressupõe nenhum juízo distributivo ou garantia de benefícios diretos e efetivos para os consumidores.” (FRAZÃO, 2015, p. 182).

<sup>70</sup> Salomão (1998, p. 19-20).

<sup>71</sup> Andrade (2013, p. 56).

<sup>72</sup> Salomão Filho (2008, p. 138).

<sup>73</sup> “*Oligopoly theory also became the economic language for the Supreme Court’s special solicitude toward small business, most of associated with its merger jurisprudence of the 1960s and 1970s. The jurisprudence followed the 1950 Celler-Kefauver amendment to the Clayton Act’s merger provision, which was intended to nip in its incipiency the perceived growth of industrial concentrations. This impulse toward Jeffersonian entrepreneurialism was attacked by price theorists, particularly Robert Bork and Richard Posner, as anti-efficiency and, thus, as against the greater public good. By the late 1970s, the rhetoric of efficiency and consumer welfare (a technical misunderstood by many to refer to Ralph Nader’s consumerism) had convinced the Supreme Court, newly staffed with Nixon appointees, that oligopoly theory and its Jeffersonian sentiments were bad economics and, thus, bad public policy. A few years latter, the Carter and Reagan Administrations would embark on deregulation programs intended to allow businesses to cut costs and compete more freely. Price theory was seen as the best way to produce a less intrusive antitrust policy that would encourage firms to increase output, reduce costs, and lower prices. Reagan appointees to the federal bench were largely adherents to the neo-classical price theory renaissance. In consequence, agency enforcement policies and court opinions typically evaluate markets strategies by examining commercial purposes and effects through the rather narrow lens of price and output. Neo- classical price theorists called upon antitrust policy markets to think more narrowly and, thus, more pointedly about competitive purposes and consequences. But competition has long been understood as involving more than price competition.*” (PERITZ, 2003, p. 110). Leslie também confronta a retórica chicaguiana: “*Bork’s legacy is an oversimplified economics that often rests on unfounded or disproven assumptions. Yet the very simplicity that renders Bork’s descriptions and prescriptions hollow is what makes them so dangerously attractiveto some. Bork’s model, however, is not just simple; it’s simplistic. Nevertheless, the book’s text has become so authoritative that more sophisticated understandings of economics and antitrust history have not unseated many of its teachings even after these teachings have been proven incorrect.*” *In attacking the Supreme Court’s Brown Shoe opinion, Bork asserted that “once an erroneous idea is let loose in antitrust it tends to run riot.”* 5 2 *Ironically, it turns out he was describing his own influence in the field.*” (LESLIE, 2014, p. 939-940).

<sup>74</sup> Andrade (2014, p. 175).

consumidores e à sociedade, uma vez que a distribuição equitativa é presumida diante da racionalidade do modelo econômico adotado.

Não é possível que se extraia uma racionalidade eficiente, conforme visto.

O objetivo econômico [da Escola de Chicago] era consistente com sua concepção amplamente estática da concorrência, forte crença na racionalidade dos participantes do mercado, ceticismo quanto à probabilidade e extensão das falhas do mercado e dúvidas sobre as capacidades institucionais do governo. Com a fé em mercados pouco regulamentados, eles [Escola de Chicago] viram um papel limitado para antitruste e, conseqüentemente, marginalizaram as metas políticas, morais e sociais do setor antitruste.<sup>75</sup>

Nesse sentido, Calixto Salomão aduz que a redução dos preços ao consumidor, induzido pela produção em massa (custos menores), é a passagem mais artificiosa dessa teoria. O autor critica a presunção da distribuição equitativa dos benefícios em favor dos consumidores que derivaria de uma *ratio* monopolista, posto que a divisão dos lucros do monopolista com o consumidor a partir da redução dos preços na proporção dos ganhos de eficiência não é algo certo<sup>76</sup>.

A ausência de certeza de que os ganhos de eficiência sejam repartidos e a impossibilidade de sequer garantir o alcance do bem-estar dos consumidores, traz uma necessária revisão da compreensão do Direito Antitruste com base em uma metodologia econômica efficientista de “mono-objetivo”.

Para garantir a repartição dos benefícios seria preciso aceitar outros objetivos no Antitruste, como a proteção do próprio sistema concorrencial, na medida em que “Só ela pode garantir a preocupação constante dos agentes econômicos com a redução de preços, melhoria da produtividade e qualidade de bens e serviços.”<sup>77</sup>. Deve-se assumir que o Direito Concorrencial afeta interesses de empresários, de trabalhadores, de consumidores, de agentes públicos e, portanto, requer uma metodologia que não leve em consideração apenas os ganhos de eficiências e um ‘pseudo’ ganho aos consumidores.

---

<sup>75</sup> Stucke (2011, p. 563). Tradução do original: “*Their economic goal was consistent with their largely static conception of competition, strong belief in the rationality of market participants, skepticism over the likelihood and extent of market failures, and doubts about the government’s institutional capacities. With faith in lightly regulated markets, they saw a limited role for antitrust and, accordingly, marginalized antitrust’s political, moral, and social goals*”.

<sup>76</sup> Veja a forte crítica de Rudolph Peritz: “*Moreover, the so called antitrust paradox is an invention with anti-democratic implications, insofar as it is founded on the notion that populism is bad because it is political. Finally, efficiency cannot be distinguished from populism on account of the latter’s politics of wealth redistribution. It turns out that price theory has its own politics of wealth redistribution. The difference between them lies in who wins and who loses.*” (PERITZ, 1990, p. 301).

<sup>77</sup> Salomão Filho (2007, p. 33).

Evidentemente, não é esta a compreensão da Escola de Chicago. No entanto, a eficiência econômica passa a ser não apenas o critério exclusivo, mas também a base para guiar políticas públicas e as análises do antitruste, negando qualquer influência do campo dos valores, ou mesmo a associação do Direito Antitruste à outras questões como àquelas afeitas ao campo social. Sob matiz do modelo econômico da Escola de Chicago, a instrumentalização de políticas públicas de defesa da concorrência negligencia outros valores e busca explicar os fenômenos inerentes à concorrência tendo como único critério metodológico o princípio do bem-estar do consumidor.

O paradigma desta teoria é vincado em uma racionalidade maximizadora que defende como pressupostos decorrentes: informação perfeita; ausência de rivalidade entre os agentes econômicos; homogeneidade dos produtos; ausência de assimetria; o que caracteriza o antitruste (e a economia) como estático. Estas são as bases para guiar tanto as análises antitruste como políticas públicas, inadmitindo escolhas de objetivos sociopolíticos – mais do que isso: negando qualquer influência política e afastando a participação do Estado.

A partir do momento em que o pressuposto é de que a política antitruste é desenhada apenas para atingir a finalidade do bem-estar do consumidor, ou seja, a finalidade é a eficiência alocativa, significa que a política pública antitruste é também orientada para atingir ganhos de eficiência, sem qualquer preocupação com sua redistribuição, ou mesmo com a efetiva redistribuição desses ganhos até mesmo aos consumidores, ao encontro do que já apontamos, em clara exclusão de qualquer outro objetivo ou considerações que não estejam inseridos no modelo econômico efficientista. A retroalimentação promovida pela Escola de Chicago que, entretantes, traz uma política de defesa da concorrencial muitas vezes inadequada, resulta em uma contraposição da própria racionalidade defendida.

Duas principais conclusões podem ser extraídas. Uma é a grande dificuldade de mensuração e identificação das eficiências líquidas (o bem-estar do consumidor) pela Escola de Chicago, o que não pode garantir o seu principal objetivo ao adotar a teoria da eficiência econômica como único critério da análise antitruste: o bem-estar do consumidor e também coloca em xeque a justificativa da adoção da abordagem do bem-estar em virtude de sua objetividade e razoabilidade. A outra conclusão é a separação entre eficiência e distribuição, sob o argumento de que o critério metodológico da eficiência é politicamente neutro. É sobre esta última conclusão que o próximo tópico se hospedará.

### 2.3.2 A exclusividade da teoria econômica em xeque: a lente do observador jamais é neutra

De todas as possíveis inconsistências que poderiam ser extraídas da teoria econômica de Chicago a que mais nos interessa no presente trabalho é a atribuição ao regramento antitruste de apenas um objetivo, aliada a uma pretensão de atribuição de uma carga valorativa absoluta às premissas econômicas que passam a direcionar o sentido do ordenamento jurídico, atribuindo certeza “quase matemática” a partir da utilização de conceitos econômicos e suposta neutralidade política. Dessa forma, o debate acerca do antitruste é deslocado da política econômica para as teorias econômicas, pautado na eficiência alocativa e na racionalidade dos agentes econômicos<sup>78</sup>. É possível observar, até aqui, que a análise econômica passa a ser não só fundamento, mas meio e objetivo do Direito Antitruste, com elevada carga valorativa.

‘Fundamento’ porque não é aceitável pela Escola de Chicago qualquer outra premissa orientadora de política pública que não esteja voltada a atingir ganhos de eficiência econômica. ‘Meio’, porque dela se utiliza para justificar os ganhos gerados ao consumidor e à sociedade. ‘Objetivo’ em vista de que o modelo econômico eficientista possui como finalidade a própria eficiência alocativa compreendida, traduzida em bem-estar do consumidor<sup>79</sup>.

Entendemos que, ao recorrer apenas aos elementos conceituais informadores do modelo econômico do bem-estar do consumidor<sup>80</sup>, a Escola de Chicago adota suposições e crenças simplificadoras pautadas na autocorreção e autorregulação do mercado, racionalidade econômica, irrelevância distributiva. Assim, acaba por sacrificar importantes valores morais, sociais e políticos<sup>81</sup>. Mais especificamente, a escolha dessas premissas ou fundamentos traz uma

---

<sup>78</sup> Forgioni afirma que um dos efeitos mais problemáticos da Escola de Chicago é exatamente este deslocamento que visa à segurança e a previsibilidade como se houvesse fórmulas prontas para a resolução dos casos concretos de Direito Antitruste (FORGIONI, 2018a, p. 185).

<sup>79</sup> Sobre a eficiência como finalidade trataremos no próximo tópico, mas desde já se adianta: é um entendimento que deriva das suposições hipotéticas já mencionadas.

<sup>80</sup> “I have talked primarily about the impropriety of the goal of preserving small business under present statutes, but it should be clear that the introduction of any goal which conflicts with consumer welfare would be equally pernicious. I will briefly mention three which Professors Kaysen and Turner have classified: (1) the attainment of desirable economic performance by individual firms and ultimately by the economy as a whole (by which they mean primarily economic efficiency and progressiveness); (2) the achievement and maintenance of competitive processes as an end in itself; and (3) a code of “fair” competition or conduct in the marketplace. Each of these goals is partially or wholly inconsistent with the policy of maximizing consumer want satisfaction.” (BORK, 1967, 245). Em outra oportunidade Bork afirmou que “[A]ntitrust has downsized. It is merely law, not a farrago of amorphous and leftist political and sociological propositions.” (BORK, 1993, epílogo).

<sup>81</sup> Stucke (2011, p. 556). “A second factor is that antitrust policy during the past policy cycle relied on an incomplete, distorted conception of competition. Adopting the Chicago School’s simplifying assumptions of self-correcting markets, composed of rational, self-interested market participants, some courts and enforcers

perspectiva ideológica, principalmente, na clara “definição de quais efeitos da concentração econômica devem ser objeto de intervenção estatal, quais não merecem preocupação, e quais são, em verdade, benefícios”<sup>82</sup>, ou seja, uma escolha que envolve uma opção política defensora de uma menor atuação do Estado.

Se assumirmos essa conclusão, passa a ser desconstruída a crença da escola chicaguiana de que o antitruste não é permeado por interesses presentes na aferição de cada caso ou de que estaria livre dos conflitos de princípios<sup>83</sup>.

A ideia de despolitização econômica por de trás desta utópica neutralidade está consignada na redução da intervenção estatal e, conseqüentemente, na redução de políticas públicas regulatórias, o que estabelece um contexto em que oligopólios se fortaleçam e concretizem o seu poder econômico, enfraquecendo a rivalidade e fortalecendo as barreiras de entrada, distanciando qualquer possibilidade de pleitos de alteração, o que ocasiona um abrandamento da democracia.

Assim, a somatória da conclusão do tópico anterior com esta que agora se apõe leva a uma terceira conclusão: tanto a eficiência (alcance do bem-estar do consumidor) quanto a neutralidade política são premissas que não se confirmam pautadas em uma retórica de “super-suposições”<sup>84</sup>. A ocultação de carga valorativa e de suposições são transplantadas para a política pública de defesa da concorrência.

Ao encontro do que aponta Castro<sup>85</sup>, há dois problemas quando a política pública é guiada com base em um modelo econômico único ou em modelos econômicos: i. variável isolada; e ii. afastamento desvirtuoso da presença de pressupostos ideológicos. Como a ideia de variável isolada advém, em verdade, da presença de pressupostos ideológicos, abordaremos ambas em conjunto, dada a imanente interação.

---

*sacrificed important political, social, and moral values to promote certain economic beliefs. 35 They accepted the increased risks from concentrated telecommunications, 36 financial, and radio industries, among others, for the prospect of future efficiencies and innovation.”*

<sup>82</sup> Castro (2018, p. 68).

<sup>83</sup> Forgioni (2018a, p. 182). A autora explica que “A Escola de Chicago percebe o antitruste em ambiente asséptico, livre de conflitos de princípios ou de interesses presentes na aplicação de cada caso concreto”.

<sup>84</sup> “*Because they regarded Chicago's efficiency presumptions and anti-interventionist bias as unduly favorable to large and powerful corporations, many critics accused Chicago of implementing an agenda more ideological than intellectual, calculated to favor the wealthy and institutionalize the economic status quo.*” (JACOBS, 1995, p. 234). Nesse passo, parece-nos fazer total sentido a afirmação de Sen, para quem: “Algumas suposições que dão a impressão de funcionar perfeitamente e sem dificuldade operam ocultando a escolha de valores e pesos em uma opacidade cultivada.” (SEN, 2010, p. 149).

<sup>85</sup> Castro (2018, p. 58). A ausência da preocupação com a redistribuição dos ganhos de eficiência tratadas no tópico anterior evidencia a exclusão social.

### 2.3.2.1 *Variável isolada e pressupostos ideológicos: (im)pulsão de política pública incompleta*

Ao encontro do que vem sendo defendido, ao fazer uso apenas da variável atinente ao modelo econômico eficientista para a compreensão, análise e aplicação do Direito Antitruste a um determinado caso concreto, cuja finalidade é exclusivamente o bem-estar do consumidor, é bastante provável que outras variáveis importantes não estejam incluídas. Em outras palavras, confiar que a Concorrência possui apenas um objetivo é excluir outras variáveis relevantes para a impulsão de sua política de defesa concorrencial, como critérios de justiça social, por exemplo. Desta feita, não parece ser razoável determinar de forma segura que a eficiência de Chicago seja sempre alcançada. Como afirma Ana Frazão<sup>86</sup>,

[...] os modelos econômicos consequencialistas não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor e como diretrizes da aplicação do Direito da Concorrência. Em parte, tal constatação decorre do reconhecimento de que, não obstante o alto desenvolvimento da teoria econômica, nenhum método pode ser considerado infalível ou idôneo para contemplar todas as preocupações do Direito Antitruste.

Sedlacek<sup>87</sup> afirma que não é possível explicar todo o comportamento humano – que certamente deve ser levado em consideração para se chegar a respostas mais plausíveis – baseado em um único princípio. Os modelos econômicos, segundo o autor, figuram em uma compreensão abstrata de mundo, desconsiderando contextos culturais, sociais e históricos distintos. As suas premissas são construídas por uma visão de mundo que precede qualquer análise, ou seja, são pressupostos não testados e tidos como certos e inequívocos. Existe um senso-comum de que o modelo econômico é o único capaz de trazer respostas seguras,

---

<sup>86</sup> Frazão (2018, p. 45). O tema também não passou despercebido por Paula Forgioni: “A análise econômica não pode ser considerada como a solução para todos os males, e muito menos apta a proporcionar a segurança jurídica que buscamos a séculos. Apenas para utilizar exemplo recente: se a segurança prepaga pela análise econômica fosse verdadeira, economistas de alto renome não teriam se digladiado nos casos Microsoft e Google”. (FORGIONI, 2018a, p. 17).

<sup>87</sup> “*Economic models often hang in an abstract world that does not take into account differing context (cultural, social, historical, or religious). This context is often completely missing in economics.*” (SEDLACEK, 2011, p. 303).

alavancada pela neutralidade política<sup>88</sup>. O *enforcement* antitruste incorporou a crença na racionalidade econômica científica<sup>89</sup>.

Se esse processo de variável isolada está vinculado no discurso de neutralidade explicado no tópico anterior, tão logo, em verdade, consubstancia-se em um juízo valorativo de carga ideológica. Eis mais um problema da orientação da política pública antitruste voltada apenas para a eficiência econômica, com a firme defesa de que o Estado não deve intervir na economia.

Cabe aqui uma reflexão oportuna apresentada por Coutinho<sup>90</sup>. A partir da década de 1970 (em que se encaixa o fortalecimento da Escola de Chicago) houve uma inflexão liberalizante que tencionou e transmudou a compreensão do papel do Estado. Assim, sob um enfoque normativo econômico, o ordenamento jurídico assumiu uma função de garantia de previsibilidade e segurança, principalmente aos agentes econômicos, em um sentido de redução ao máximo dos custos de transação e de definição do direito de propriedade.

A análise que passa a prevalecer é a de condicionar e prescrever o papel do direito fundamentado em uma economia de mercado. “O direito e outras instituições relevantes para o desenvolvimento não são identificados como instrumentos de implementação de programas políticos, econômicos e sociais por meio de políticas públicas de bem-estar e sim como um limite ou um escudo de proteção do indivíduo em relação ao Estado”<sup>91</sup>. Foi nesse cenário que o direito como ferramenta de políticas públicas do Estado (vislumbrado em um Estado de Bem-Estar Social) e estruturador de mercados perdeu espaço e passou a ser utilizado para corrigir as falhas de mercado e como “vetor de promoção de eficiência econômica”<sup>92</sup>. No entanto, como chama atenção Nusdeo<sup>93</sup>, ao passo que as normas são consideradas tão somente como instrumentos para que os objetivos de política econômica sejam alcançados, “surge o risco de

---

<sup>88</sup> Nas palavras de Allsop (1997, p. 95), “*Many economists are convinced of the superiority of their discipline. In neoclassical microeconomics, as Hausman (1992) asserts, there is a 'grand vision of a unified theory of economic phenomena'. At its heart lies rationality and equilibrium; neat and elegant. There is a very strong view, often peddled to newcomers, that economics can find the- answers, for it captures all the major causes of economic problems. However, economics has no monopoly on the truth. There is a strong argument that such economic views leave out important causes of human behavior, and that different cross-discipline perspectives have new and important insights to give*”. O autor defende que uma das barreiras para que a economia não dialogue interdisciplinarmente com outras disciplinas o convencimento de superioridade da economia que foi difundida pela microeconomia neoclássica.

<sup>89</sup> Pitofsky (1979, p. 1065).

<sup>90</sup> Coutinho (2013, p. 185-186).

<sup>91</sup> Coutinho (2013, p. 186).

<sup>92</sup> Coutinho (2013, p. 186).

<sup>93</sup> Nusdeo (2013, p. 205).



contrariarem os princípios básicos de um dado sistema jurídico e seus objetivos mais permanentes”.

Desta feita, o discurso baseado em neutralidade política da Escola de Chicago está enraizado em uma compreensão de que o papel do Estado e dos próprios agentes econômicos é determinar quais valores econômicos podem ser incluídos na desejável análise de práticas econômicas excluindo, por exemplo, a eficiência dinâmica<sup>94</sup> e valores sociais. A alternativa técnica e politicamente neutra apresentada pela Escola de Chicago, em seu cabedal, traz a volúpia itinerante da promoção de uniformização do antitruste, sem qualquer influência de especificidades sociais, econômicas e históricas de um determinado país, mormente aqueles considerados “em desenvolvimento”<sup>95</sup>.

O fato de constatar a influência de ideologia na consolidação do modelo teórico efficientista da Escola de Chicago<sup>96</sup> não é por si só indesejável ou mesmo negativo, na medida em que esta dissociação é impossível e indesejável no processo científico<sup>97</sup>. A questão aqui é a negação pela Escola de Chicago da ideologia por detrás de suas premissas<sup>98</sup>, qual seja, uma premissa neoliberal que admite que o mercado é autorregulado e que a intervenção do Estado deve ser afastada, pois apenas dessa forma alcançar-se-ia o bem-estar do consumidor e conseqüentemente o bem-estar da sociedade.

Isso significa que a política pública antitruste é orientada para atingir ganhos de eficiência, a única orientação para a implementação de políticas públicas é aquela voltada para a eficiência econômica, excluindo qualquer outro objetivo ou considerações que não estejam encampadas nesse modelo econômico.

Posner chegou a afirmar que qualquer outra tentativa de aproximação do antitruste com outras propostas ou finalidades era descritiva, teórica e metafórica, afastando-se da estrutura lógica da teoria econômica como aquelas associadas ao “comportamento do mercado, caracterização colorida (como as barreiras de entrada), incursões ecléticas dentro da sociologia e da psicologia, descrições estáticas [...]”<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Fox (2008, p. 78).

<sup>95</sup> Esta é a percepção da tese de doutorado de Bruno Braz de Castro (2017).

<sup>96</sup> Hovenkamp (1989, p. 22) também conclui que a análise crítica de Bork sobre o histórico legislativo norte-americano foi bastante pesada e fortemente baseada por sua própria agenda ideológica.

<sup>97</sup> Castro (2018, p. 60).

<sup>98</sup> Posner ao explicar sobre as convergências e diferenças entre as escolas de Harvard e de Chicago defendeu que ambas eram muito mais técnicas do que ideológicas (POSNER, 1979, p. 948).

<sup>99</sup> Posner (1979, p. 928-929). Tradução livre do original: “[...] *business behavior, colorful characterizations (such as the barrier to entry), eclectic forays into sociology and psychology, descriptives statics [...]*”.

Essa orientação serviu à formatação de uma política pública de defesa da concorrência orientada à permissibilidade de concentração de poder econômico privado, exceto nas estritas situações em que alguma prática, como os cartéis, fosse capaz de elidir o viés pró-réu presente na teoria e nas diretrizes de aplicação da lei instituídas após a década de 1980<sup>100</sup>. As demais instâncias de potencial aplicação do direito concorrencial foram substancialmente reduzidas em prol da fé na autocorreção dos mercados e na incompetência regulatória estatal<sup>101,102</sup>.

Ao excluir preocupações sociais e retoricamente divulgar uma neutralidade política, não estamos, definitivamente, diante de uma escolha puramente técnica. Esta abordagem deriva de presunções e suposições do comportamento humano para uma defesa da concentração do mercado, em um viés de deseabilidade fenomenológica como distribuição desigual de renda, concentração, imposição de ideologia, afastando-se de uma escolha técnica analítica ou empírica<sup>103</sup>.

Como foi observado, esta é uma consequência quase inevitável do ponto de vista do qual se considera o mercado e seu funcionamento. Mais perturbadoramente, a ideologia permeia tanto o raciocínio jurídico e econômico (como observado acima ao discutir as “suposições” da escola de Chicagos) que faz toda a diferença alcançar um resultado positivo ou negativo. Isso, certamente, deslegitima tanto a adoção pelos tribunais dessa abordagem quanto a consistência intelectual do antitruste em geral.<sup>104</sup>

A Escola de Chicago, sob os argumentos de neutralidade, racionalidade e certeza do método econômico eficientista desvirtua a interface entre direito e economia, e insere a eficiência econômica (bem-estar do consumidor) como objetivo e não como um instrumento do direito. Há uma clara secundarização, não apenas do direito, mas também da política pública

---

<sup>100</sup> Stucke (2011, p. 595).

<sup>101</sup> Fox (2013, p. 2160).

<sup>102</sup> “*The Chicago Revolution has transformed antitrust into a highly complex, impenetrable if not impracticable area of law, all but extinguishing its traction with the public at large. Under the pretense of scientificity, furthermore, its efficiency-based mantra appears to be, under scrutiny, more a product of ideology than anything else. Not to mention a rather striking volte-face with respect to the political origin and the judicial history of US antitrust as it had developed till then: a path where the emphasis on rivalry was motivated also by the desire to protect the democratic process from the reach of big business.*” (OSTI, 2015. p. 221).

<sup>103</sup> Castro (2018, p. 69). Scherer (2008, p 31-32), no mesmo sentido explica: “*That said, it must be recognized that there are widely varying degrees of conservatism in the economics practiced within the United States (as elsewhere). The differences stem more from fundamental values and assumptions about human behavior and about the desirability of such phenomena as unequal income distribution than from the choice of one analytic or empirical technique over another*”.

<sup>104</sup> Osti (2015, p. 234). Tradução do original: “*As has been observed, this is an almost inevitable consequence of the standpoint from which one considers the market and its functioning. More troublingly, ideology permeates so much of the legal and economic reasoning (as observed above in discussing the Chicago school “assumptions”) that it makes all the difference in reaching a positive or negative outcome. This, surely, delegitimises both the courts’ adoption of this approach and the intellectual consistency of antitrust in general.*”

de defesa concorrencial, pois a redução do debate acerca dos objetivos do antitruste influencia e distorce o debate sobre políticas públicas na medida em que negligencia questões como desigualdade, democracia, redistribuição de riqueza etc.

Nesse sentido, não é defensável o critério metodológico econômico, como o da eficiência de Chicago, como único objetivo desígnio do Direito Antitruste. A um, por serem simplificadas e parciais (variável isolada). A dois, por serem modelos de concorrência idealizados (pressupostos ideológicos)<sup>105</sup>.

Não é a influência da ideologia na construção de modelos econômicos que é negativa por si só, mesmo porque é indissociável do processo científico. O problema que se delineia está associado ao fato de que as premissas do modelo econômico adotado não se verificam no caso concreto, quando não há qualquer consenso sobre elas e, pior, quando acabam por abranger critérios metodológicos que não estão suportados por um determinado ordenamento jurídico, em completa contradição à ideologia constitucional adotada. Este problema ganha ainda mais força quando, como no caso da Escola de Chicago, nega não apenas um viés ideológico, mas também e propriamente se coloca em um discurso de neutralidade política<sup>106</sup>. Há um impulsionamento de uma política pública antitruste incompleta que traz uma carga ideológica imanente, o que, obviamente, configura um paradoxo, já que fundamentando e levando em consideração apenas critérios eficientistas, uma vez que não se alcança o bem-estar social com a finalidade de alcançar um objetivo único. Acreditar que toda a política pública de defesa da concorrência voltada para alcançar o bem-estar do consumidor alcançará o bem-estar social é, para além de uma retórica, um paradoxo, tal como defendido no início deste tópico.

---

<sup>105</sup> Cf. Frazão (2018, p. 42-43). A autora, para além de considerar o critério econômico como consequencialista e baseado em premissas parciais, aponta que a eficiência alocativa se baseia na mera possibilidade de ganhos e compensações para os consumidores, sendo impossível garantir que não ocorram perdas sociais como no caso de compensação diante das concentrações. Critica a crença ideológica quando se discute a ausência de barreiras para a entrada em um determinado mercado, como no caso de acreditar que a entrada de agentes econômicos se dê de forma automática ou tempestiva quando ocorre o aumento abusivo de preços (FRAZÃO, 2015, p. 183).

<sup>106</sup> Castro (2017, p. 60-61). Segundo Ana Frazão, “não há neutralidade no exame de fatos sociais e jurídicos, motivo pelo qual mesmo as abordagens que se apresentam com exclusivamente técnicas estão igualmente baseadas em ideologias ou determinados valores, ainda que este aspecto seja escamoteado, intencionalmente ou não.” (FRAZÃO, 2018, p. 25).

### 2.3.2 A “eficiência pela eficiência” ou ineficiência da eficiência

A desconsideração da Escola de Chicago pela distribuição de riqueza, conforme visto, traz consigo uma outra questão já comprovada, a eficiência como um fim em si mesma<sup>107</sup>. Para uma promoção do bem-estar não se imagina a exclusão de uma economia eficiente, uma vez que sem eficiência é impossível a concretização do crescimento econômico capaz de gerar riqueza que possa ser distribuída e designar incentivos para o desenvolvimento. Da mesma forma, uma tutela eficiente pela simples eficiência alocativa e produtiva, sem qualquer avanço para uma busca de eficiência dinâmica que pressuponha a possibilidade<sup>108</sup> de produção com dinamismo, aumento da rivalidade, incentivos para inovação e incremento de produtos, inviabiliza a própria eficiência econômica<sup>109</sup>. É a eficiência dinâmica que viabiliza a produção com menores recursos (eficiência produtiva), com a hipótese de redução de custos e de preços e seu melhor aproveitamento (eficiência alocativa). Esta concepção estática do antitruste afasta de sua política questões como inovação e desenvolvimento. Expondo de outra forma, há “ineficiência na eficiência” da Escola de Chicago ao não trabalhar com a eficiência dinâmica, ao não se preocupar com o movimento real e efetivo da distribuição da riqueza gerada<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Esta conclusão já foi anteriormente aportada e não deixa dúvidas quando Bork afirma que “*competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency*” (BORK, 1993, p. 427).

<sup>108</sup> A imposição do vocábulo “possibilidade” se faz, haja vista que os benefícios da eficiência dinâmica são por esta formados como hipóteses.

<sup>109</sup> “*On the other hand, if one sees the purposes of the antitrust laws solely in terms of "consumer welfare" as defined by neoclassical price theory, activities not directly affecting consumer welfare (as determined by price competition) probably will be either ignored, presumed to be motivated by some procompetitive end, or not worth worrying about because the market will ultimately sort them out by rewarding conduct if "efficient" or punishing it if not "efficient."*16 *Innovation in the economy can be largely ignored by analytical systems that focus solely on allocative efficiency because the pressure to be "efficient" and maximize profit is "built in" to models analyzing what will happen in the static world of perfect competition.*17 *Presumably, the model of allocative efficiency and the standards developed to define what conduct is prohibited will serve as surrogates for protecting and promoting other form of efficiency.*” (FLYINN, 1998, p. 493). Ainda Flyinn considera o papel da eficiência da inovação um dos valores primários assegurados pelo *enforcement antitruste* “[...] *It is particularly appropriate to consider the role of innovation efficiencies as primary values secured by the enforcement of antitrust policy in this era of rapid technological change, the deregulation of significant industries, and the birth of important new technologies likely to be of great long term significance. In recent years, the preoccupation of anti-trust analysis with the static, two-dimensional (supply and demand) neo-classical model of allocative efficiency has distracted antitrust enforcement from paying attention to innovation as the primary economic goal of antitrust policy.*111 *This emphasis on one form of economic efficiency must not be permitted to cause antitrust policy to evolve in a way that ignores the suppression of technology, or conduct aimed at controlling the evolution of technology, innovation and research and development, as potential antitrust violations to be pursued vigorously by both public and private antitrust enforcement. This is particularly true in an era of significant and rapidly changing technology in areas, such as computers, telecommunications, gene research, and the like.*” (FLYINN, 1998, p. 524).

<sup>110</sup> “*The association of antitrust policy and its objective of serving the "public interest" with the concept of "competition," and the movement to lock the meaning of the concept of "competition" to the tautological definition of "efficiency," derived from manipulation of the hypothetical assumptions and deductively derived abstract*

Com esta assertiva, queremos efetivamente dizer que a abordagem incentivadora apenas de ganhos produtivos e alocativos é insuficiente. Tampouco lidar apenas com a questão da eficiência traz uma efetividade para o Direito Antitruste, ou seja, compreender o antitruste apenas pela eficiência também não lhe trará a devida funcionalidade capaz de alcançar a sua efetividade<sup>111</sup>. “A eficiência é produtora de bem-estar se e quando, de fato, apresentar-se como geradora de efeitos sociais desejáveis”<sup>112</sup>. Neste passo, é possível apontar que a eficiência nem sempre é finalidade do Antitruste, se não. Muitas vezes, instrumento para que se possa concretizar outros objetivos.

Destarte, quando se propõe uma compreensão da concorrência como instrumento não estamos a defender esta instrumentalização como papel de consumação de eficiência. Se esta fosse a perspectiva, engendraríamos no mesmo problema de eficiência estática da Escola de Chicago, compreendendo a eficiência como finalidade. Se assim não o é, o que se dissipa como fato incontestado é que a eficiência econômica é um dos instrumentos que auxiliam o Direito Antitruste na consecução de suas finalidades e que ela deve ser compreendida e aplicada sob seus três modais<sup>113</sup>: i. alocativo; ii. produtivo; iii. dinâmico<sup>114</sup>.

Não se trata de uma simples negação da teoria neoclássica da Escola de Chicago, mas sim indicar suas limitações o que motiva a uma quebra de paradigma que, de certa maneira, foi imposta por um *mainstream*. Conforme explorado nos tópicos anteriores, com base nos pressupostos de Chicago, foram desenvolvidas suposições simplistas que se distanciaram das transformações sociais, trazendo uma compreensão estática do antitruste e desconexa da realidade. Com base no arcabouço teórico utilizado nesta pesquisa, entende-se que a simplificação também tenta camuflar o seu espectro ideológico e construir um conceito imanente e naturalizado de que a lógica eficientista de fundamentação exclusivamente econômica<sup>115</sup> a tudo explica e a tudo responde, excluindo qualquer conteúdo normativo e decisório do Direito Antitruste ou, no mínimo, moldando o conteúdo normativo às diretrizes de

---

*conclusions of neoclassical price theory,4 have become central features of modem antitrust litigation. Lest we all become inmates of von Jhering's heaven of legal concepts, it is time that the concept of "competition" be understood in a broader sense, and that it be used in a functional way to connect the normative goals underlying the law to the reality and circumstances of particular disputes, in light of the immediate and long-term social, political, and economic consequences of the decisions being made.” (FLYINN, 1990. p. 895).*

<sup>111</sup> Este apontamento traz em fim uma clara distinção entre eficiência e efetividade, sendo que esta pode ser alcançada por meio daquela.

<sup>112</sup> Queiroz (2018, p. 137).

<sup>113</sup> Esses modais são característicos da eficiência compreendida como meio e não como fim.

<sup>114</sup> Aliás, este deve ser o (re)posicionamento da interação entre direito e economia.

<sup>115</sup> A economia deve dirigir e direcionar o Direito Antitruste, recusando o seu caráter normativo.

eficiência econômica alocativa e produtiva. Para além, miticamente insere uma perspectiva, de base metodológica fundacional, não valorativa, o que não condiz com o fato de que a economia fornece instrumentos para o direito que, com suas decisões e normas, a influenciam<sup>116</sup>.

Como já enfatizamos, o Direito Antitruste dialoga com uma série de outras disciplinas e de outros instrumentos, o que pressupõe um diálogo aberto, fincado em um sentido de construção e compreensão dos subsídios que um é capaz de fornecer ao outro. Desta forma, o próprio direito na sua exegese funcional não se confunde com seu conteúdo. Esta medida compreensiva traz no seu bojo uma concepção valorativa não apenas do direito em sentido *lato*, mas também em uma sua incorporação em todos os seus ramos e na sua aplicação, o que, sem dúvidas, insere o cerne valorativo no antitruste<sup>117</sup>.

A superação de um viés metodológico racional exclusivamente econômico, nesse sentido, busca corrigir uma compreensão de que uma tutela efetiva do Direito Antitruste hoje nos exige: um paradigma metodológico diverso, capaz de assumir o seu diálogo com outras disciplinas e com outras políticas públicas, demonstrando um caminho para uma compreensão do seu todo.

Isso se dá através de uma intersecção de (re)construção diante de novas realidades e constantes transformações, assumindo não apenas a economia, mas outras disciplinas e “outros instrumentos como seus instrumentos” para a consecução de suas finalidades, que possua como base uma perspectiva valorativa que, normativamente, apenas pode ser encontrada na Constituição que internaliza positivamente toda essa conjuntura e assegura um caminho fundacional. Não que se acredite que o conteúdo normativo constitucional possui conteúdo exauriente, mas acredita-se que dela é possível decifrar critérios, na medida em que ali estão internalizados os valores de uma sociedade. A textura constitucional é por vezes aberta, o que demanda uma necessária tessitura, a seguir debatida.

---

<sup>116</sup> No mesmo sentido, Queiroz (2018, p. 82 e ss).

<sup>117</sup> “O direito não é um sistema de normas, mas, sim, um sistema de estímulos que se insere socialmente ao lado de inúmeros outros com os quais interage de modo complexo. Dessa maneira, muito simplificada, a efetividade do Direito é potencializada ou reduzida de acordo com tais interações. Daí que a reação das normas jurídicas a características culturais do povo, ao sistema econômico, a valores morais e muitos outros fatores não pode ser negligenciada.” (MARRARA, 2015, p. 418).

## 2.4 A constitucionalização do Direito Antitruste: racionalidade funcional e teleológica do antitruste

Nas subseções anteriores, buscamos apresentar os principais enfoques daquelas que são consideradas as duas principais teorias que influenciaram a construção do racional-funcional-teleológico do Direito Antitruste. O enfoque na Escola de Chicago demonstrou uma opção metodológica pautada na teoria econômica neoclássica em sua *ratio*, funcionalizada pela concentração econômica desejada e o conseqüente alcance da sua teleologia do bem-estar econômico pelos efeitos da eficiência alocativa (concentração econômica). Ao defender que apenas uma teoria econômica seria capaz de trazer racionalidade, rigor lógico e segurança para a compreensão do Antitruste, coloca em segundo plano a teoria jurídica e, conseqüentemente, não se preocupa em cumprir com os objetivos constitucionalmente assegurados. Com efeito, a ideia de neutralidade política com predileção e possibilidade racional suficiente para a compreensão e promoção uniforme do Direito Concorrencial não só não é verdadeira, como traz no seu bojo uma desconstitucionalização do antitruste que, nos casos de países em desenvolvimento como o Brasil, possui importância em vistas de especificidades econômicas, sociais e políticas que, em regra, demandam objetivos vinculados com questões distributivas<sup>118</sup>.

A “desconstitucionalização metodológica”<sup>119</sup> imposta pela Escola de Chicago afasta a construção metodológica de critérios para a aplicação da política antitruste de forma a adequá-la aos seus objetivos que são compreendidos constitucionalmente (ainda que não apenas). Os pressupostos metodológicos pautados na maximização do bem-estar do consumidor limitam a política pública de defesa da concorrência e, como única *ratio* possível, não apenas limita os objetivos do Antitruste como substitui o direito por instrumento, por uma análise exclusivamente econômica. Todos os fenômenos sociais, econômicos e políticos são reduzidos às ações racionais dos indivíduos, em claro “individualismo metodológico”<sup>120</sup>.

Contudo, a análise proposta evidenciou: i. que o modelo opcional da escola de Chicago é baseado em suposições eficientistas que não se comprovam e distorcem a sua própria racionalidade; ii. que a mono-objetividade do Direito Antitruste, metodologicamente construída

---

<sup>118</sup> Sobre a necessária aproximação do antitruste à Constituição, cf. Frazão (2018, p. 46-52); Pfeiffer (2010, p. 6-20); Domingues; Silva (2019, p. 279-299); Gaban e Domingues (2016, p. 50-65).

<sup>119</sup> Este termo é usado por Luis Fernando Schwartz. O autor demonstra a impermeabilização da política de defesa da concorrência pela Constituição Federal. (SCHUARTZ, 2008).

<sup>120</sup> Bercovici (2016, p. 405).

a partir da teoria econômica neoclássica, pautada nos efeitos da eficiência alocativa, traz um elemento muitas vezes não visualizado pela retórica do bem-estar do consumidor: o elemento ideológico. A partir desse elemento foi possível compreender que há uma propulsão dos valores normativos-econômicos, excluindo valores jurídicos (considerados inseguros e menos racionais) que não se amoldam no modelo adotado. Dessa forma, literalmente foram negligenciadas as distorções competitivas e as ineficiências e preocupações inerentes às concentrações principalmente aquelas de caráter sistêmico, dinâmico e distributivo.

A desconstitucionalização proporcionada pelo paradigma eficientista de Chicago não significa inconstitucionalidade, mas sim a “institucionalização de uma teoria que governa e organiza, sem referências as normas constitucionais, a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do direito; e secundariamente aplicação do direito segundo a teoria”<sup>121</sup>. A opção pelo uso exclusivo de uma teoria distante da Constituição, com a intenção de impor premissas (metodológicas inclusive) para a construção de todo um processo de compreensão, análise, aplicação e de decisão do antitruste, pode, até mesmo, cair na tentação de utilizá-la como uma pseudo ideia de compatibilidade *ex post* (“constitucionalização” deferente). Ou seja, em uma releitura do texto constitucional cujo intuito é garantir a compatibilidade entre o conteúdo “racional” de suas proposições com o conteúdo semântico constitucional<sup>122</sup>.

Para além de não alcançar os comandos constitucionais, a simplificação do objetivo do direito concorrencial de forma isolada se distancia da formação/compreensão de critérios seguros para a sua aplicação<sup>123</sup>. Esses critérios devem ter como base fundamental a Constituição, compreendendo a função instrumental do antitruste e sua relação com outros instrumentos e com outras políticas públicas. É exatamente nestas inter-relações que podemos encontrar critérios e também compreender os limites e as possibilidades da própria aplicação do direito concorrencial.

Partimos do pressuposto de que a metodologia econômica é insuficiente e precisa ser compreendida em conjunto com o discurso constitucional-principiológico<sup>124</sup>. O reconhecimento de que o modelo econômico adotado (assim como modelos econômicos no geral) não possui

---

<sup>121</sup> Schuartz (2008, p. 15).

<sup>122</sup> Esta é a compreensão de Schwartz, que afirma: “Esse seria um interessantíssimo exemplo de concretização de sentido dos textos constitucionais, que suavizaria o absolutismo do postulado da ‘interpretação conforme à Constituição’: a releitura do texto constitucional, que surge posteriormente como dominante para a interpretação dos dispositivos da lei, é, ela própria, mediada por uma construção racional do sentido destes últimos”. (SCHUARTZ, 2008, p. 16).

<sup>123</sup> Forgioni (2018a, p. 71).

<sup>124</sup> Frazão (2017a, p. 91).



explicação completa da realidade, distanciando-se de outras considerações sociais e políticas sugere, em verdade, sua legitimação sob a égide do ordenamento jurídico que no caso se insere. Se a perspectiva é a de um Direito Antitruste preocupado com a ordem jurídica, econômica, social e política, o diálogo deve ocorrer a partir da Constituição Federal. A ponderação dos objetivos do Antitruste não pode desta se dissociar<sup>125</sup>. Ao encontro do que talvez até de forma açodada tem sido enfatizado, o antitruste tem que partir de uma perspectiva valorativa e, a partir da qual, (re)direcionar toda a sua compreensão, pautando em sua aplicação e análise.

Assim, compreender os objetivos do antitruste é compreender a escolha política econômica e social de uma determinada sociedade, que não é despida de valores sociais, culturais e econômicos que são encontrados na constituição, em um sentido de se acomodar à ideologia constitucional adotada<sup>126</sup>.

Dessa feita, a pergunta que pode sinalizar o fio condutor para o próximo ponto é: É possível examinar o sistema jurídico brasileiro a partir de um modelo econômico que desconsidera as suas particularidades constitucionais e normativas como faz a perspectiva metodológica antitruste da Escola de Chicago?

#### **2.4.1 A concepção do antitruste no direito brasileiro: necessária constitucionalização – concorrência-instrumento e concorrência-desenvolvimento**

A resposta para a pergunta lançada é negativa, uma vez que a Constituição se torna quadro de partida obrigatório, a partir do qual é possível visualizar que o Direito Antitruste demanda ações promocionais e condutas de caráter prospectivo permanente, conforme passa a ser desenhado.

Ora, não é muito difícil de estabelecer que, ao discordar da análise de eficiência como único propósito, é crível que outras metodologias e outros propósitos possam ser considerados, o que nos autoriza a retomar o diálogo com a Constituição, uma vez que, ao encontro do abordado acima, os modelos econômicos devem se colmar à ideologia constitucionalmente erigida e não o contrário<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Townley e Cardinali (2012, p. 140).

<sup>126</sup> Castro (2017, p. 117).

<sup>127</sup> A defesa do embasamento constitucional do antitruste também pode ser encontrada em: Franceschini e Bagnoli (2016, p. 187 e ss.); Frazão (2017a, p. 42-52); Schuartz (2008); Forgioni (2018a, p. 196-202); Gaban e Domingues (2016, p. 52-57).

A Constituição Federal brasileira insere o princípio da livre concorrência em um contexto valorativo-finalístico de “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Art. 170, *caput*). Ao mesmo tempo denota sua inserção entre os princípios que conformam a ordem econômica, juntamente e em convivência com os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, defesa do meio-ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

A finalidade de todos esses princípios, aqui incluindo o da livre concorrência, e de toda a ordem econômica constitucional é instrumentalizar a existência digna de acordo com os ditames sociais<sup>128 129</sup>. Estes objetivos constitucionais, por sua vez, estão inseridos nos artigos 1º, III (fundamento da dignidade humana) e 3º (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades nacionais).

Os princípios de ordem econômica compreendidos em conjunto com o valor fundante da dignidade da pessoa humana devem ser garantidos quando da formulação e concretização de políticas públicas destinadas à prevenção e repressão do abuso do poder econômico. Dessa forma, o caráter sistemático adotado não enseja que o antitruste deva ser interpretado apenas pelos artigos 170 e 173, §4º da Constituição Federal. Outrossim, é visível sua necessária compreensão em outros pontos topológicos, na medida em que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços<sup>130</sup>. O Antitruste assume um compromisso com a justiça social, com a democracia, com a distribuição efetiva da renda, em que todos os princípios acima elencados devem ser considerados quando de qualquer reflexão acerca do poder econômico.

Trata-se também da defesa de toda a sociedade, enquanto consumidora e usuária de bens e serviços, aos quais quer a lei tenha ela acesso, como imposição do direito à saúde, à moradia, à educação, à dignidade, enfim. Para tanto, devem ser apuradas e reprimidas quaisquer distorções que ocorram nos mercados, pois os abusos do poder econômico e outras práticas infrativas da livre concorrência repercutem negativamente no poder de compra dos consumidores, restringindo-lhes, muitas vezes, o acesso a bens e serviços de primeira necessidade<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Grau e Forgioni (2005, p. 123).

<sup>129</sup> Franceschini e Bagnoli (2016, p. 190). Parece-nos ser exatamente este o sentido (livre-iniciativa como valor constitucional fundante e concorrência como instrumento) dado por Gaban e Domingues (2016, p. 57).

<sup>130</sup> Grau (2001, p. 164).

<sup>131</sup> Vaz (2009, p. 365).

A Constituição não conceitua o que vem a ser a livre concorrência, cabendo esta tarefa ao intérprete, que relaciona a compreensão do antitruste e de seus objetivos vinculados ao momento histórico (contexto de sua aplicação), atentando-se para o conteúdo normativo e as políticas públicas adotadas<sup>132</sup>. Tudo isso sugere uma interpretação sistemática, não apenas com os princípios da ordem econômica, mas também com os demais fundamentos. A Constituição oferece, portanto, não um conceito de conteúdo exauriente, mas uma moldura que estabelece os objetivos e os limites na aplicação de políticas públicas que se relacionam com a defesa da concorrência.

O estabelecimento destes limites representa exatamente a interação entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo este orientador daquele. Trata-se de uma liberdade revestida de um certo grau de limitação, na medida em que o princípio da livre concorrência calibra o da livre iniciativa incorporando “o quanto de social deve estar contido no exercício da liberdade expressa pelo princípio da livre iniciativa”<sup>133</sup>.

Toda a principiologia apresentada e a instrumentalidade compreendida que afasta qualquer compreensão ou imposição de que o Direito Antitruste se restringe ao combate do abuso de poder econômico reduzido à eficiência alocativa é também consubstanciado no artigo 173, §4<sup>o</sup><sup>134</sup> da Constituição Federal que estabelece a repressão do abuso do poder econômico que tenha como objetivo: i. a dominação dos mercados; ii. a eliminação da concorrência; e/ou iii. o aumento arbitrário dos lucros. Há uma eminente preocupação com a manutenção da concorrência que, em interpretação sistêmica com o artigo 219 da Constituição Federal, deve “viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”. Ou seja, à política de defesa da concorrência é atribuída função social, econômica e de desenvolvimento.

Assim, ao mesmo tempo em que assegura a livre iniciativa, atribui ao Estado um papel normativo-econômico e institucional com a função de regular a atividade econômica a fim de garantir um ambiente pró-competitivo a partir de políticas de incentivos e fiscalização, em claro reconhecimento da instrumentalidade do Direito Antitruste. Este, portanto, não é um fim em si mesmo.

---

<sup>132</sup> De fato, e conforme vem sendo sustentado, a textura é aberta, mas delinea os caminhos a serem tecidos.

<sup>133</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 56-57).

<sup>134</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Sob este feixe, é possível compreender a concorrência como instrumento capaz de concretizar diversos objetivos constitucionais, ou seja, como instrumento de política pública. A compreensão, portanto, é a de que a concorrência não é um simples objetivo da ordem econômica constitucional, mas sim um instrumento de política pública<sup>135</sup> atuante no controle social como também na concreção dos princípios e objetivos que lhe são próprios e que estão fundados na Constituição Federal.

Entendemos o social como sistema que encampa o subsistema econômico. Dessa feita, a política concorrencial é muito mais do que eliminar os efeitos autodestrutíveis do próprio mercado ou promover eficiência alocativa<sup>136</sup>. O discurso antitruste tem que ter como base e como centro de difusão de valores a Constituição Federal, em outras palavras, a Constituição Federal é quadro de partida obrigatório. De fato, conferir ao Direito Antitruste dignidade constitucional auxilia e ao mesmo tempo confirma o antitruste como “instrumento ou meio de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema”<sup>137</sup>.

Nesse sentido, não é possível compreender seus objetivos de forma generalizada, ou seja, é premissa equivocada indicar ou acreditar na existência de um único objetivo para normas de Direito Antitruste que são inseridas em distintas realidades econômica, política e social. O contexto em que se inserem suas normas está relacionado aos conflitos existentes, à política econômica e a objetivos próprios que relacionam princípios internalizados constitucionalmente<sup>138</sup>.

Esta (re)orientação metodológica parte da premissa de que o direito concorrencial não se reduz ao efficientismo econômico ou mesmo ao crescimento econômico, mas deve ser compreendido e influenciado também pelos ditames de ordem social e democrática. O Direito Antitruste é, diante do que se pode concluir, “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo pra implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”<sup>139</sup>.

Sustenta-se: o debate sobre a política pública de defesa da concorrência deve ter a Constituição Federal como quadro obrigatório. Em outras palavras, os parâmetros

---

<sup>135</sup> Bercovici (2016, p. 399).

<sup>136</sup> Forgioni (2018a, p. 202) atesta, aliás, que se trata de uma visão ultrapassada e viciada. A compreensão da política antitruste pelo critério da eficiência econômica tende a ser unidimensional e consubstancia o seu objetivo apenas no bem-estar do consumidor, esvaziando-se a questão social e, mais do que isso, esvaziando-se os interesses públicos, incluindo os fins sociopolíticos, inerentes à própria política antitruste compreendida constitucionalmente.

<sup>137</sup> Forgioni (2018a, p. 198-199).

<sup>138</sup> Nesse sentido, conferir: Forgioni (2018a, p. 171-174).

<sup>139</sup> Forgioni (2018a, p. 92).

constitucionais são ponto de partida metodológico tanto para a sua compreensão quanto para a sua aplicação e para que, ao final, possa ser verificada a sua efetividade. O equilíbrio, sob a perspectiva antitruste, deve levar em consideração a livre iniciativa, a valorização social do trabalho e sua relação com a democracia como valor fundante da dignidade da pessoa humana. De forma que a compreensão dos seus objetivos não prescinde de um método sistemático e, principalmente, de um viés teleológico para a aplicação da política concorrencial de forma constitucionalizada<sup>140</sup>.

Dessa feita, não é possível que a necessária constitucionalização do Direito Antitruste seja questionada, devendo, quando da análise dos seus objetivos, considerar o prisma social de sua aplicabilidade, sendo certo que o consumidor não é o seu único destinatário, muito menos o destinatário principal.

Toda essa principiologia constitucional esprou seus valores para a Lei de Defesa da Concorrência (LDC), Lei n.º 12.529/2011, em um plano infraconstitucional, estabelecendo que “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (Art. 1º), destacando a coletividade como titular dos bens tutelados pela lei (parágrafo único do Art. 1º). A finalidade das regras de Direito Antitruste impõe obediência às finalidades sociais.

A abordagem assumida consagra a instrumentalidade da política de defesa da concorrência como proteção do consumidor, proteção do mercado, proteção e manutenção do ambiente concorrencial, proteção e estímulo à inovação, promovendo o desenvolvimento no sentido não apenas econômico, mas também de justiça social e democrático, todos pautados em igualdade de oportunidades<sup>141</sup>. Portanto, esta é a sua racionalidade: normativa-constitucional!

Diante destes pluri-objetivos evidentemente vinculados ao interesse público, a pesquisa compreende que a lei antitruste é composta por regras de ordem pública, ainda que proteja não apenas interesses coletivos, mas também individuais em conformidade com a ideologia constitucional adotada<sup>142</sup>. O Antitruste é um componente da ordem pública protegendo a livre concorrência e a estrutura do mercado, protegendo não os concorrentes, mas a própria concorrência.

---

<sup>140</sup> Neste sentido, cf. Andrade (2014, p. 170-171).

<sup>141</sup> Sen (2010).

<sup>142</sup> Expressando o mesmo entendimento, Franceschini e Bagnoli (2016, p. 38)

Nesse passo, pensar o Antitruste é buscar a sua aplicação e a consecução de seus objetivos em um modelo de interpretação racional (normativo-constitucional), funcional e teleológico, primando por uma concepção dinâmica e flexível. O racional é a matriz metodológica normativa-constitucional, a funcionalidade está associada aos instrumentos que permitem a consecução de suas finalidades (cariz teleológico), em que o direito não é síntese, mas sincreticamente metodológico<sup>143</sup>.

#### **2.4.2 Direito Antitruste e consecução de suas finalidades: a primeira aproximação à arbitragem**

No caso brasileiro, conforme diagnosticado a partir do referencial teórico aqui utilizado, o desenvolvimento e os direitos econômico e social estão constitucionalmente previstos e demandam políticas públicas vocacionadas a sua consecução como condição de sua eficácia e efetividade. Tem-se como pressuposto a compreensão de que as políticas públicas são instrumentos de ação dos governos (*government by policies*) para a realização de direitos e concretização de ditames constitucionais<sup>144</sup>. Nas últimas décadas, o tema desenvolvimento vem sendo associado a questões como democracia, direitos humanos, acesso aos mercados, sustentabilidade ambiental e, principalmente, a questão da desigualdade social, deixando de ser associado apenas com a ideia de crescimento econômico (eficiência econômica), ao encontro do que defende o presente trabalho<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Esta compreensão é delineada por Grau quando da sua análise sobre direito econômico e aqui transplantada. (GRAU, 2002, p. 179-180).

<sup>144</sup> Bercovici afirma que, ao dispor sobre o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais como objetivos a serem alcançados, o artigo 3º da Constituição Federal “fundamenta à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional”. (BERCOVICI, 2003, p. 302). O autor ainda atesta que “o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais” (Idem, p. 42). A estruturação, implementação e análise de determinada política pública perpassa por uma metodologia de caráter interdisciplinar, em que a metodologia jurídica dialoga com métodos próprios da economia, ciência política e da administração pública (BUCCI, 2013, p. 23). Estas “liberdades” coexistem com a necessária atuação estatal no sentido de dar concreção aos objetos de cariz social e econômico, que por vezes possuem uma relação dialógica que pode não concretizar a proteção da concorrência. Este quadro se torna ainda mais evidente quando se soma a complexidade das relações na sociedade globalizada hodierna que evidentemente influenciam nas escolhas de políticas públicas.

<sup>145</sup> Como exemplo da superação do entendimento do desenvolvimento apenas sob o matiz do crescimento econômico, podemos citar os seguintes estudiosos do tema: Amartya K. Sen (para quem desenvolvimento não se dá com crescimento e acumulação de capital, mas sim com a garantia de liberdade real para os indivíduos) (SEN, 2010), Trubek, Coutinho e Shapiro (2006) e Diogo Coutinho (2013).

Segundo Bucci<sup>146</sup>, o que caracteriza idealmente a política pública, como objeto de interesse para o direito, distinto dos atos jurídicos e atividades que a compõem, é a existência de um regime de efeitos jurídicos combinados, articulados ou conjugados decorrentes desses mesmos atos e atividades, ou dito vulgarmente, a sua “amarração jurídica”<sup>147</sup>.

Essa diretriz normativa-prescritiva constitucional que insere seus objetivos e exige uma amarração jurídica, traz traços cogentes de finalidade à política pública e, como visto, insere o Direito Antitruste como seu instrumento ou meio (ferramenta) para concretizar aqueles objetivos constitucionais. Em outras palavras, a política pública de defesa da concorrência integra, como instrumento, o meio para alcançar os objetivos e para implementar determinada política econômica e social.

Ela integra um complexo de políticas públicas, não podendo ser compreendida autonomamente, evitando-se uma compreensão e utilização fragmentada e parcial dos objetivos constitucionais. Portanto, é limitadora na medida em que deve ser estruturada de forma que dialogue e coopere com outras políticas públicas ou com outros instrumentos de política pública<sup>148</sup>. “São diversas as políticas públicas que podem influir no estado da política da concorrência, o que conduz a uma necessária interferência entre a política da concorrência e outras políticas públicas, o que determina até mesmo a extensão e os limites em que os objetivos da concorrência são traçados, sem representar conflitos com outras políticas públicas”<sup>149</sup>.

A compreensão de constitucionalização-instrumental do Direito Antitruste e do pluralismo de seus objetivos, todavia, não é suficiente. É necessário que esta premissa teórica penetre, para além da teoria, a aplicação da política pública de defesa da concorrência. O que se quer dizer é que ao mesmo tempo em que o Antitruste é instrumento de políticas públicas com diversas finalidades, também depende de instrumentalização dessas finalidades, ou seja, é preciso compreender o desenho de mecanismos de indução a determinados comportamentos, de prevenção, de repressão como fio condutor à consecução dos seus objetivos próprios que, a toda forma, também estão conectados com a organização prática de administração para sua

---

<sup>146</sup> Bucci (2013, p. 257-258).

<sup>147</sup> Coutinho ainda assinala que “o direito é tudo menos indiferente quando se trata de trajetórias de desenvolvimento. Ele não apenas define e cristaliza, a seu modo, fins substantivos, como ainda molda e forja instituições encarregadas de persegui-los, influenciando, ainda, as ações e processos destinados a implementar políticas públicas” (COUTINHO, 2013, p. 95).

<sup>148</sup> Bercovici (2016, p. 412).

<sup>149</sup> Buchain (2014, p. 14). Não é objetivo do presente trabalho estabelecer toda esta interação, mas apenas enquadrá-la na inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem. Para uma compreensão cuidada da interação da política de defesa da concorrência com outras políticas públicas, com enfoque na política industrial, *cf.* Zierbath (2013).

implementação, ou seja, existência de um arranjo institucional a partir de uma determinada instituição, no caso o Cade.

Na perspectiva adotada, o entendimento não é outro senão a compreensão do desenho de como ocorre o *enforcement* do Direito Antitruste e como essa aplicação pode ser viabilizada de forma a se aproximar de uma maior efetividade. De forma que se a premissa metodológica constitucional do Antitruste por um lado nos revela uma necessária proteção da democracia e a concretização de justiça social e de desenvolvimento econômico-social, por outro engendra uma segunda necessidade específica: a reflexão sobre alternativas de instrumentos de *enforcement* para funcionalizar tanto o próprio Direito Antitruste quanto os objetivos constitucionais, em uma racionalidade funcional e teleológica que parte da Constituição Federal, atendendo aos interesses públicos e individuais. Sua efetividade está exatamente nos instrumentos, inclusive institucionais, que funcionalizam (possibilitam) a consecução de suas finalidades.

Assim, meios que proporcionam a consecução das finalidades do Direito Antitruste passam a ser temas que os estudiosos pautam como pesquisas da ordem do dia. Ganham vigor o papel da *advocacy*<sup>150</sup>, do *compliance* e da cooperação cujo enfoque ultrapassa a imposição normativo-coercitiva. Essa busca por instrumentos que assegurem o *enforcement* das regras concorrenciais para o consequente alcance de suas finalidades perpassa pela criação de estímulos e incentivos. “Tais aspectos são especialmente importantes no Direito da Concorrência, diante das dificuldades naturais que a autoridade concorrencial tem para, unilateralmente e com os seus recursos limitados, gerenciar, controlar e supervisionar todo o mercado.”<sup>151</sup>.

A preocupação com o *deterrence*<sup>152</sup>, a preocupação com o cumprimento de acordos e como fiscalizá-los, a preocupação com a detecção da colusão, cooperação entre autoridades e agentes econômicos, adoção de remédios variados, a preocupação com a adoção de práticas que reduzam os riscos de condutas anticompetitivas. Há toda uma complexidade de controle de estruturas e de condutas, buscando também outros instrumentos para além dos *enforcements* tradicionais, inclusive com o intuito de fortalecimento desses últimos. Os incrementos do Acordos em Controle de Concentração (ACCs), dos TCCs (Termos de Compromisso de

---

<sup>150</sup> Sobre o tema da *advocacy* conferir a análise crítica e profunda de Queiroz (2018).

<sup>151</sup> Frazão (2017a, p. 67).

<sup>152</sup> O termo significa dissuasão e é compreendido como um ato de desencorajar determinado comportamento ilícito diante de uma possível condenação, penalização ou mesmo de um desdobramento que possa gerar maiores custos para o agente infrator. Pode-se dizer que a dissuasão cria uma estrutura de incentivos para que as condutas sejam pró-competitivas.



Cessação) e do Programa de Leniência são fundamentais para que se possa lidar com a dinâmica dos fatos em que se insere a concorrência. A busca por boas práticas concorrenciais, tanto para o fortalecimento do *enforcement* tradicional quanto por meio de outras alternativas como os programas de *compliance*<sup>153</sup>, está sendo estimulada pelo Cade como quando da elaboração do seu guia de *compliance*<sup>154</sup> e na utilização da arbitragem como instrumento indireto de auxílio na fiscalização de cumprimento de ACC e no consequente reforço de sua eficiência<sup>155</sup>.

É neste cenário de instrumentalização da política pública de defesa da concorrência que, como hipótese, se insere a arbitragem. É aqui, conforme será verificado, que se defende que a arbitragem se inter-relaciona com o Direito Antitruste em um claro processo constitutivo cujo ponto de partida está no encontro de suas naturezas, quais sejam, de instrumentos de política pública, mais especificamente da arbitragem como componente de política pública, facilitador (instrumental) da consecução das finalidades do antitruste. Eis a hipótese principal: a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência.

Para a compreensão da propugnada inter-relação, que exige a determinação de um léxico comum, é preciso delimitar os principais contornos da arbitragem como conceituação, natureza jurídica, princípios formadores para, após, alcançar uma compreensão deste léxico-comum. Na seção seguinte é o que será analisado.

---

<sup>153</sup> Para um devido aprofundamento sobre o tema do *compliance* e as tendências em governança corporativa, cf. Saad-Diniz; Adachi; Gaban e Domingues (2016).

<sup>154</sup> Cade (Guia de programas de *compliance*, 2016). Ademais, o Cade tem exigido dos agentes econômicos a criação de Programa de *Compliance* Concorrencial cujo conteúdo abranja procedimento de monitoramento e preventivos, com o objetivo de evitar a prática de condutas anticompetitivas, como no TCC com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ETC) (Processo Administrativo n.º 08700009588/2013-04).

<sup>155</sup> O tema sobre a utilização da arbitragem como instrumento do *enforcement* antitruste será detidamente abordado na seção 4.

### **3 ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA: A HIPÓTESE CONFIRMADA?<sup>156</sup>**

All that is human must retrograde if it does not advance<sup>157</sup>.

#### **3.1 Necessárias digressões: pistas para uma compreensão instrumental**

##### **3.1.1 Evolução na utilização da arbitragem: uma amplitude a partir de olhar mais administrativista**

Se é lugar mais do que comum afirmar que a globalização, que reduz o espaço pelo tempo, transformou o Estado em informacional<sup>158</sup> e trouxe significativas mudanças nas relações e conjunturas institucionais, econômicas, sociais e culturais. Talvez não seja tão comum, tampouco seria exagerado, afirmar que as constantes transformações sugerem<sup>159</sup> uma releitura que diz respeito à atuação do Estado como ator econômico, como ente contratante e como centralizador das decisões afetas aos mais diversos tipos de litígios.

Esta releitura está associada à necessidade de maior eficácia que venha a romper com uma estrutura hierarquizada e, muitas vezes, ineficiente de forma a sempre garantir e respeitar as normas e valores de uma sociedade plural e democrática garantida constitucionalmente<sup>160</sup>.

As normas jurídicas devem ser dinâmicas, adaptáveis diante das transformações econômicas e sociais. Portanto, demandam-se regras que sejam minimamente capazes de acompanhar o ritmo das relações e transformações<sup>161</sup>. Assim, o Estado, por meio do Direito,

---

<sup>156</sup> Desde o início é imperioso afirmar que o objetivo não é o estudo aprofundado do instituto da arbitragem, posto que o enfoque é a sua inter-relação com o Direito Antitruste e o debate acerca dos critérios de arbitrabilidade.

<sup>157</sup> Gibbon (1989).

<sup>158</sup> “O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados.” (CASTELLS, 2016, p. 70). O que caracteriza uma estrutura social com base em redes é um sistema dinâmico, sempre suscetível de inovação; emergindo um conceito de redes como “instrumentos apropriados para a economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores e empresas voltadas para a flexibilidade e adaptabilidade; para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínuas; para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e humores públicos; e para uma organização social que vise a suplantação do espaço e invalidação do tempo” (Ibid., p. 554-555).

<sup>159</sup> Conforme nos posicionamos na introdução da primeira seção sobre nossa percepção quanto ao Direito Antitruste.

<sup>160</sup> Oliveira (2010).

<sup>161</sup> Mendonça (2014a, p. 22).

tem que estar apto a dar respostas rápidas, inserindo em sua natureza jurídica novos conteúdos, novas interpretações e compreensões que caminhem neste sentido.

A Administração Pública, exatamente por este panorama, deixou de ser provedora de serviços essenciais ao partilhar determinadas tarefas tanto com o setor privado como através das atividades reguladas por meio das agências reguladoras. Desta forma, enraíza-se uma necessária implementação de um modelo de Estado baseado na governança, que passa a impulsionar e solucionar as demandas da sociedade como gestora<sup>162</sup>.

O Estado passou a atuar em relações de natureza privada e entes privados a atuar na prestação de serviços que anteriormente era apenas realizada pela Administração Pública, o que tornou impossível manter o discurso dicotômico entre público e privado, e a separação das tutelas pública e privada. Assim, a tutela do interesse público não pode ser depreendida como monopólio do direito público e tampouco do Estado, uma vez que há normas de Direito Privado que buscam proteger interesses coletivos, ou seja, para além dos interesses individuais, em que o direito passa a ser meio para a consecução de justiça social e não apenas garantidor dos direitos individuais. Nesse sentido, podemos citar a função social do contrato e da propriedade que evidenciam esta preocupação com o interesse público coletivo<sup>163</sup>.

O entendimento tradicional acerca da dicotomia ‘público *versus* privado’, de forma estanque e dissociada, deixa de ser importante ao passo que normas de Direito Público passam a ser de responsabilidade de entes privados e regulamentadas por regras que usualmente cuidavam de relações entre particulares<sup>164, 165</sup>.

A este cenário, relacionado à dinâmica hodierna das relações institucionais, sociais, políticas e econômicas acima retratada, impõe-se a solução dos mais distintos e complexos casos, o que requer, cada vez mais, uma melhor acuidade técnica nas decisões, celeridade, incentivos para a continuidade das relações, continuidade nas prestações de serviços,

---

<sup>162</sup> “Embora trate-se de expressão com diferentes significados, a Governança Pública pode ser fundamentalmente entendida como um modelo alternativo a estruturas governamentais hierarquizadas, implicando que os Governos sejam muito mais eficazes em um marco de economia globalizada, não somente atuando com capacidade máxima de gestão, mas também garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática. As origens da Governança Pública datam de meados da década de 90 do séc. XX, e traduzem um consenso de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se apóiam na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo, e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil.” (OLIVEIRA, 2010, p. 2).

<sup>163</sup> Guimarães (2014, p. 214-215): “Assim, dizer que o monopólio da busca do interesse público está associado ao Direito Público é investir contra a realidade, quando menos do dirigismo contratual. Logo, a busca por um critério de apartação definitivo é vã [...] a divisão do Direito entre público e privado tem finalidades eminentemente didáticas sendo impossível criar a partir dela uma oposição absoluta de regimes jurídicos, fundada em termos propositivos e de valor”.

<sup>164</sup> Mendonça (2014a, p. 22).

<sup>165</sup> Para uma compreensão da alteração do panorama da gestão pública no Brasil, ver Abrucio (2007, p. 67-86).

continuidade na construção de bens que visam efetivar tanto direitos individuais quanto direitos que envolvem interesse público.

O monopólio do interesse público não está - e assim não pode ser - associado exclusivamente ao Direito Público<sup>166</sup>, da mesma forma que a concretização do interesse público não está apenas vinculada ao Estado. Além do mais, a insatisfação com o judiciário, principalmente com a demora na solução de conflitos, é tema recorrente que possui como um de seus efeitos a incapacidade de o Estado prestar com efetividade a atividade jurisdicional, o que, via de consequência, afronta o exercício da cidadania e a busca pela pacificação social que possui como finalidade o alcance legítimo e efetivo da dignidade da pessoa humana.

Assim, na busca por solucionar os conflitos (pacificação social) de forma célere e efetiva, assegurando o direito fundamental da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal – CF), o direito da apreciação de lesão ou ameaça ao direito (Art. 5º, XXXV, da CF), é completamente plausível que se busque uma forma de instrumentalizar os alcances desses objetivos, o que é realizado pela arbitragem.

A arbitragem, assim, pode ser compreendida como instrumento para a concretização de valores constitucionais, em evidente utilidade jurídico-constitucional.

Ainda que efetivamente prevaleça na solução de litígios comerciais e privados, não se pode afastar que a arbitragem tem sido direcionada para solucionar conflitos que envolvam, por exemplo, a Administração Pública, portanto como instrumento público-privado. A previsão da possibilidade do seu emprego na Lei nº 13.448/2017<sup>167</sup>, na Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/2016<sup>168</sup>), Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004<sup>169</sup>), Lei das Concessões

---

<sup>166</sup> Guimarães (2014, p. 214-215) também acentua que o monopólio da concretização do interesse público não está mais associado exclusivamente ao Direito Público. Nas palavras do autor: “Assim, dizer que o monopólio da busca do interesse público está associado ao Direito Público é investir contra a realidade, quando menos do dirigismo contratual. Logo, a busca por um critério de apartação definitivo é vã [...] a divisão do Direito entre público e privado tem finalidades eminentemente didáticas sendo impossível criar a partir dela uma oposição absoluta de regime jurídicos, fundada em termos propositivos e de valor”.

<sup>167</sup> “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: [...] III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei”.

<sup>168</sup> “Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

[...] Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social”.

<sup>169</sup> “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº

Públicas (Lei n.º 8.987/1995<sup>170</sup>), Lei Estadual n.º 19.477/2011<sup>171</sup> do Rio de Janeiro, Lei Estadual n.º 11.688/04<sup>172</sup> de São Paulo, bem como na solução arbitral com Câmara própria no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)<sup>173</sup>, são algumas situações fáticas que não apenas confirmam a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública, mas também confirmam que a arbitragem auxilia na consecução dos seus objetivos e, no nosso entendimento, cuida, ainda que indiretamente, de questões relacionadas a interesses públicos<sup>174</sup>. Esta evolução, por fim, pode ser comprovada pelas alterações na Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.370/96 – LArb) pela Lei n.º 13.129/2015, que incluiu o parágrafo primeiro no seu artigo primeiro<sup>175</sup> e estabeleceu, de forma a não deixar dúvidas, que a administração pública direta e indireta podem solucionar litígios por meio da arbitragem<sup>176</sup>.

Esta, antes (re)conhecida como um instrumento privado de resolução de conflitos, baseado na autonomia da vontade, na confidencialidade, vinculado a uma convenção arbitral volitiva e que usualmente não se preocupava com a necessidade de analisar, ainda que indiretamente, questões de Direito Público e, assim compreendida como uma mera técnica de decisão, passa a ter que lidar com matérias relacionadas a litígios cuja natureza jurídica é de interesse público.

Em verdade, a arbitragem também acaba por promover a eficiência como dever da Administração Pública, pois a escolha pela solução de litígios de forma mais célere, técnica, com a potencialidade de menor custo é uma obrigação da Administração Pública decorrente de

---

8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

<sup>170</sup> “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

<sup>171</sup> Esta Lei “dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências”. “Art. 1º o juízo arbitral, instituído pela Lei federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para a solução de litígio em que o Estado seja parte, será efetivado conforme os procedimentos estabelecidos nesta Lei”.

<sup>172</sup> “Artigo 11. Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor”. “Parágrafo único - Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade”.

<sup>173</sup> Brasil (RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 109, 2004) e Lei n.º 10.848/2004, artigo 4º, §6º.

<sup>174</sup> Para toda uma reconstrução do contexto da reforma do Estado que explica o papel da arbitragem no âmbito do contrato administrativo, *cf.* Salles (2011, p. 59-82).

<sup>175</sup> “Art. 1º, § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Redação incluída pela Lei 13.129/2015”.

<sup>176</sup> Em termos jurisprudenciais esta possibilidade iniciou sua consolidação no julgamento do “Caso Lage” pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que foi reconhecida a possibilidade de o árbitro definir o valor de uma indenização que deveria ser quitada pela União.

sua função<sup>177</sup>. Para além, uma vez assumindo que eficiência é a capacidade de realizar condutas, a fim de atingir objetivos de forma célere, produtiva, com presteza e com rendimento funcional<sup>178</sup>, vincula-se o princípio da eficiência<sup>179</sup> aos resultados alcançados em que prepondera a possibilidade da consecução de determinado objetivo com vias a proporcionar eficácia econômica e social dos atos praticados pelo ente público, direta ou indiretamente.

Nesse passo, a submissão da Administração Pública à solução de litígios por meio de um procedimento arbitral representa uma adequação, “no sentido de ser condizente com o próprio modo contemporâneo de atuação do Estado e com as finalidades de certas estratégias de gestão estatal”<sup>180</sup> que, obviamente, decorrem da alteração do panorama institucional, político, econômico e social mencionado. Evidencia-se, portanto, uma expansão constante da arbitragem que não está afeta apenas à solução de direitos civis e comerciais e das questões sobre contratos administrativos<sup>181</sup>, mas também se insere em conflitos trabalhistas, tributários, ambientais<sup>182</sup> e, no que concerne o objeto da presente pesquisa, inter-relaciona-se com o Direito Antitruste.

Um outro exemplo de abordagem, que não será objeto de análise no presente trabalho, porém auxilia no seu direcionamento, é a sua adequação às melhores práticas de governança corporativa em conflitos societários, uma vez que reduz o potencial negativo de conflitos internos, auxilia no incremento de investimentos e financiamentos externos<sup>183</sup>, como uma assertiva de estímulos que proporciona caminhos para um desenvolvimento econômico. Começa-se a se aperceber um viés instrumental.

Faz-se necessário perceber que a justiça acompanha a evolução do homem dentro de suas necessidades, resultantes da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica, sendo necessária uma adaptação eis que faz parte de qualquer processo evolutivo o aumento da procura por soluções eficazes, as quais podem ser obtidas não apenas por meios estatais, mas pela participação dos litigantes, através de meios alternativos<sup>184</sup>.

---

<sup>177</sup> Mendonça (2014b, p. 90).

<sup>178</sup> Carvalho Filho (2015, p. 31-32).

<sup>179</sup> O princípio da eficiência inserido no artigo 37 da Constituição Federal evidencia-se como vetor constitucional.

<sup>180</sup> Salles (2011, p. 3).

<sup>181</sup> Se há um ramo em que os estudos desta amplificação se mostram bastante evidentes e é objeto de estudos há mais tempo, é o do Direito Administrativo, na interação precisa entre arbitragem e contratos administrativos. Uma gama de estudos, teses e artigos foram produzidos sobre a temática: Salles (2011), Lemes (2007), Grinover (2005), Grau (2002), Oliveira (2017), Zimmermann (2007), Muniz, Bonizzi e Ferreira (2018).

<sup>182</sup> Lima (2010).

<sup>183</sup> Franzoni (2015, p. 54).

<sup>184</sup> Warat (2001, p. 79).

Em verdade, com a utilização da arbitragem, rompe-se não apenas com o monopólio da jurisdição estatal, o mais importante é que seja retomada uma dimensão instrumental para se atingir e compreender, também, “[...] as exigências de desenvolvimento econômico, financeiro e social, presentes na atualidade, em que o tempo passou a ser considerado preponderante na realização dos negócios, por exercer influência positiva ou negativa em seus resultados”<sup>185</sup>, sob um viés funcional e teleológico, mas especificamente com a especificidade de criar incentivos que viabilizem a funcionalidade do Direito e sua consequente efetividade a qual se dá com o real alcance de seus objetivos.

### 3.1.2 Das hipóteses à quebra de paradigmas

A arbitragem passou a ser um instituto do Direito dotado de princípios, conteúdo e vantagens capazes de instrumentalizar as novas exigências sociais e econômicas, proporcionando o alcance da satisfação de interesses públicos e privados. Da mesma forma, estamos diante de um panorama contemporâneo que insere a hipótese de caracterizar a arbitragem como um instrumento de políticas públicas que viabiliza a efetivação de normas tanto de interesse privado quanto de interesse público e constitucionais<sup>186</sup>.

Ao encontro do que já mencionamos, para além das já (re)conhecidas vantagens da arbitragem, como especialização dos árbitros, formalismo reduzido, celeridade, o instituto concretiza valores constitucionais como acesso à justiça (Art. 5º, XXXV, CF), razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII, CF); eficiência (Art. 37, CF)<sup>187</sup> e caligrafia um caminho de instrumentalização de outras regras do Direito, incluindo, acreditamos, normas imperativas e de ordem pública.

Nesse passo, a solução de conflitos por meio da arbitragem<sup>188</sup> não apenas se mostra muitas vezes necessária, mas, também, *adequada* para o alcance da *eficácia* e da *efetividade* dos objetivos constitucionais, dos objetivos de diversas normas de direito e de suas respectivas

---

<sup>185</sup> Condado (2008, p. 86).

<sup>186</sup> No sentido da compreensão da arbitragem como instrumento de política pública, Oliveira pontua que “Apresenta-se um panorama contemporâneo da arbitragem público-privada no Brasil, demonstrando que a arbitragem vem sendo adotada pela Administração Pública como política pública nas diferentes esferas estatais. O emprego cada vez mais recorrente da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias em contratos públicos demanda um estudo aprofundado da relação entre a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral.” (OLIVEIRA, 2017, s/p.).

<sup>187</sup> A mesma instrumentalização é mencionada por Souza Jr (2005, p. 126).

<sup>188</sup> Obviamente que as soluções de conflitos por outros meios, como pelos meios consensuais (transação, conciliação e mediação), podem ser definidas como de utilidade não apenas para uma solução célere e alternativa ao judiciário, mas como instrumentos de política pública.

políticas públicas na consecução de suas finalidades. Em uma perspectiva de possibilitar soluções efetivas e adaptativas às transformações sociais, econômicas e culturais advindas das transformações inerentes ao Estado informacional e tecnológico que sugerem uma releitura da concepção tradicional da arbitragem, como também de questões como a indisponibilidade do interesse público, arbitrabilidade objetiva e aquelas relacionadas ao Direito Antitruste, conforme será verificado.

É possível depreender que, se antes a arbitragem e seus estudos debruçavam-se sobre a questão jurisdicional e a possibilidade de exercer as funções antes exercidas pelo Poder Judiciário, hoje a sua validade não está relacionada exclusivamente ao seu caráter jurisdicional; a hipótese é do seu estudo sob um viés também instrumental.

Tão logo, a arbitragem não pode ser objeto de compreensão em abstrato, distante do concreto e desconsiderando as implicações práticas para o Estado, agentes econômicos e os indivíduos. Tampouco pode ser tratada de forma a se isolar e desprezar os contextos jurídico-constitucional, social e econômico. Mister se faz a reverberação de sua utilidade como instrumento de política pública cuja efetividade ultrapassa, e muito, apenas a mitigação do déficit da prestação jurisdicional cuja finalidade é reiteradamente apresentada como garantia de eficácia de acesso à justiça. Eis a segunda hipótese: arbitragem como instrumento de política pública.

Nesta senda, a inter-relação entre arbitragem e concorrência desnuda também uma compreensão da motivação e do modo como a primeira está sendo utilizada quando o assunto é o Direito Antitruste. O objetivo também é o de perquirir sobre quais os arranjos, inclusive institucionais, que estão por detrás dessa inter-relação e se a utilização da arbitragem pode ser depreendida como instrumento de políticas públicas de defesa da concorrência. Nossa principal hipótese, lançada na seção anterior.

Para que consigamos visualizar e analisar as duas hipóteses lançadas, o enfoque não é uma simples crítica cujo ponto de partida se dá por uma compreensão estanque da positivação da arbitragem, mas sim de uma adequação sua às necessidades do Direito Antitruste para a consecução de suas finalidades. Não se quer, todavia, elidir a importância da arbitragem e os seus pontos positivos sempre abarcados pela doutrina: celeridade, especialidade dos árbitros, sigilo, flexibilidade e os custos de transação. Não se tem como propósito explicar essas possíveis vantagens, ainda que de uma forma ou de outra possam surgir na construção textual. O intento é buscar subsídios que possam ser capazes de assegurar um caminho para a compreensão da arbitragem em sentido concreto, distante de uma perspectiva tradicional abstrata cujo ponto de partida e perspectiva única sempre é a LArb pela arbitragem, pautada em



uma supremacia do interesse público sobre o privado, a compreensão distante de uma assimilação a partir um diálogo com outras disciplinas. Ao mesmo tempo, não se pode descartar a abordagem de suas principais características e de seus princípios informadores, posto ser passagem importante para a sua compreensão.

Carlos Alberto Salles, ao analisar a arbitragem em contratos administrativos, constrói por meio de uma metodologia instrumental do processo “uma inversão da racionalidade própria do processualista”<sup>189</sup> e, por meio de uma instrumentalidade metodológica do processo, propõe uma alternativa à construção do conhecimento no âmbito do Direito Processual Civil em que “ao invés de partir-se da norma de processo, parte-se da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificar os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado”<sup>190</sup>.

Da mesma forma, o presente trabalho busca compreender a arbitragem, conforme já defendido, de forma concreta e não abstrata. Esperamos jogar um feixe luminoso capaz de contribuir com a sua conceituação a partir da assimilação de uma característica instrumental.

A hipótese é a de que a utilização da arbitragem na solução de conflitos que se relacionam com o Direito Antitruste e a sua utilização pelo Cade impulsiona um reenquadramento na sua compreensão. A questão se coloca sobre as características e o próprio conceito de arbitragem. De há muito já se percebe que a arbitragem não se sustenta como um instrumento que apenas pode ser utilizado em matérias relacionadas ao Direito Privado. Nesta compreensão evolutiva, a arbitrabilidade objetiva é lançada a questionamentos sobre a inarbitrabilidade de bens jurídicos indisponíveis. Afinal, se hodiernamente é possível verificar uma cobrança por *acesso aos mais distintos direitos*<sup>191</sup>, se há uma compreensão de que este acesso não tem sido garantido satisfatoriamente pelo Judiciário, talvez é chegado o momento de se permitir uma compreensão da arbitrabilidade para muito além das relações jurídico-privadas.

---

<sup>189</sup> “O processo, nessa abordagem, passa a ser examinado de uma perspectiva externa, sem ficar recluso às suas próprias premissas, respondendo a necessidades a ele colocadas a partir de um universo para o qual ele deve estar, naturalmente, instrumentalizado. [...] Com efeito, com a proposita da instrumentalidade metodológica, aqui formulada, o estudo do processo deixa de estar confinado ao campo da exegese da norma processual – ou dos reflexos processuais da norma de direito material-, passando a estender-se às próprias peculiaridades da resposta que lhe é exigida em relação a uma área predefinida.” (SALLLES, 2011, p. 26). O autor sugere uma nova abordagem metodológica do direito processual (instrumental) para além de uma “simples justificação abstrata da utilização da arbitragem” que seria de todo insuficiente, posto que há uma imposição investigativa das condicionantes jurídicas que trouxe a escolha da utilização da arbitragem nos contratos administrativos.

<sup>190</sup> Salles (2011, p. 24).

<sup>191</sup> A compreensão desta terminologia não se associa exclusivamente à possibilidade de solução adequada dos conflitos, veja, a perspectiva vai muito mais além e busca alcançar a consecução de outros objetivos constitucionais e de regras imperativas e de ordem pública, cuja natureza jurídica é informada por interesses públicos ou mesmo públicos e privados, que são proporcionados pela utilização da arbitragem.

Se aos bens jurídicos disponíveis são permitidos o acesso à arbitragem, é preciso questionar o porquê de aos bens jurídicos indisponíveis ser oferecida apenas a opção da jurisdição estatal. “Ainda há espaço para que a ingenuidade se dobre ao mito do Estado-juiz-provedor?”<sup>192</sup>.

Frisamos que neste estudo se considera que a legitimidade da arbitragem não pode ser traduzida como uma simples técnica de solução de litígios, tampouco ter sua finalidade compreendida na própria solução de litígios que insere um ponto final em determinada controvérsia. Ao mesmo tempo, em que pese situar-se no campo da justiça privada, possui autorização legal, desde que observados os limites também determinados em lei, para funcionar como jurisdição estatal<sup>193</sup> e, como hipótese, instrumento de política pública.

Ao alcançar este novo panorama, não apenas a tradicional dicotomia público *versus* privado, mas também a tradicional compreensão de que não é possível arbitrar matérias caracterizadas pela tutela de interesses públicos – e supostamente indisponíveis –, direciona a uma necessária releitura dos conceitos e natureza jurídica da própria arbitragem como também da compreensão a respeito da indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público, disponibilidade, transação e ordem pública<sup>194</sup>.

Ao trazer o questionamento sobre a inserção da disponibilidade como critério de arbitrabilidade e de limitação de acesso à arbitragem, dois aspectos emanam para esta paralisia da arbitragem: um de caráter histórico e outro de caráter político. Soma-se, ao encontro do que explicamos em sede de introdução desta seção, que há um reconhecimento de uma função de caráter público desempenhado pela arbitragem. O que se quer dizer é que o espaço da arbitragem vem se ampliando e não repensar o critério de arbitrabilidade (ao menos no sentido de uma adequada compreensão) significa não acompanhar a sua evolução.

Talvez estejamos diante do que podemos chamar de uma *ruptura paradigmática* em dois níveis da arbitragem: i. sua natureza abstrata sempre adstrita à jurisdição e às tradicionais vantagens proporcionadas, distante de sequer tangenciar uma possível natureza de política pública (instrumental); ii. arbitrabilidade, em que se considera como critérios patrimonialidade

---

<sup>192</sup> Lima (2010, p. 60).

<sup>193</sup> Vaz (2009).

<sup>194</sup> Em menor ou maior medida, mas ainda tratada de uma forma não tão direta, a mesma proposição pode ser visualizada no estudo sobre arbitragem e transações tributárias de Mendonça (2014a), na pesquisa sobre arbitragem societária de Franzoni (2015), no essencial trabalho de Salles (2011), na inovadora pesquisa de Rost (2018) e, de forma mais disruptiva, no trabalho desenvolvido por Lima sobre a questão da arbitrabilidade com enfoque no Direito Ambiental (2010). Citamos os trabalhos nativos para explicitar a evolução do conceito no Brasil e a necessidade de uma quebra de paradigma “por estas bandas”. A literatura estrangeira também será mencionada no decorrer do trabalho.

e disponibilidade, confundindo demasiadamente este último, a ponto de equivocadamente inserir como critério à ordem pública ou mesmo compreender pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, por decorrência, defender a inarbitrabilidade de direitos cuja natureza é de interesse público, o que representa um verdadeiro obstáculo para a arbitragem.

O contexto nos motiva a uma releitura da arbitragem. Se a sociedade e a humanidade mudam com o tempo, com as alterações econômicas, sociais e políticas, o Direito como criação do homem e originário da sociedade também deve se modificar, servindo a uma compreensão mais funcional e efetiva. O sistema arbitral concebido, formatado e compreendido para solucionar litígios de natureza privada e individual precisa de uma adaptação para a adequada resposta aos problemas relacionados à solução de controvérsias de caráter público e coletivo. A sua utilização em contratos administrativos e em outras áreas do Direito sinalizam esse caminho e confirmam essa necessidade.

Para tanto, passamos a descrever os princípios arbitrais, a arbitrabilidade e questões que suportarão o encaminhamento do tema para a compreensão da inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem, com enfoque na arbitrabilidade objetiva.

## **3.2 Princípios da arbitragem**

### **3.2.1 Autonomia da vontade<sup>195</sup>**

O principal vetor axiológico-principiológico da arbitragem é a autonomia da vontade das partes que está vinculado à convenção de arbitragem apta a traduzir a possibilidade de as mesmas escolherem as questões que serão objeto de resolução, a lei aplicável<sup>196</sup> ao caso, quantos e quem serão os árbitros e a escolha do procedimento (em caso da opção por uma câmara arbitral com procedimental próprio) ou mesmo o estabelecimento do procedimento, sempre respeitando os bons costumes e a ordem pública.

A validade está intimamente relacionada ao consentimento das partes que, ao optarem pela solução de uma ou mais controvérsias por meio da arbitragem, não apenas excluem a jurisdição estatal, mas também definem a competência exclusiva do juízo arbitral para

---

<sup>195</sup> O significado do termo adotado é o de autodeterminação de interesse privado das partes que podem elaborar, definir, alterar, debater e extinguir deveres, direitos, procedimentos, entre outros.

<sup>196</sup> A autonomia na escolha do direito material e processual que será aplicado na solução do litígio ainda possibilita às partes optar por uma decisão por equidade ou ainda escolher pela incidência na decisão dos princípios gerais de Direito, usos e costumes e regras internacionais.

juízo das controvérsias nos exatos limites estipulados. Com efeito, é possível afirmar que é a autonomia da vontade privada que traz para a arbitragem sua característica jurisdicional<sup>197</sup>.

Apenas as matérias selecionadas na convenção arbitral<sup>198</sup> é que serão objeto da exclusividade que, entretanto, não significa a exclusão absoluta do judiciário, posto que a sua intervenção pode ser necessária em três momentos: i. garantir que a controvérsia seja solucionada pela via arbitral; ii. garantir o cumprimento da sentença arbitral; iii. analisar, quando assim provocado, a validade da sentença arbitral<sup>199</sup>.

Se o regime anterior à LArb previa a cláusula arbitral apenas como uma promessa de contrato, pois ainda era necessária a celebração do compromisso arbitral específico para que fosse confirmada a vontade das partes<sup>200</sup>, hoje a previsão da cláusula compromissória traz consigo a irrevogabilidade da cláusula arbitral<sup>201</sup>. Isto porque se trata de um compromisso que apenas pode deixar de ser cumprido se comprovada alguma nulidade exatamente quanto à ausência de voluntividade de uma das partes ou outro fato que possa ensejar a invalidade, inexistência ou ineficácia da cláusula arbitral<sup>202</sup>.

Reconhece-se a natureza contratual da cláusula compromissória. Aliás, trata-se de cláusula autônoma que mesmo com a nulidade do contrato não se torna nula, sendo possível, em caso de resistência quanto à instituição da arbitragem, buscar a sua instituição no judiciário<sup>203</sup>. Esta autonomia engendra eficácia à ‘autonomia da vontade’ ao estabelecer uma

---

<sup>197</sup> A natureza jurisdicional da arbitragem será abordada em tópico apartado.

<sup>198</sup> Caso uma das partes pleiteie no judiciário a solução de conflito sob o qual recai a convenção de arbitragem, o processo deve ser extinto nos termos do artigo 485, VII, do Código de Processo Civil.

<sup>199</sup> Esta análise ocorre para verificar se a sentença arbitral é nula caso se subsuma a qualquer uma das hipóteses do artigo 32 da LArb. Os dois primeiros momentos estão vinculados ao poder de império do judiciário.

<sup>200</sup> “Art. 1.073. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda; o segundo, por escrito público ou particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas”. Este dispositivo constava no Código de Processo Civil de 1973 e foi revogado pela LArb, durante sua vigência a subsunção à arbitragem era possível apenas após o surgimento do conflito.

<sup>201</sup> “Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” “Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

<sup>202</sup> De acordo com a dicção dos incisos I e IV do artigo 32 da LArb, é nula a sentença arbitral se nula for a convenção de arbitragem ou em caso de decisão para além dos limites de sua convenção.

<sup>203</sup> “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. É possível falar em um negócio jurídico em si mesmo, ao passo que se não fossem autônomos a cláusula arbitral e o contrato “o árbitro, ao admitir a nulidade do contrato, deveria, do mesmo passo, declinar sua própria competência, não podendo, portanto, apreciar o fundo da causa e declarar, ao proferir sentença, a nulidade do contrato” (CAMELO, 2014, p. 42.). Em outras palavras, o árbitro não poderia sequer decidir pela nulidade do contrato, na medida que para tanto não seria competente. Trabalharemos em tópico próprio sobre a cláusula arbitral, por ora, adianta-se a sua autonomia diante do contrato.

“validade substantiva da convenção de arbitragem”<sup>204</sup>. Assim, sob um viés fundacional consensual, a arbitragem possui um incremento facilitador para que, mesmo diante de um conflito, a relação comercial possa continuar tornando-se uma relação menos disruptiva<sup>205</sup>.

Toda a racionalidade principiológica da arbitragem está afeta à autonomia da vontade, uma vez que a opção pelo juízo arbitral e o consequente afastamento do judiciário não se presumem e tampouco se impõem. É o princípio densificador de outros princípios arbitrais, pois é a partir dele que os demais se sustentam legítima e validamente, como no caso do princípio da autonomia da cláusula arbitral e o princípio da competência-competência<sup>206</sup>. Como também, é do princípio da autonomia da vontade que sucedem os dois principais efeitos da arbitragem que são: a exclusão da jurisdição estatal e o estabelecimento da exclusividade da competência dos árbitros.

O exercício pleno da liberdade expõe que não há uma obrigatoriedade de solucionar conflitos por meio da jurisdição estatal, o fato de o Estado possibilitar a garantia ao acesso à sua jurisdição não o torna o único instrumento possível. É imperioso introverter que os casos de intervenção jurisdicional obrigatória são excepcionais, o que permite a escolha pela forma mais adequada para solucionar o conflito. Exercita-se a plena liberdade e autonomia da vontade sem que a escolha pela solução de controvérsias, alternativamente ao judiciário, signifique ato de disposição do direito objeto da lide, mas sim um ato de disposição de recorrer à jurisdição estatal. “A arbitragem é expressão da própria liberdade: liberdade individual, liberdade de empresa; autonomia dos entes institucionais”<sup>207</sup>.

### 3.2.2 O princípio kompetenz-kompetenz

O princípio do *kompetenz-kompetenz* é elemento que caracteriza a total autonomia da arbitragem em conjunto com a desnecessidade de homologação da sentença arbitral para a sua execução. Seu conteúdo pressupõe que é o próprio juízo arbitral que decide sobre questões

---

<sup>204</sup> Caramelo (2014, p. 43).

<sup>205</sup> Salles (2011, p. 34).

<sup>206</sup> Pereira (2017, s/p.), para quem “A arbitragem é baseada na liberdade contratual das partes para submeter seu litígio a uma solução definitiva extrajudicial. Esse ponto central – liberdade – se reflete em diversas características da arbitragem. Justifica o controle do consentimento, por meio de regras específicas para a previsão de arbitragem em contratos de adesão”.

<sup>207</sup> Talamini (2016, p. 129).

afetas a sua própria jurisdição<sup>208</sup>. O Art. 20 da LArb<sup>209</sup> confirma essa aptidão exclusiva e primeva na decisão sobre competência, suspeição ou impedimento do árbitro, bem como no que diz respeito à declaração de ineficácia, invalidade ou nulidade da convenção de arbitragem.

O limite da extensão da reserva adstrita pelo legislador não é apenas aquele em que o árbitro possui competência para analisar se o litígio pode ou não ser submetido à sua jurisdição, em que o princípio da competência seria apenas aquele da “jurisdição-jurisdição” e ao judiciário não seria possível decidir sobre as mesmas matérias submetidas à arbitragem por meio de convenção arbitral. O tratamento dado pelo legislador brasileiro ao princípio da competência-competência se estende também à análise da nulidade, invalidade ou eficácia da convenção de arbitragem, ou seja, a análise também cabe única e exclusivamente ao árbitro. Destarte, ao judiciário cabe apenas o controle posterior, quando da eventual propositura de ação anulatória de sentença arbitral<sup>210,211</sup>.

É uma disposição que insere uma regra de “prioridade cronológica”, pois impõem que a jurisdição estatal não pode intervir antes da decisão do árbitro, ao mesmo tempo que insere uma *prioridade hierárquica*, ao conceder ao árbitro, no exato momento de sua investidura, “uma preeminência de direito para tratar de qualquer dificuldade relativa a sua investidura”<sup>212</sup>.

Não obstante, também se configura a prevalência da decisão pelo árbitro quando uma das partes, ao desprezar a existência de cláusula compromissória, venha a propor ação diretamente no judiciário sob questão cuja convenção firmou sua resolução pela arbitragem. Nesse caso, o réu deve alegar a existência da convenção, o que deslocará a competência para o juízo arbitral<sup>213</sup>.

---

<sup>208</sup> Art. 8º, Parágrafo único. “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

<sup>209</sup> “Art. 20. A parte que pretender arguir [sic] questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”.

<sup>210</sup> Art. 20, §2º da LArb.

<sup>211</sup> Com a mesma compreensão, Wald explica que: “Especificamente com respeito aos efeitos do princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), o Direito brasileiro é mais liberal que a Convenção de Nova Iorque. Como vimos acima, o Art. II, § 3.º, da Convenção de Nova Iorque prevê unicamente o efeito positivo desse princípio, qual seja, o de remeter as partes para a arbitragem na existência de uma convenção de arbitragem. A Lei nº 9.307/96, entretanto, foi mais além, estabelecendo igualmente o efeito negativo desse princípio, a exemplo do direito francês”. (WALD, 2014, p. 518).

<sup>212</sup> Boiesseson (2005, p. 141).

<sup>213</sup> Nery (2016, p. 67). Trata-se de uma eficácia negativa que impede a submissão ao juízo estatal de matérias que deveriam ser decididas pela via arbitral cuja previsão está no artigo 337, X, §§5º e 6º e artigo 485, VII, todos do Código de Processo Civil. O §5º do artigo 337 compreendido em conjunto com o inciso X do mesmo artigo, exige a manifestação do réu sobre a existência de convenção de arbitragem, caso contrário o seu silêncio implicará na renúncia ao juízo arbitral e aceitação da jurisdição estatal (§6º do artigo 337). Neste último caso, a questão submetida ao judiciário ensejará a ineficácia da convenção arbitral para este tema, mantendo a sua higidez quanto a outras questões que não foram objeto de controvérsia no judiciário.

Esta regra é de fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que, se ao judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergada por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção. O princípio, desta maneira, fortalece o instituto, e prestigia a opção das partes por esta forma de solução de conflitos, e afasta, em certa medida, o risco de desestímulo à contratação da arbitragem, em razão de potencial obstáculo prévio a surgir no Judiciário diante da convenção, por maliciosa manobra de uma das partes<sup>214</sup>.

Neste sentido, não se trata de uma manifestação de soberania da arbitragem ou dos árbitros, mas sim uma faculdade que lhes é conferida para que exatamente as partes não utilizem de subterfúgios questionando sobre a competência em outra instância, o que fatalmente retardará o procedimento arbitral. Se não houvesse essa faculdade de caráter pragmático, certamente a eficácia da arbitragem como forma de jurisdição seria comprometida<sup>215</sup>. O princípio da competência-competência evita que uma decisão judicial obstaculize a realização da arbitragem (medidas antiarbitrais ou *anti-arbitration injunctions*).

Não se pode olvidar que a decisão dos árbitros sobre a sua competência não é definitiva, pois pode ser objeto de arguição de nulidade no judiciário, o que ocasiona não apenas a nulidade da decisão interlocutória arbitral como também da decisão arbitral que adentrou ao mérito da controvérsia. Contudo, não se pode pretender a submissão diretamente à jurisdição estatal para a análise de eficácia, validade e existência da convenção arbitral, de forma a evitar o curso da arbitragem. Na extensão interpretativa desse princípio, cabe também ao árbitro examinar a

---

<sup>214</sup> Cahali (2015, p. 139).

<sup>215</sup> Caramelo (2014, p. 35). Em uma posição contrária ao efeito negativo do princípio da competência-competência, Brekoulakis conclui que “*Granting exclusive jurisdiction to a forum whose foundations are in dispute defies legitimacy. Moreover, a prima facie examination of validity cannot always work satisfactorily in practice, in particular when the dispute relates to complicated consent issues, such as whether an arbitration agreement would be incorporated by reference, or whether a non-signatory party would be bound by an arbitration agreement. Finally, in policy terms, the risk that a party might be denied its day in court outweighs any benefit coming from legal resources preservation. The paper concluded with tentative suggestions with regard to the allocation of tasks between arbitral tribunals and national courts. In particular, a distinction was suggested between disputes relating to existence and validity of an arbitration agreement and other disputes against the jurisdiction of a tribunal, including disputes on the scope of an arbitration agreement or arbitrability. Concurrent jurisdiction should be accorded to national courts and arbitral tribunals in relation to the former, while arbitral tribunals may have exclusive jurisdiction to determine the latter. Any risk of conflicting determinations by national courts and arbitral tribunal on the validity of the same arbitration agreement would be then avoided by the res judicata effect of a national decision or arbitral award, which would preclude a second determination on the same matter. While the positive effect of the compétence-compétence principle is a legal fiction that is essential for arbitration to maintain its autonomy, the negative effect undermines legitimacy of arbitration proceedings. At the end, an over expansive pro-arbitration policy, which put national courts to the periphery, might well prove counterproductive, prompting an antiarbitration reaction. The latest legislative developments in the US, threatening to eliminate the compétence-compétence doctrine altogether, including its positive effect, would suggest that such a reaction might be possible*”. (BREKOULAKIS, 2009, p. 258).

arbitrabilidade estipulada no Art. 1º da LArb, pois caracteriza-se a invalidade da convenção arbitral caso a matéria objeto da lide não possa ser solucionada por meio da arbitragem ou caso uma das partes não possua capacidade de contratar <sup>216</sup>.

Dois são, portanto, os efeitos do princípio da competência-competência que podem ser depreendidos no Direito brasileiro: i. regra cronológica negativa, pois estabelece que o árbitro decide primeiro que o juízo arbitral na análise de validade de uma convenção arbitral (efeito negativo); ii. assegura o direito de o árbitro decidir sobre sua competência e a respeito de qualquer controvérsia delegada pela convenção arbitral, é poder do árbitro no exame de sua própria jurisdição (efeito positivo).

### **3.2.3 Neutralidade do árbitro: entre a imparcialidade e o devido processo legal**

Assim como o juiz no judiciário, o árbitro deve ser neutro em relação às partes e a qualquer interesse vinculado ao litígio objeto da arbitragem, não podendo deixar-se influenciar pelo ambiente externo. É uma característica que antecede o alcance da imparcialidade, uma vez que a equidistância dos árbitros com as partes é que afastará ou não a possibilidade de imparcialidade. Essa neutralidade é que garante a imparcialidade e independência durante todo o procedimento arbitral, sendo a imparcialidade um atributo que se presume a partir das condições dos sujeitos envolvidos<sup>217</sup>.

Tanto a imparcialidade é presumida que o Código de Processo Civil ao tratar dos impedimentos e suspeição considera a inexistência de relação entre juiz e partes, sendo que qualquer arguição de imparcialidade deve ser seguida da comprovação do impedimento ou da suspeição<sup>218</sup>. Não se trata de um valor em si, portanto, mas sim de atributo, uma vez que presumidos de circunstâncias pré-determinadas possíveis de serem verificadas quando da atuação do julgador. “É a neutralidade, enquanto posição de equidistância e independência em relação às partes, portanto, o que efetivamente importa na produção de efeitos processuais. A imparcialidade coloca-se, na verdade, como um objetivo sistêmico a ser alcançado no processo”<sup>219</sup>. Assim, a neutralidade abrange a imparcialidade que é presumida pela ausência de

---

<sup>216</sup> Retomaremos o tema da arbitrabilidade adiante, em vista da importância do debate que cerca principalmente a arbitrabilidade objetiva.

<sup>217</sup> Salles (2011, p. 51).

<sup>218</sup> “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: [...] IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge, ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo”. e “Art. 145. Há suspeição do juiz: I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”.

<sup>219</sup> Salles, (2011, p. 52).



relações entre julgador e partes, uma equidistância que deve refletir no julgamento da controvérsia de forma equilibrada e equânime<sup>220</sup>.

Com o intuito de garantir a neutralidade, a LArb estabelece no Art. 14 que os árbitros não podem possuir qualquer relação seja com a lide ou com uma das partes capaz de caracterizar os mesmos casos de impedimento ou suspeição dos juízes, insurgindo os mesmos deveres e responsabilidades ao encontro do que prevê o Código de Processo Civil. O árbitro tem o dever de revelar qualquer fato que possa conduzir a uma dúvida quanto à sua imparcialidade ou independência, o que deve ser feito antes do aceite para o exercício da função (Art. 14, §1º da LArb). À parte é reservado o ônus de apresentar a sua discordância diante da nomeação de um árbitro (Art. 15, *caput* da LArb), devendo assim proceder na primeira oportunidade, sob pena de concordância tácita (Art. 20, *caput* da LArb).

Veja, portanto, que a imparcialidade (advinda da suspeição e impedimento) não apenas possui o atributo de presunção como também está sujeita à livre disposição das partes, ou seja, é relativa. Isso significa que a imparcialidade está adstrita à autonomia da vontade das partes, não encapando a esfera do devido processo legal. O conjunto de artigos mencionados tem o condão de assegurar a equidistância do árbitro ou árbitros, dando tratamento à imparcialidade em um campo de autonomia da vontade. O que não significa que a imparcialidade esteja desprotegida, uma vez que se aperceba fora da esfera do devido processo legal. Isso porque, o Art. 32, inciso II, da LArb estabelece a nulidade da sentença emanada de quem não pode ser árbitro, o que inclui tanto questões afetas à capacidade civil quanto aquelas relacionadas à imposição da imparcialidade<sup>221</sup>.

Cabe, ademais, destacar que se a parte alegar tempestivamente a suspeição ou o impedimento mesmo assim não houver a substituição do árbitro, não ocorrerá a preclusão indicada acima, podendo ser perquirida a nulidade da sentença tempestivamente (art. 20, §2º, da Lei 9.307/1996) – trata-se da observância do binômio ciência-anuência. O que importa deixar claro é que o fundamento da nulidade não será o inciso VIII do art. 32 (imparcialidade como princípio do devido processo legal), mas o inc. II acima indicado<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Em uma percepção distinta, Carmona (2009, p. 240) atesta que a imparcialidade é a primeira qualidade que se deve exigir de um árbitro não pode ser confundida com a neutralidade, uma vez que esta nem sempre pode ser alcançada. Para o autor, a imparcialidade é a equidistância entre julgador e partes, enquanto a neutralidade possui um conceito relacionado à influência que o árbitro pode receber do meio externo. Justifica este posicionamento no fundamento de que o julgador pode ser imparcial, porém sempre será influenciado e “estará sempre ligado a circunstâncias políticas, sociais e econômicas, sujeito à pressão da mídia em geral, entre todas outras variantes”. Neste mesmo sentido é o posicionamento de Selma Lemes, que não acredita na neutralidade do julgador por não ser condizente com a própria natureza do ser humano que, em vista de sua formação social e cultural, tenciona condicionar seu julgamento (LEMES, 2001).

<sup>221</sup> Alves (2014, p. 962-963).

<sup>222</sup> Alves (2014, p. 964).

Entretanto, há um outro conjunto de dispositivo que tutela o procedimento arbitral dentro do devido processo legal: o Art. 21, §2º e o Art. 32, VIII, ambos da LArb. Da exegese destes, é possível verificar que os árbitros devem conduzir a arbitragem de modo igualitário, não impondo qualquer tratamento privilegiado a qualquer uma das partes, pois estar-se-ia violando os princípios do contraditório e da igualdade, configurando-se nulidade.

A apresentação de dois conjuntos de dispositivos, o primeiro que vincula a imparcialidade à autonomia da vontade e o segundo que trata de princípios do devido processo legal que devem ser observados sob pena de nulidade, têm a intenção de demonstrar – ainda que as partes concordem com a nomeação de um árbitro impedido ou suspeito, ou mesmo de uma instituição que possa tender o procedimento – que há o dever de respeitar os princípios do contraditório e da igualdade das partes durante todo o procedimento arbitral. Portanto, toda uma construção de neutralidade depende da vontade das partes ou de determinada instituição privada, uma vez que será consolidada durante toda a arbitragem, de forma a garantir uma atuação imparcial e com paridade de tratamento às partes. O arranjo institucional pautado nesses dois conjuntos de dispositivos garante uma posição de neutralidade.

A importância de toda essa compreensão é verificada no estudo da inter-relação entre arbitragem e concorrência quando da presença de cláusula arbitral nos acordos<sup>223</sup> celebrados entre o Cade e os agentes econômicos. Conforme será verificado detalhadamente adiante, o Cade tem utilizado a arbitragem em ACC<sup>224</sup> como forma de auxílio na fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas pelos agentes econômicos signatários e como instrumento de eficácia do próprio *enforcement* antitruste. A presença da cláusula arbitral no âmbito do ACC, dessa feita, delimita a escolha da câmara arbitral apenas entre o Cade e o agente econômico signatário do acordo<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> O termo “acordo” aqui deve ser considerado em sentido *lato*, posto que ainda está em aberto a possibilidade da utilização da arbitragem pelo Cade em ACC, TCC e, em última hipótese, Acordo de Leniência.

<sup>224</sup> A arbitragem foi utilizada como remédio comportamental nos seguintes casos: ACC “ICL/Fosbrasil” - 2014 - (Acordo em Controle de Concentração nº 08700.000344/2014-47); ACC ALL/RUMO - 2015 (Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32); Bovespa/Cetip – 2017 (Acordo em Controle de Concentração n.º 08700.004860/2016-11); At&T/TimeWarner- 2017 (Acordo em Controle de Concentração nº 08700.001390/2017-14)

<sup>225</sup> Ao encontro do que será abordado em tópico específico, todos as vezes que a arbitragem foi estipulada como remédio em ACC, a Câmara Arbitral eleita foi o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Em nenhum momento pode ser questionado o nível de reputação, conhecimento e experiência da câmara escolhida e de seus árbitros, todavia questionamentos surgem a respeito das motivações da referida escolha. Para evitar qualquer desconfiança, uma saída pode ser a elaboração de uma lista constando as câmaras arbitrais que preencham determinados requisitos como: existência de árbitros com expertise em Direito Antitruste, experiência, reputação e prazo mínimo de existência da câmara. Esta lista pode ser apresentada aos agentes econômicos signatários do acordo que em conjunto com o Cade escolherão a câmara que será responsável pelo julgamento.

Destarte, o terceiro que visualiza a possibilidade de utilização da arbitragem, em vista da previsão da cláusula compromissória no ACC, não poderá participar da escolha da câmara arbitral, uma vez que previamente eleita. De um lado, há o signatário que se comprometeu a solucionar possível litígio por meio de uma determinada câmara em um acordo assinado com o Cade. Do outro, o terceiro interessado em solucionar a controvérsia por meio da arbitragem não poderá participar da escolha da câmara arbitral.

Trata-se de uma situação incomum, mas que pode ocorrer na prática e, de certa forma, mitiga a autonomia da vontade do terceiro, uma vez que se vê entre discordar da câmara eleita e não ter outra escolha a não ser submeter o litígio ao judiciário, o que significa abrir mão de uma solução que, por muitas vezes, encerra inúmeras vantagens.

Ora, mas não poderiam as partes celebrar um compromisso arbitral, independentemente do ACC assinado por uma delas, e concordarem pela escolha de outra câmara? No nosso entendimento não, uma vez que a parte signatária do ACC estaria descumprindo a cláusula compromissória celebrada com o Cade, salvo se<sup>226</sup> houver concordância da autoridade antitruste quanto a alteração.

A maior preocupação do terceiro, com este impasse, tange à confiança na câmara escolhida previamente, e esta ausência de fidúcia se dá exatamente pela possibilidade de um tratamento desigual durante o procedimento arbitral. Há de se evitar possível arranjo institucional que possa conduzir o procedimento de forma tendenciosa aos interesses da parte que participou da celebração do acordo com o Cade e, conseqüentemente, da escolha da câmara arbitral. Nesse passo, conforme visto, a parte poderá arguir a nulidade da sentença arbitral, o que não trará prejuízos inicialmente.

Como dissemos, trata-se a imparcialidade de uma presunção, assim, a parte presume que a câmara e os respectivos árbitros conduzirão o feito de forma imparcial e sem qualquer tratamento não igualitário. O que se está por dizer é que, mesmo o terceiro concordando com a escolha da instituição, há importantes dispositivos que lhe asseguram a condução igualitária do procedimento, sob pena de nulidade.

Elucida-se o quão importante é o princípio da neutralidade, para que ao fim e ao cabo possa ser construída inclusive institucionalmente, garantindo a sua atuação imparcial que deve permear o regulamento, o contrato e a própria lei, como é o caso da LArb.

---

<sup>226</sup> Este tema será objeto de análise concreta na seção 4.

### 3.3 Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral

A convenção de arbitragem é o meio pelo qual os contratantes, por escrito, estipulam a submissão à arbitragem de possível litígios, determinados ou determináveis, presentes ou futuros<sup>227</sup>, que possam surgir a partir de uma dada relação jurídica, cuja natureza é de negócio jurídico<sup>228</sup> manifestado pela vontade das partes em que é verificado e especificado o seu alcance.

A Lei de Arbitragem dispõe que a solução do conflito pela via arbitral pode ser celebrada por meio de compromisso arbitral (Art. 9º da LArb) ou cláusula compromissória (Art. 4º da LArb), sendo a caracterização de uma ou de outra consubstanciada por um critério temporal: o momento do acordo. Este é determinado pela convenção anterior ao surgimento do litígio (cláusula compromissória) ou posterior (compromisso arbitral).

A convenção de arbitragem, independentemente do momento, possui uma característica atribuída pela própria Lei, qual seja, o efeito vinculante, retirando do juiz togado a competência para conhecer de determinado litígio<sup>229</sup>, importando na renúncia ao direito de propor ação judicial. Assim, é dotada de irrevogabilidade e exigibilidade judicial de seu cumprimento. “Evidentemente este pacto não está inteiramente imunizado de impugnação, de maneira a se poderem corrigir aqueles vícios de maior gravidade, mas em regime de extrema excepcionalidade, a fim de garantir a efetividade da opção as partes por aquela alternativa”<sup>230</sup>.

Uma outra questão importante vinculada à convenção de arbitragem diz respeito aos limites da jurisdição arbitral, pois é na convenção que se define a abrangência e a forma da solução do conflito. Significa dizer que: i. as partes podem estipular qual matéria será objeto de decisão em um juízo arbitral; ii. as partes podem definir o procedimento arbitral, o que resulta em uma menor formalidade e em um julgamento mais célere.

Ainda, as partes podem convencionar quem será responsável pelas providências administrativas do procedimento, que pode ser *ad hoc* ou institucional. Por meio da arbitragem *ad hoc*, as partes estabelecem as regras e formas que conduzirão todo o procedimento arbitral, incluindo o próprio procedimento arbitral<sup>231</sup>, optando por um ou mais árbitros para solucionar

---

<sup>227</sup> Guerrero (2014, p. 5).

<sup>228</sup> A consolidação da natureza jurídica da arbitragem como um negócio jurídico processual pode ser verificada em: Guerrero (2009, p. 10-15).

<sup>229</sup> Carmona (2009, p. 79).

<sup>230</sup> Salles (2011, p. 38).

<sup>231</sup> Ao optar por uma arbitragem *ad hoc* podem as partes escolher o regramento procedimento de uma determinada câmara arbitral, sem, contudo, submeter a ela a administração do litígio.

o conflito, despesas relacionadas ao árbitro e à tramitação do processo etc. Enquanto pela arbitragem institucional, a opção é por uma entidade especializada (câmara arbitral) que cuidará de toda a administração da arbitragem, pois possui corpo específico de árbitros, regulamento próprio que determinará sobre o procedimento arbitral, honorários e custas pré-definidos<sup>232</sup>, dentre outros.

Por se tratar de uma opção livre que expressa a sua autonomia da vontade, a parte que celebrou a convenção arbitral responde pelas consequências da escolha, uma vez que se lhe impõem deveres de fazer e não fazer. As duas principais consequências são: “o dever de levar ao processo arbitral as pretensões abrangidas pelo objeto da convenção [...] e o dever de sujeitar-se à discussão e julgamento em sede arbitral das pretensões das mesmas ordens formuladas pelo outro polo pactuante”, ou seja, está impossibilitada de levar as mesmas pretensões ao judiciário<sup>233</sup>.

Tal expressão da vontade das partes não pode ensejar uma equivocada compreensão de que por meio da convenção estar-se-ia atribuindo poderes aos árbitros, como se as partes a eles estivessem delegando poderes. Quando da escolha dos árbitros, as partes consideram a sua expertise, a sua experiência, de modo a constituir a sua competência para julgar, limitando o seu escopo para tanto, e tão apenas isso. Uma compreensão contrária ou expansiva corre o risco de trazer para a convenção de arbitragem um elemento que a ela não pertence e que na verdade é atribuído pela Lei, delegação de poderes. Esta confusão descaracterizaria a natureza própria da arbitragem de jurisdição em que o árbitro exerce atividade judicante, pois a ele restaria apenas a mediação de um acordo de vontades.

Ademais, impossível as partes delegarem algo que não lhes pertence, a elas em nenhum momento é conferido o poder de julgar, apenas concedem a competência e limitam e definem o seu escopo. Assim, por constituir um negócio jurídico processual, a convenção de arbitragem não está limitada ontologicamente ao objeto do litígio<sup>234</sup>. Com efeito, a convenção de arbitragem desloca a competência da jurisdição do Estado à jurisdição arbitral.

---

<sup>232</sup> Na grande parcela das vezes as partes firmam um termo de arbitragem em conjunto com os árbitros que pode conter: o nome e qualificação das partes e dos árbitros; idioma; objeto do litígio; lei aplicável; fixação do calendário inicial do procedimento; valor da arbitragem; autorização para o julgamento por equidade, quando o caso e também pedidos específicos de cada uma das partes.

<sup>233</sup> Talamini (2016, p. 130). Obviamente que esta força vinculante está condicionada a validade e eficácia da convenção arbitral.

<sup>234</sup> Lima (2010, p. 64).

### 3.3.1 Cláusula compromissória

De acordo com a estipulação legal, cláusula compromissória “é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (Art. 4º da LArb), que deve ser estipulada por escrito e inserta no contrato ou ainda em documento a este anexo. É a formalização da escolha pela jurisdição arbitral, consubstanciando-se em cláusula autônoma em relação ao contrato e, assim, ainda que seja declarado nulo o contrato, desde que continue a existir a relação jurídica entre as partes, a cláusula compromissória permanecerá válida e eficaz, nos termos do Art. 8º da LArb<sup>235, 236</sup>. Trata-se de uma ‘obrigação de fazer’ relacionada à possibilidade de um futuro conflito com características de prevenção.

Há uma ressalva quanto à formalidade exigida em casos de contrato de adesão em que ou o aderente é quem deve ter a iniciativa de instituir a arbitragem ou com a sua instituição concorde expressamente. Nos demais casos, a única formalidade exigida é a celebração por escrito, aceitando-se a sua celebração por meio eletrônico ou por troca de correspondências<sup>237</sup>.

Daí que se pode afirmar que a cláusula compromissória possui um caráter dúplice, pois vincula os signatários no que tange a litígios atuais ou futuros (dada a obrigação da submissão de eventual litígio ao juízo arbitral – acordo de vontades) e derroga a jurisdição estatal ao transpor para a jurisdição arbitral o litígio<sup>238</sup>. Dito de outra forma, duas são as eficácias que podem ser apontadas: i. positiva: a submissão ao juízo arbitral do conflito objeto da celebração (relaciona-se com os princípios informativos da autonomia da cláusula compromissória, *kompetenz-kompetenz*, e o efeito vinculante da convenção de arbitragem já mencionados); ii. negativa: renúncia à jurisdição estatal<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

<sup>236</sup> Azevedo (2014, p. 647-648).

<sup>236</sup> Cretella Neto (2014, p. 125-152).

<sup>237</sup> Cahali (2015, p. 155).

<sup>238</sup> Carmona (2009, p. 79).

<sup>239</sup> Segundo Guerrero (2014, p. 123), “o efeito positivo da convenção de arbitragem determina que as partes estarão obrigadas a solucionar eventual litígio, no caso de cláusula compromissória, ou litígio determinado, no caso de compromisso arbitral, da relação jurídica entre elas existentes pela via arbitral”. Sobre o efeito negativo da convenção de arbitragem o mesmo autor aduz que “está ligada à ideia de proteção e incentivo ao procedimento arbitral, deixando-se claro que, em determinadas situações dotadas de determinados requisitos, o Judiciário não poderá se pronunciar” (Ibid., p. 127).

A cláusula compromissória cria incentivos quanto à inadimplência, ilicitude e má-fé, uma vez que a parte que não cumprir com os termos do contrato, agir de má-fé e/ou de forma ilícita terá o conflito solucionado pela arbitragem, o que constitui uma alteração de expectativas quanto ao tempo, possíveis erros, custos, sigilo, entre outros, ou seja, cria um incentivo sob o aspecto de custos de transação. O que significa que se os custos de transação relacionados à solução de determinado litígio por meio da arbitragem se configurarem menores em comparação com os custos de transação judicial, a cláusula arbitral estabelece incentivos positivos no sentido de que as partes tendem a respeitar o contrato, atuando sob um comportamento adequado. Tal fato estabelece, ao menos potencialmente, uma melhor moldura jurídico-institucional para as relações entre as partes, cria-se um ambiente jurídico mais adequado diante de um bom comportamento e da boa-fé.

Em comparação com o compromisso arbitral, conforme será verificado em seguida, neste as partes já estão em um ambiente de litígio, de conflito que dificilmente poderá ser aperfeiçoado. Isso porque, se as partes chegaram ao ponto de escolher a solução do conflito por meio de um terceiro, pressupõe-se que a relação está desgastada e que possíveis conversas amigáveis não comportarão acordo, consubstanciando-se em um ambiente jurídico-relacional desgastado. Portanto, dificilmente haverá alteração nos incentivos elaborados em um ambiente normativo<sup>240</sup>.

O *caput* do Art. 7º da LArb estabelece que, em caso de resistência para a instituição da arbitragem, cabe à parte interessada requerer em juízo a citação da outra parte para que seja lavrado o compromisso, o que se dará em audiência específica designada pelo juiz<sup>241</sup>. A petição inicial deverá indicar com precisão o objeto da arbitragem e anexar o documento que contém a cláusula compromissória. Caso a parte citada não compareça à audiência, o juiz decidirá sobre o conteúdo do compromisso arbitral e nomeará árbitro único (§6º, Art. 7º da LArb); se de outra forma o autor deixar de comparecer sem justo motivo, o processo será extinto sem julgamento de mérito.

Durante a audiência, o juiz tentará a conciliação acerca da controvérsia (§2º, do Art. 7º da LArb)<sup>242</sup> e, em sendo infrutífera, conduzirá a assinatura do compromisso arbitral. Em caso de discordância sobre os termos do compromisso, a parte citada pode se manifestar em audiência ou no prazo de 10 (dez) dias (§3º, Art. 7º da LArb). A sentença judicial que decidir

---

<sup>240</sup> Salama (2012, p. 387-388).

<sup>241</sup> A parte não é citada para que conteste a inicial, mas sim para lavrar o compromisso arbitral.

<sup>242</sup> Cabe ao juiz, caso seja silente a cláusula arbitral sobre a nomeação de árbitros, a nomeação de árbitros ou mesmo a nomeação de árbitro único para solucionar a controvérsia.

pela procedência do pedido obtém valor de compromisso arbitral e produz efeitos imediatos após a sua publicação, inexistindo efeito suspensivo em caso de eventual recurso de apelação, o que conduz a um início imediato do procedimento arbitral<sup>243</sup>.

No que diz respeito ao seu conteúdo, a cláusula compromissória pode ser classificada como: i. cheia, ii. vazia; iii. patológica; iv. escalonada; v. combinada.

- i. **Cláusula cheia:** as cláusulas cheias são caracterizadas por estabelecer com absoluta precisão a lei aplicável, a indicação da instituição arbitral ou a forma como se instituirá a arbitragem, o procedimento a ser seguido (nos casos em que não se trata de arbitragem institucional), como serão escolhidos os árbitros, a possibilidade de decisão por equidade, sigilo, determinação da sede e o local em que ocorrerá os atos arbitrais, prazo para sentença arbitral e responsabilidade pelos pagamentos das despesas<sup>244</sup>;
- ii. **Cláusula vazia:** é aquela que não indica as regras de arbitragem e não estabelece uma instituição arbitral, ou seja, não contém os requisitos mínimos para a instituição da arbitragem. É possível que esta lacuna seja preenchida pelas próprias partes. Contudo, se assim não ocorrer, as partes socorrer-se-ão do Poder Judiciário<sup>245</sup>;
- iii. **Cláusula compromissória patológica:** é aquela que possui algum vício que pode obstar o caminho harmônico da arbitragem, em apertada síntese, “erros,

---

<sup>243</sup> Esta é a exegese extraída do Art. 1.012, §1º, IV do Código de Processo Civil.

<sup>244</sup> Cláusula cheia é a representação da autonomia da vontade, um espaço de plena liberdade e que expressa a convergência dos interesses e das melhores condutas para a celebração do negócio e a continuidade da relação comercial entre as partes. É importante que as partes, quando optarem pela institucionalização da arbitragem e/ou a utilização do regulamento institucional, sigam estritamente o regulamento da câmara arbitral eleita, sob pena de caracterizar contradição entre cláusula e regulamento e cair em uma cláusula patológica. (Nesse sentido, *cf.* CAHALI, 2015, p. 158; NERY, 2016, p. 67).

<sup>245</sup> A cláusula vazia está depreendida no Art. 6º *caput*, seu respectivo parágrafo único: “Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa”.



incongruências, ambiguidades e imprecisões na cláusula compromissória ensejam a dificuldade de sua efetivação”<sup>246,247</sup>;

- iv. **Cláusula escalonada:** consiste na previsão de conciliação ou mediação previamente à arbitragem, ou o estabelecimento da conciliação ou mediação como fase procedimental da própria arbitragem<sup>248</sup>. Portanto, diz respeito a uma combinação de mais de uma forma de solução de controvérsias, uma obrigação positiva prévia de submissão a uma outra forma de solução autocompositiva;
- v. **Cláusula combinada:** ocorre quando em um mesmo contrato estão presentes a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro, consubstanciando-se no interesse das partes e na autonomia da vontade a escolha de solucionar determinada controvérsia por meio da arbitragem e outro determinado conflito pela instância judicial. Há um fracionamento do contrato determinando qual matéria será de competência do judiciário e qual será de competência da arbitragem<sup>249</sup>.

### 3.3.2 Compromisso arbitral

O compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas”<sup>250</sup>, que pode ser estabelecido extrajudicial ou judicialmente, sendo que cada uma delas possui duas possibilidades de celebração.

---

<sup>246</sup> Nery (2016, p. 71). Para uma detalhada explicação e exemplificação sobre o tema, *cf.* Cahali (2015, p. 167). Carmona (2009, p. 110-111) cita três exemplos de cláusulas patológicas: i. cláusulas vazias; ii. cláusula que indica órgão arbitral inexistente; iii. cláusula que descrevem um mecanismo para indicação de árbitro ineficiente, como, por exemplo, quando as partes decidem que um presidente de um tribunal estatal nomeará o árbitro único após a instauração da arbitragem. Ora, é cediço que o órgão do Poder Judiciário não possui competência para indicar árbitros), o que impede a sua atuação.

<sup>247</sup> Não se olvida que, independentemente da imprecisão, a cláusula compromissória deverá ser interpretada pelo árbitro ou árbitros competentes em deferência ao princípio da competência-competência. Veja que o problema neste cenário não diz respeito à escolha do árbitro ou árbitros, mas, por exemplo, pode envolver imprecisão quanto às controvérsias definidas pelas partes para serem solucionadas pela via arbitral.

<sup>248</sup> Ferreira, Rocha e Ferreira (2019, p. 202-204). Segundo Cahali (2015, p. 171-172), “a previsão, em regra, recomenda a submissão das partes à conciliação ou mediação prévia, porém algumas cláusulas indicam a necessidade (*obrigação*) de tentativa de autocomposição, como requisito à instauração do procedimento arbitral, ou seja, como condição para que a arbitragem seja iniciada”. Sobre cláusulas escalonadas *cf.* Levy (2013) e Lemes (2010).

<sup>249</sup> Um exemplo de cláusula combinada é a cláusula 35.18 do Contrato de Concessão patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da linha 4 – amarela do metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra: “Será competente o Foro Central da Comarca do Estado de São Paulo para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do CONTRATO, assim como para apreciar as medidas judiciais previstas no item anterior ou a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96.” (Contrato linha 4 – amarela do metrô, 2006, p. 71).

<sup>250</sup> Art. 9º da LArb.

Dentre estas, uma é aquela que advém da resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória. Diante da resistência, a parte interessada pode requerer em juízo a celebração do compromisso arbitral para que seja cumprida a declaração de vontade emanada na cláusula arbitral, conforme já abordado no item anterior.

A outra possibilidade que diz respeito à celebração do compromisso arbitral judicial<sup>251</sup>, advém quando as partes durante o litígio no judiciário resolvem, de comum acordo, solucionar a controvérsia pela via arbitral, desistindo do processo judicial, que será extinto nos termos do Art. 485, inciso VII do CPC, e procedendo com a assinatura do compromisso arbitral. A opção pela celebração do compromisso arbitral no curso do processo judicial pode se dar enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença, existindo a possibilidade de o árbitro ou tribunal arbitral aproveitar dos atos instrutórios praticados no processo judicial<sup>252</sup>.

Já uma das duas hipóteses de compromisso arbitral extrajudicial ocorre quando as partes, em comum acordo resolvem celebrá-lo, inexistindo cláusula compromissória ou processo judicial anterior, optando pela renúncia da jurisdição estatal. Neste caso o legislador estipulou a necessidade de a celebração do compromisso arbitral ocorrer por escrito particular, acompanhado pela assinatura de duas testemunhas, ou por meio de instrumento público<sup>253</sup>. Caso a formalidade requisitada seja desobedecida, o compromisso poderá ser considerado nulo quando uma das partes assim arguir antes da instituição da arbitragem. Instituída a arbitragem e tendo as partes assim concordado de boa-fé sem criar qualquer tipo de obstáculo, sem qualquer manifestação contrária, ainda que não apresente os requisitos formais, jamais poderão suscitar a anulação, seja em sede de cumprimento de sentença ou de anulação, ou mesmo no curso da arbitragem<sup>254</sup>.

A segunda possibilidade de compromisso arbitral extrajudicial ocorre quando a partes celebram um cláusula compromissória vazia (ou seja, não estabelecem os elementos que possibilitem a instauração do procedimento arbitral), o que faz com que a parte interessada em iniciar o procedimento arbitral manifeste seu interesse, por qualquer meio de comunicação passível de comprovação do recebimento, pela outra parte, convocando-a para a celebração do compromisso arbitral em local, dia e horário certos. Caso a outra parte não compareça ou, em

---

<sup>251</sup> Esta possibilidade de compromisso está instituída no §1, do Art. 9º da LArb: “Art. 9º - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”.

<sup>252</sup> Carmona (2009, p. 192).

<sup>253</sup> “Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. [...] § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

<sup>254</sup> Carmona (2009, p. 191-192).

comparecendo, não concorde com a lavratura do compromisso arbitral, a parte que convocou pode propor ação para o preenchimento da cláusula arbitral vazia por meio do judiciário<sup>255</sup>. Nesse caso, o procedimento seguirá nos exatos termos do Art. 7º da LArb, anteriormente tratado.

Quando se trata de compromisso arbitral, a Lei estabelece uma forma rígida para a sua validade, devendo contar obrigatoriamente o nome, a profissão, o estado civil e o domicílio das partes; o nome, profissão e domicílio do árbitro ou árbitros, ou, no caso de indicação de entidade, deve esta ser devidamente identificada; o local em que a sentença arbitral será proferida; e a definição do objeto do procedimento arbitral<sup>256</sup> (Art. 10 da LArb). Para além dos requisitos obrigatórios, a LArb dispõe de conteúdos facultativos que podem ser previstos (Art. 11).

Delineadas as possibilidades de convenção arbitral, antes de adentrar aos requisitos para submissão de uma controvérsia à arbitragem, passamos à análise da confidencialidade.

### **3.4 Confidencialidade – sigilo: da privacidade à compatibilização**

A roupagem da confidencialidade destinada como característica intrínseca da arbitragem como contraponto do livre acesso às decisões judiciais em uma crença inabalável, tanto como princípio como vantagem da arbitragem sobre o Poder Judiciário deve ser revisitada, reorientada e compatibilizada com a necessidade, em determinadas situações, de publicidade e divulgação de informações constantes na arbitragem e da própria sentença arbitral. O dogma de dever geral de confidencialidade inerente ao procedimento arbitral já tem sido relativizado pela doutrina, jurisprudência e por algumas instituições de arbitragem<sup>257</sup>. De fato, é preciso questionar se a arbitragem é sigilosa em termos absolutos<sup>258</sup> e até que ponto o seu sigilo

---

<sup>255</sup> “Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa”.

<sup>256</sup> Nesse caso, é possível observar que não é a pretensão do demandado que define o objeto, pois a controvérsia já existe e seu objeto está previamente estabelecido. Na cláusula compromissória, o objeto pode já estar determinado, mas em sua grande parcela a indicação do objeto é genérica em vista da impossibilidade de precisar quais conflitos poderão surgir no momento da celebração do contrato. Neste caso, a pretensão do demandante determina o objeto da arbitragem.

<sup>257</sup> Kuyven (2014, p. 1030).

<sup>258</sup> O caso que trouxe o debate e desafiou a ideia tradicional do absolutismo da confidencialidade no processo arbitral foi o *Esso Australia Resources Ltda v. Plowman* [1995], detalhado por José Cretella Neto. O autor explora

contribui ou não para a consecução de objetivos em casos e fatos específicos, tornando-se incompatíveis com determinadas situações que sugerem uma necessária publicização.

Inexiste qualquer dispositivo na LArb sobre a necessidade/obrigatoriedade da confidencialidade da arbitragem<sup>259</sup>. Trata-se, de um atributo desejável que é usualmente estabelecido pelas partes quando do pacto arbitral ou quando da indicação de instituição arbitral que traz em seu regulamento o requisito do sigilo<sup>260</sup>. É elemento considerado quando as partes optam pela solução da controvérsia pela via arbitral, sendo uma prática muito bem sedimentada, ainda que inexista imposição legal.

A previsão de confidencialidade também introjeta um constructo de fidúcia entre as partes, no sentido de que não sofrerão consequências sobre as suas afirmações, alegações e proposições<sup>261</sup>. Nesse âmbito também se insere a importância do sigilo de bens da empresa, principalmente, de bens intangíveis, *know how*, marca, patente, clientela, segredos comerciais diversos, dados cujos valores e importância podem superar a parte tangível, sendo de grande relevância comercial para os agentes econômicos e, portanto, considerados *informações sensíveis* (ou *dados sensíveis*). O que nos faz crer que é perfeitamente compreensível a preferência por procedimentos confidenciais, posto que preservam as partes e seus interesses do conhecimento público, distanciando-se da possibilidade de afetação de suas reputações e de prejuízos em negócios (afastabilidade de repercussão negativa)<sup>262</sup>. Após a sentença ou antes da investidura dos árbitros, a pedido das partes, o tribunal arbitral poderá determinar a confidencialidade de dados sensíveis dos agentes econômicos.

Por um outro lado, a concepção de solução de controvérsias de forma justa e de forma a concretizar a eficiência e eficácia da matéria em debate em um juízo arbitral pode ser comprometida com a ausência de *accountability* e transparência advindas do sigilo,

---

diversas decisões internacionais que contribuíram para a conclusão de que a confidencialidade não é um atributo intrínseco da arbitragem (CRETILLA NETO, 2014, p. 137 e ss.).

<sup>259</sup> Tampouco é possível depreender da Convenção de Nova Iorque a confidencialidade como sendo inerente à arbitragem. Na LArb há uma referência ao dever de discrição dos árbitros no desempenho de sua função (Art. 13, § 6º). No sentido de que a confidencialidade não se trata de uma regra *per se*, a partir da análise do caso *Eso v. Plowman* julgado na Austrália, Smeureanu afirma que “*an Australian perspective, despite being private, arbitral proceedings were not, per se and necessarily, confidential*”, diferenciando os termos privacidade e confidencialidade. (SMEUREANU, 2011, p. 2 e ss.). Cf. ainda Gruner (2003).

<sup>260</sup> Veja que a confidencialidade advém do acordo de vontade entre as partes e não de uma determinação legal. O Art. 189, IV, do Código de Processo Civil dispõe que o processo que verse sobre arbitragem (ou carta arbitral) tramita em segredo de justiça se, e apenas se, as partes houverem estipulado a confidencialidade na arbitragem. Portanto, não há dúvidas de que a confidencialidade está vinculada a sua prévia instituição entre as partes ou decorrentes do procedimento da câmara arbitral escolhida, podendo o sigilo estar relacionado a determinados documentos e informações ou, como regra geral, servir como um atributo que engloba todos os procedimentos da arbitragem (SALLES, 2017, p. 161).

<sup>261</sup> Salles (2017, p. 170).

<sup>262</sup> Salles (2011, p. 54-55). Cf. também Finkelstein e Escobar (2018, p. 276-280).

impossibilitando que terceiros tenham acesso ao seu conteúdo, principalmente quando se trata de matérias de ordem pública, de interesses públicos e de relevante interesse para terceiros – *stakeholders* –, ou seja, em questões que envolvem um maior significado social. O ponto nevrálgico é que a confidencialidade pode conferir dificuldade para o acesso às informações e acesso à própria sentença arbitral quando o conflito envolver questões de ordem pública e interesse público e/ou repercutirem sobre interesses relevantes de terceiros (*stakeholders*); limita o contato da coletividade com os temas, o que reduz o seu conhecimento e aprendizado e a própria prevenção de litígios futuros; deixa de consolidar entendimentos que poderiam servir de parâmetros comportamentais “em nível micro e macro (*lex mercatoria*); minimiza uma necessária garantia de isonomia e segurança de tratamento entre partes e quaisquer terceiros; deixa de promover um ambiente de concorrência entre as instituições arbitrais, principalmente quanto à qualidade das sentenças; inviabiliza a difusão e promoção, em termos de conhecimento, da arbitragem<sup>263</sup>.

Com efeito, é identificável uma aparente incompatibilidade entre a confidencialidade estipulada pelas partes e/ou previstas nos regulamentos das instituições arbitrais e a divulgação de informações e a publicidade da decisão arbitral, no ponto que mais nos interessa, inerente às questões relacionadas às matérias de ordem pública que envolvem interesses difusos e coletivos, de interesse público, de interesses relevantes para *stakeholders*<sup>264</sup>.

Quando diz respeito à arbitragem para solução de litígio que possui a Administração Pública como parte, por exemplo, é posicionalmente questionável a presença de confidencialidade. “Isso porque a publicidade dos atos da administração pública vem se colocando como um dos princípios centrais da atividade administrativa contemporânea, como garantidor da transparência dos atos da administração e da responsividade dos agentes públicos<sup>265</sup>”. Assim, não é possível considerar a confidencialidade como valor absoluto e

---

<sup>263</sup> FRAZÃO, Ana. Arbitragem, confidencialidade e transparência: perspectivas e desafios para a formação de uma jurisprudência arbitral. **Jota**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-mercado/arbitragem-confidencialidade-e-transparencia-01112017>>. Acesso em: 17 ago. 2018. A autora cita estes mesmos propósitos que deixam de ser atendidos com a ausência de uma jurisprudência arbitral ocasionada pelo sigilo.

<sup>264</sup> O sigilo também é questionado quando as informações são necessárias para a propositura de ações de indenização, utilizando-as como prova da prática de determinado ilícito.

<sup>265</sup> Salles (2011, p. 55). No mesmo sentido, e de forma ainda mais contundente, Carmona explica que “deve ser exorcizado o fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando-se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo - vantagem reconhecida da arbitragem, que toma confidencial todo o procedimento - e a publicidade que deve reger os procedimentos da Administração? Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode - apenas pode - ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. É evidente que, diante dos diversos

inafastável da arbitragem, sob pena de inviabilizar sua utilização quando a administração pública for parte e, assim, contrariar a nova redação do parágrafo primeiro, Art. 1º, da LArb recentemente incluído pela Lei nº 13.129/2015<sup>266</sup>.

Também no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a legislação impõe a divulgação sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, sendo considerada como fato relevante a propositura de procedimento arbitral que possa afetar a situação econômico-financeira da companhia (Art. 2º, parágrafo único, inciso XXII, Instrução CVM n.º 358/2002). Incontestável que o dever de informar ato ou fato relevante se sobrepõe ao dever de sigilo, o que não significa que o acesso deva ser amplo ou que a arbitragem deva ser pública<sup>267</sup>.

Sobre a questão do amplo acesso ao procedimento arbitral, ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, não há qualquer motivação em proporcionar acesso público a todo o procedimento, a todas as informações, a todas as petições, a todos os documentos. Ainda que a confidencialidade não constitua atributo intrínseco da arbitragem, diante do fato de seu procedimento ser conduzido por árbitro ou instituição privada, não se pode atribuir-lhe a mesma publicidade daquela do processo judicial. Implicitamente existe um dever de privacidade no procedimento arbitral que o difere do processo judicial. Não é possível imaginar que qualquer

---

mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral". (CARMONA, 2009, p. 51-52).

<sup>266</sup> A mesma Lei acrescentou o §3º no Art. 2º da LArb, estabelecendo o dever de divulgação que se insere na aplicação do princípio da publicidade em caso de procedimentos arbitrais que envolvem a Administração Pública.

<sup>267</sup> No julgamento referente ao Processo Administrativo CVM nº RJ 2008/0713, julgado em fevereiro de 2010, a CVM decidiu que a previsão de sigilo em regulamento arbitral não afronta às regras da IN 358/2002, desde que não impeça as informações obrigatórias ao mercado. "Ignorar os limites próprios (ou intrínsecos) do regime de informações aos acionistas acaba, em última instância, levando a uma fetichização do princípio do *full disclosure* – o direito à informação e o princípio da transparência na condução dos negócios sociais podem até ser aparentemente valorizados, mas eles acabam por ser esvaziados de qualquer sentido mais concreto. 7. É daí que decorre, por exemplo, a interpretação equivocada acerca do art. 4º, inciso IV, "b" e "c", e inciso VI, da Lei nº 6.385/76, como se estes dispositivos, por si e isolados do sistema que integram, pudessem suportar o quanto foi postulado. Daí decorre, também, a equivocada assertiva de que as informações pretendidas, derivadas dos procedimentos arbitrais, nada teriam a ver com a divulgação de fato relevante (quando esta categoria seria, a bem da verdade, a única capaz de suportar os interesses do Recorrente – um caso merece divulgação justamente por produzir os efeitos que caracterizam os chamados fatos relevantes). Reitero, desta maneira, que não existe um direito à informação *in abstracto*, motivo pelo qual não vislumbro irregularidade nas disposições do Regimento e do Regulamento da CAM ora atacadas. Irregularidade haveria se o sigilo neles previsto fosse impeditivo da prestação de informações obrigatórias ao mercado. Não é o que ocorre, porém: a rigor, o dever de sigilo não vigora – e nem poderia vigorar – se houver obrigação de efetuar comunicação ao mercado". Como exemplo de divulgação de informação sobre processo arbitral relacionado à companhia aberta temos a recente informação de fato relevante da empresa "Oi S.A." informando a instauração de processo arbitral iniciado pela acionista Bratel S.À.R.L. na Câmara de Arbitragem do Mercado da B3. (OI S.A. Fato relevante, 2018). O que pode ser extraído desta decisão, que auxilia na construção deste tópico, é a possibilidade de compatibilização entre a confidencialidade tradicionalmente utilizada na arbitragem e as obrigações de publicidade de determinadas informações.

pessoa possa comparecer em uma determinada câmara arbitral para realizar cópia ou pedir vistas dos autos<sup>268</sup>. Nesse sentido, a privacidade diz respeito ao impedimento de que qualquer terceiro estranho à arbitragem possa vir a ter livre acesso e dela participar, enquanto a confidencialidade impõe uma obrigação de sigilo a todos os sujeitos que dela participam, ainda que tal sigilo possa ser restrito. “Portanto, pode-se dizer que a privacidade é uma característica intrínseca da arbitragem – razão de ser da própria escolha da via arbitral –, ao passo que a confidencialidade só se torna fundamental quando pactuada entre as partes, e sua aplicação não infrinja outros valores e regras do ordenamento”<sup>269</sup>. Destarte, a privacidade deve sempre ser mantida, enquanto a confidencialidade pode ser mitigada.

Portanto, é possível que sejam compatibilizados os deveres de divulgação de informações, de documentos e da sentença arbitral com as informações sensíveis das partes e com as orientações de sigilo, seja decorrente do procedimento institucional ou do acordo entre as partes, seja em virtude de sigilo decorrente de Lei. Assim, é possível manter o sigilo sobre determinadas informações, petições, documentações e excertos da sentença arbitral. Desde já se afirma que a arbitragem, que tenha como objeto matérias de interesse público, não deverá ser necessariamente pública em todos os seus aspectos. Neste ponto divergimos de autores que defendem que assuntos referentes à matéria de ordem pública que envolvem interesses difusos e coletivos devem perquirir uma arbitragem pública, ainda que estes autores também concordem com o sigilo no que diz respeito às hipóteses descritas na Lei de Acesso à Informação, informações sensíveis ou que podem lesar a honra, a imagem, a vida privada ou a intimidade de outro indivíduo<sup>270</sup>.

De fato, caberá aos árbitros e/ou instituições arbitrais mitigar e dosar o acesso às informações e a sua publicidade com o fito de, ao mesmo tempo, promover o acesso necessário de terceiros interessados, respeitando o princípio da publicidade em questões de interesse público, e o direito das partes em não ter publicizadas as suas informações sensíveis, bem como estatuir o sigilo ou a publicidade decorrentes de Lei. Ao mesmo tempo em que se incentiva a publicação de sentenças, permitindo o conhecimento de terceiros, principalmente quando o assunto envolve interesse público, proteger-se-ão informações confidenciais e sensíveis. Assim, as informações, documentos, petições e a própria sentença sujeitar-se-ão a uma calibragem em um sentido de compatibilização entre o sigilo necessário e útil e a publicidade necessária e útil.

---

<sup>268</sup> Muniz e Silva (2018, p. 164).

<sup>269</sup> Franzoni (2015, p. 173-174).

<sup>270</sup> Este também é o entendimento expressado por Marrara e Torelli Pinto (2018, p. 352).

Se a justificativa para o sigilo, na grande parcela das vezes, é a preservação de segredos comerciais, patentes, informações sensíveis sobre produção – em geral dados comerciais sensíveis –, não há qualquer fundamento plausível para impor o sigilo à sentença arbitral. Inexiste qualquer imposição legal nesse sentido, seja na Lei ou nos regulamentos das principais câmaras arbitrais. A inserção de informações econômicas e financeiras também pode ter seu sigilo mantido, desde que não sejam necessárias para a compreensão da decisão arbitral, como nos casos em que deve ser mantido sigilo sobre as informações acerca das quotas e mercado e de volume de negócios em controvérsias de Direito Antitruste<sup>271</sup>.

É possível conceder aos centros de arbitragem autonomia para publicar as sentenças arbitrais, independentemente da vontade das partes, devendo ser extraídas as informações sensíveis e consideradas confidenciais.

Assim, conforme também abordaremos adiante, ainda que um dos maiores receios da utilização da arbitragem para solucionar controvérsias que envolvam Direito Antitruste (sob controle público e do próprio Cade) recaia sobre o seu isolamento em um âmbito sigiloso e privado, não se sustenta o argumento de que não é possível o Cade submeter à arbitragem questões que interessam a terceiros (interesse público) pela sua incompatibilidade com a confidencialidade da arbitragem.

A uma primeira vista, como a confidencialidade não é uma característica intrínseca e obrigatória de ser perseguida pela arbitragem, como também a publicidade não é um princípio absoluto (ainda quando se tratem de interesses públicos envolvidos), deve prevalecer o sigilo quando: i. ocasionar ofensa a direitos sensíveis das partes e de terceiros envolvidos direta ou indiretamente na arbitragem; ii. a informação, dados ou documentos se subsumirem à classificação da Lei de Acesso à Informação como reservados, secretos ou ultrassecretos. Tudo de forma a compatibilizar a pertinente divulgação de documentos e da sentença arbitral, quando assim for necessário, seja por mandamento legal, seja por se tratar de questões de interesse público e/ou de interesse relevante para *stakeholders*, com a necessária manutenção de informações sensíveis das partes que compõem o procedimento arbitral<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Nesse sentido, *cf.* Kuyven (2014, p. 1031). O autor também defende que o sigilo se estende para as partes envolvidas e os nomes de terceiros, contudo, conforme será verificado quando do tratamento específico em matéria antitruste, sequer os nomes das partes e dos terceiros envolvidos na arbitragem poderão ser mantidos em sigilo.

<sup>272</sup> Este também é o entendimento conclusivo de Lemes (2004, p. 20).



### 3.5 Do objeto da arbitragem: expansão da arbitrabilidade e quebra de paradigmas

#### 3.5.1 Arbitrabilidade: conceito

A arbitrabilidade determina quais são os conflitos que podem ser objeto de solução por meio da arbitragem<sup>273</sup>, caracterizando-se como uma condição de validade da convenção de arbitragem como também da competência dos árbitros<sup>274</sup>. É uma expressão fundamental da liberdade para arbitrar, pois define os poderes e impõe limites às partes, em uma verdadeira tradução da natureza jurídica de restrição da autonomia da vontade<sup>275</sup>.

Conceitualmente se subdivide em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A arbitrabilidade subjetiva está vinculada à capacidade para subsunção à arbitragem (em razão da qualidade da pessoa – *ratione personae*), ou seja, quem pode se submeter ao litígio arbitral. No que tange à arbitrabilidade objetiva, esta diz respeito às matérias e questões que podem ser objeto de solução pela via arbitral, ou seja, a natureza do objeto do litígio que, no caso brasileiro, está relacionada à patrimonialidade e à disponibilidade do objeto do litígio (em razão do objeto – *ratione materiae*)<sup>276</sup>.

Na sua dimensão subjetiva, segundo o Art. 1º da LArb, é determinada pela capacidade de contratar, podendo ser pessoa natural ou jurídica, de Direito público ou privado, inclusive pode ser parte a Administração Pública direta ou indireta. Essa capacidade está relacionada à possibilidade de realização dos atos da vida civil sem qualquer necessidade de auxílio de terceiros. Ao determinar a arbitrabilidade subjetiva como a capacidade de contratar, a norma traz uma *ratio* de que a opção pela arbitragem não pode ser presumida ou imposta, mas sim deve decorrer da vontade expressa das partes, em uma relação intrínseca com a autonomia da vontade das partes<sup>277</sup>.

A arbitrabilidade subjetiva não será objeto de análise aprofundada, sendo certo que o maior debate em seu entorno está devidamente sedimentado pela doutrina e pela legislação pátria,

---

<sup>273</sup> Lew, Mistelis e Kröll (2003, p. 187).

<sup>274</sup> “Arbitrability is indeed a condition of validity of the arbitration agreement and, consequently, of the arbitrators’ jurisdiction.” (HANOTIAU, 2014, p. 874). No mesmo sentido, cf. também Tiburcio (2018, p. 112).

<sup>275</sup> Youssef (2009, p. 49).

<sup>276</sup> Lemes (2004, p. 5).

<sup>277</sup> Tiburcio (2014, p. 64-65). A autora ainda esclarece que não podem se submeter à arbitragem pela impossibilidade de validamente se vincularem pela manifestação de sua vontade todos aqueles que não adquiriram plena capacidade civil, “que, no Direito brasileiro, é determinada pela lei do lugar em que tenham domicílio, no caso de pessoas naturais (LINDB, Art. 7º), ou, em se tratando de pessoas jurídicas estrangeiras, pela legislação do local em que se constituírem (LINDB, Art. 11)”.

qual seja, a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta celebrar convenção de arbitragem<sup>278</sup>. Vale destacar que no Brasil o debate acerca da arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública direta ou indireta de há muito não diz respeito à arbitrabilidade subjetiva. Inúmeros doutrinadores já se manifestavam sobre esta possibilidade muito antes de sua mencionada consolidação legislativa que apenas sedimentou a compreensão da doutrina e da jurisprudência. Em verdade, o debate, inclusive não solucionado pelo legislador quando da alteração de alguns dispositivos da LArb pela Lei nº 13.129/2015, circunda a arbitrabilidade objetiva, relacionada à disponibilidade ou não de litígios envolvendo matérias de ordem pública ou interesse público.

Nesse passo, adentraremos a análise da arbitrabilidade objetiva cuja ênfase se concentrará na expansão de seu conceito e na logicidade e utilidade do critério da disponibilidade.

### **3.5.2 A patrimonialidade e a disponibilidade como critérios da arbitrabilidade**

A Lei nº 9.307/96 (LArb) dispõe em seu Art. 1º que as partes capazes de contratar poderão utilizar da arbitragem para solucionar eventuais litígios, desde que relacionados a *direito patrimonial disponível*.

O termo ‘patrimonial’ é um critério de valoração econômica que admite a troca de determinada situação jurídica por dinheiro, com a possibilidade de serem subtraídos do patrimônio da parte<sup>279</sup>. Seu conceito não está relacionado apenas à uma tradução monetária, o critério da patrimonialidade também diz respeito à “aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”<sup>280</sup>. Com efeito, desnecessária a fixação de valor para determinado objeto, pois este pode ser implícito exatamente na conversão em valor monetário, como no caso de descumprimento de cláusula de não concorrência que pode ter repercussão patrimonial caso gere danos a outra parte que celebrou o contrato.

Não existem grandes questionamentos que tangenciam o critério da patrimonialidade<sup>281</sup>, uma vez que, com algum grau de generalidade, é possível verificar objetivamente seu conteúdo,

---

<sup>278</sup> “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

<sup>279</sup> Garcez (2014, p. 456-457).

<sup>280</sup> Talamini (2005, p. 24).

<sup>281</sup> Que não será objeto de aprofundamento da presente pesquisa.

devendo-se observar apenas se há dispositivo que reserva a determinado objeto ou matéria a jurisdição estatal. Significa que a controvérsia que versa sobre direito patrimonial apenas não poderá ser solucionada quando assim determinar o legislador.

O grande debate, ao encontro do que já foi anunciado, dá-se em torno do critério da disponibilidade.

### ***3.5.2.1 Concepção tradicional: a vinculação da disponibilidade com o interesse público e com a ordem pública***

A definição de arbitrabilidade histórica e tradicionalmente é vinculada à dicotomia Direito público / Direito privado ou, dito de outra forma, interesse público / interesse privado. A compreensão sempre foi a de que controvérsias envolvendo questões de Direito privado (interesse privado), especialmente aquelas afetas a direitos patrimoniais, podem ser objeto de solução pela arbitragem; enquanto os conflitos envolvendo direitos que tutelam interesses públicos sempre foram considerados como inarbitráveis, uma vez que deles não seria possível dispor.

A exclusão da arbitrabilidade de direitos vinculados ao interesse público sempre esteve associada ao receio de que os árbitros deixassem de aplicar ou aplicassem com menor força o Direito público. O argumento era o de que, como se tratava de matérias envolvendo interesses coletivos, um árbitro privado não poderia solucionar a questão. A sua imagem como homem de comércio, devido à histórica relação da arbitragem com a solução de conflitos de natureza privada, principalmente e quase que exclusivamente comercial, também trazia uma ideia de que o julgamento não seria a toda maneira justo, tanto pela suposta incapacidade de lidar com questões de Direito público como pela parcialidade de seu posicionamento ideológico que, presumia-se, estaria vinculado à predisposição de favorecer argumentos de Direito privado ou mesmo interesses privados, desrespeitando os interesses públicos<sup>282</sup>. Esta exclusão também se associa a uma ideia histórica de soberania estatal traduzida para a tutela jurisdicional, em uma compreensão de que o Estado é soberano para resolver questões de interesse público.

Obviamente que toda esta equivocada compreensão e interpretação entre a atividade do árbitro e a concepção dicotômica da arbitragem influenciou, e ainda influencia, para que o

---

<sup>282</sup> Youssef (2009, p. 50).

método mais adotado para a definição de matérias arbitráveis seja o de *critérios de natureza conceitual*<sup>283</sup>.

Nesse passo, sob influência da concepção histórica e tradicional, a locução *interesse público* ainda vem direcionando à compreensão de que as controvérsias que envolvem direitos indisponíveis e ordem pública devem ser solucionadas pelo Poder Judiciário<sup>284</sup>. Dito de outra forma, formou-se uma compreensão de que matérias que envolvessem ordem pública e interesse público não poderiam ser arbitráveis posto que indisponíveis; em uma persistente concepção tradicional e clássica da compreensão da arbitragem.

A fundamentação para esta concepção equivocada é bastante simples: uma vez que só direitos disponíveis podem ser objeto de questões solucionadas pela via arbitral, logo qualquer controvérsia acerca de direito que tangencia interesses públicos e a ordem pública seriam inarbitráveis<sup>285</sup>. Tal entendimento ainda se acerca de uma outra premissa, a da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses individuais<sup>286</sup>, que, quase como um mantra, afasta a possibilidade de solucionar controvérsias sobre o que parte da doutrina entende como “interesses públicos primários”.

Na verdade, há uma patente confusão quanto aos conceitos de “interesse público”, de “interesse público primário”, de “direitos disponíveis” e de “ordem pública”, o que ocasiona inconsistências em torno de uma sistemática resolutive na arbitragem. Isso porque, os obscuros significados dessas locuções podem inviabilizar a solução de litígios pela via arbitral que, para além de legítimas (do ponto de vista social e econômico), seriam válidas<sup>287</sup>.

Nesse passo, para enfrentar o tema da utilidade da disponibilidade como critério de arbitrabilidade, é preciso verificar como esse conceito é compreendido e como vem sendo desenvolvido, abordando necessariamente as questões de interesse público e da ordem pública.

---

<sup>283</sup> Hoje, dois são os principais métodos utilizados para a definição das matérias arbitráveis: i. critérios de natureza conceitual; ii. definição de exceções à regra geral da livre arbitrabilidade das controvérsias, que pode ocorrer por meio de Lei ou pela jurisprudência; sendo certo que o mais adotado nos ordenamentos jurídicos é o primeiro. (CAMELO, 2010). Dentre os critérios de natureza conceitual, a doutrina costumeiramente destaca três que, a depender do país, são adotados de forma exclusiva ou cumulativa: a ordem: a patrimonialidade, a disponibilidade de direitos e a ordem pública. (JIMENEZ, 2017).

<sup>284</sup> Conforme será verificado, a compreensão da ordem pública como critério de arbitrabilidade já foi superada. Todavia, há quem assim ainda entenda. Cf. Carvalhosa (2014, p. 383-403).

<sup>285</sup> Sundfeld e Câmara (2008) depreendem que a aceitabilidade desse raciocínio pelos intérpretes ocorre pela sua linearidade e pela facilidade de sua assimilação.

<sup>286</sup> Este entendimento pode ser retirado do tratamento dado à matéria por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 59-78) Em determinado momento o autor afirma que “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*” (p. 76).

<sup>287</sup> Venturi (2016, p. 396).

### 3.5.2.2 A supremacia do interesse público: abandono de um conceito dogmatizado

O conceito de ‘interesse público’ é complexo e impossível de ser suscetível a uma simples definição. É um termo utilizado em muitos contextos e sobre o qual não recai uma concordância uníssona<sup>288</sup>. Assim, não adentraremos no debate acerca de sua conceituação, uma vez que realisticamente não teríamos qualquer sucesso em trazer um conceito que seja, sequer, próximo de um consenso.

Parte da doutrina compreende pela superioridade do interesse público sobre o privado como axioma do moderno Direito público. Di Pietro<sup>289</sup>, nesse sentido, explica que muito embora protejam reflexamente os interesses individuais, as normas de Direito público possuem como principal objetivo a consecução do interesse público vinculado à uma pressuposição de uma ordem socio-estável que apenas pode ser assegurada quando todos os cidadãos se sentirem resguardados.

Em vista da atribuição de poderes à administração pela Lei, como os de intervir, de desapropriar, de punir, evidencia-se sua finalidade de atender aos interesses coletivos que, dessa feita, não podem ceder ao interesse individual, sendo a única forma de garantir a mencionada segurança. Dito de outra forma, a defesa do interesse público encontra correspondência no próprio fim do Estado que tem como dever maior proteger os interesses da coletividade. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público, para esta corrente, é o mesmo que negar o próprio papel do Estado<sup>290</sup>. A mesma compreensão pode ser observada em Meirelles<sup>291</sup>, para quem a supremacia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação do Estado e se justifica pela busca do interesse geral, dele decorrente o princípio da indisponibilidade do interesse público. Destarte, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade estão ligados à dissociação entre titularidade e exercício do interesse público.

Todavia, tal compreensão tradicional da supremacia do interesse público e conseqüente compreensão de sua indisponibilidade não pode prevalecer. O conceito que fundamenta essa perspectiva é calcado em uma dogmatização abstrata, posto que, ao preconizar a primazia

---

<sup>288</sup> Este é o entendimento de Weisbrod (1978), enquanto Faria (1992) defende que se trata de um conceito quase mítico, cujos valores se amoldam na própria indefinição de seu sentido, sendo suscetível de manipulação o que acaba por aferir uma pobreza analítica.

<sup>289</sup> Di Pietro (2013, p. 66-67). Esta compreensão também é compartilhada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 70).

<sup>290</sup> Di Pietro (2013, p. 37).

<sup>291</sup> Meirelles (2008, p. 105).

absoluta ao interesse público suprime os espaços para ponderação em casos de colisão com qualquer interesse privado, independentemente do caso concreto<sup>292</sup>.

Há um afastamento de uma análise sistemática da Constituição que também é voltada para a proteção dos interesses do indivíduo, desde o seu preâmbulo que determina a tutela dos exercícios dos interesses individuais, perpassando pela proteção da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III) e encarta a promoção do bem de todos os indivíduos, a liberdade, a igualdade, o direito à saúde, à alimentação, os direitos trabalhistas, os direitos políticos (desde o Art. 3º até o Art. 17), a tutela do exercício da atividade econômica e da livre iniciativa (Art. 170), a proteção à maternidade (Art. 201, II), à assistência social, são algumas das regras e princípios constitucionais que certamente configuram a proteção dos interesses de cada indivíduo diante da ameaça que possa provir dos interesses gerais promovidos pelo Estado<sup>293</sup>.

Com efeito, inexistente antinomia entre interesses privados e públicos, uma vez que ambos encontram raízes na Constituição Federal e devem ser interpretados sistematicamente em uma conexão estrutural<sup>294</sup>. Ademais, advindas desta conexão estrutural constitucional, a consecução e a realização do interesse público perpassam pela consideração e preservação da dimensão individual dos cidadãos, o que assenta uma imbricação conceitual entre interesse individual privado e interesse público e impede qualquer pressuposição abstrata da supremacia do interesse público<sup>295</sup>. A questão, de fato, deve se assentar na ponderação entre direitos fundamentais e outros valores metaindividuais que estão consagrados na Constituição, não podendo evadir-se das especificidades encontradas em cada caso concreto<sup>296</sup>.

---

<sup>292</sup> Binenbojm (2005, p. 14-15).

<sup>293</sup> Binenbojm (2005, p. 15). Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 403) assinala que a ordem jurídica, ao reconhecer e consagrar direitos aos cidadãos, imputa à Administração o dever de efetivá-los, não podendo se desincumbir de tal ônus. O que reafirma nosso entendimento de que inexistente uma prevalência do interesse público sobre o privado.

<sup>294</sup> Binenbojm (2005, p. 8).

<sup>295</sup> Binenbojm (2005, p. 42). Em outra oportunidade, o mesmo autor consignou que “[a] imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual. Na verdade, o conceito de interesse público só ganha concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter individual, igualmente estampada na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador, incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade. Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível”. (BINENBOJM, 2008, p. 8-9).

<sup>296</sup> Este é o entendimento de Souza e Gama (2005, p. 141) e de Binenbojm (2005, p. 33). Melo (2015, p. 339) aduz que “tem pertinência a observação que não se pode pensar em identificar o interesse público através da fórmula consequencialista, que associe à soma dos interesses individuais de uma maioria, ainda que sacrificando os interesses de uma minoria. Tal fórmula, embora considere as circunstâncias do caso concreto, realiza um juízo utilitarista que é incompatível com a ordem jurídica brasileira, centrada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais positivados”.

Ora, podemos voltar à questão da confidencialidade que apresentamos. Notadamente defendemos a existência de situações em que o sigilo dos dados sensíveis das partes deve prevalecer, ainda que envolvam interesse público e haja a presença da Administração como parte na arbitragem; ou seja, não há que se falar na prevalência do interesse público. Se esta supremacia prevalecesse em todas as situações concretas, pelo princípio da publicidade (Art. 37, CF), jamais o sigilo poderia se sobrepor. Há uma ponderação que primeiro deve verificar quais são os bens jurídicos envolvidos e as normas que devem ser aplicadas, para após proteger ao máximo esses bens (tantos os bens informados pelo interesse público quanto aqueles de natureza individual e de interesse privado). Trata-se de um juízo de ponderação entre os interesses públicos e privados e uma medida de restrição de cada um. Qualquer delimitação prévia da supremacia de um dos interesses significa a antecipação de uma ponderação que deve ser realizada diante de um fato concreto. Não é possível, assim, cogitar, antecipadamente, a supremacia do interesse público.

Para além do que se expõe, compreender a supremacia do interesse público como princípio é outro fundamento que não se sustenta. Isso porque, ao pressupor esta supremacia, não se admite juízo de ponderação com outros princípios e valores condicionais. E, sendo característica dos princípios a possibilidade de ponderação, o fato de já se pressupor como superior retira qualquer possibilidade de qualificá-la como princípio<sup>297</sup>.

Se é certo que a verificação da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é condicionada a um exame de ponderação diante de um caso concreto, é consequente que o interesse público nem sempre prevalece sobre o interesse privado. Tal conclusão, de certa forma simplista, engendra uma segunda conclusão, o interesse público não é sempre indisponível.

Marçal Justen Filho<sup>298</sup>, que também refuta o interesse público como princípio superior, assinala que “um interesse é público por ser indisponível”, contudo, não é indisponível por ser público. “O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado”.

Tão logo, se o interesse público não é sempre predominante – o que refuta a tese de ser ele uma característica intrínseca de indisponibilidade –, sobreleva-se a possibilidade de arbitrabilidade de determinados direitos, ainda que de natureza pública. O argumento em desfavor da arbitragem, fundando na concepção tradicional de presunção de indisponibilidade do interesse público advindo tanto do paradigma clássico da arbitragem quanto do paradigma administrativista da supremacia do interesse público sobre o privado não se sustenta.

---

<sup>297</sup> Assim em Avila (2007).

<sup>298</sup> Justen Filho (2013, p. 153).

No que tange ainda à indisponibilidade do interesse público, mesmo que superada a tradicional concepção da supremacia do interesse público sobre o privado, concluindo pela possibilidade de sua disposição, mitigação ou relativização, é preciso nos posicionarmos quanto à dissociação também realizada pela doutrina entre interesse público primário e secundário, da qual decorreria a indisponibilidade do primeiro e a disponibilidade do segundo.

De acordo com Eros Grau<sup>299</sup>, a indisponibilidade refere-se ao interesse público primário e não ao interesse público secundário. Aquele diz respeito aos atos de império e inerentes ao Estado quando atua na execução de suas funções políticas e legislativas, promovendo e concretizando valores como proteção ao meio ambiente, justiça, crescimento econômico, dignidade da pessoa humana. Depreende-se que não são simples interesses da Administração, mas sim interesses que prevalecem em uma determinada organização jurídica e interessam a toda coletividade. Enquanto que os interesses públicos secundários são atos de gestão, caracterizados quando o Estado desempenha suas funções administrativas que possuem natureza jurídica instrumental, cuja existência se dá exatamente para a satisfação dos interesses públicos primários e dizem respeito a interesses patrimoniais, assim sendo, disponíveis<sup>300</sup>.

A separação entre uma atividade estritamente privada da Administração Pública daquele de caráter público nos parece bastante equivocada. A atuação da Administração Pública, seja a que título for, sempre traz consigo o interesse público determinado como primário, pois o objetivo final é assegurar a efetividade de determinado interesse coletivo. Dificilmente um interesse social como o acesso à saúde é atendido sem uma gestão administrativa que cuide do hospital, compre aparelhos, remunere médicos e enfermeiros. Na verdade, é uma relação

---

<sup>299</sup> Grau (2002, p. 146).

<sup>300</sup> Moreira Neto (1997, p. 84). Este mesmo autor acentua que “São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.” (Ibid., p. 85). Di Pierro Junior diferencia interesse público primário e secundário, afirmando que aquele diz respeito ao interesse geral da coletividade, enquanto este “pertence ao próprio Estado como pessoa jurídica” (DI PIERRO JUNIOR, 2013, p. 192). Esta classificação entre interesse público primário e secundário advém da clássica definição de Renato Alessi, para quem “Estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao invés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, o interesse secundário, da entidade administrativa, pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário individual, apenas no caso e na medida em que coincida com o interesse público” (ALESSI, 1953, p. 151-152 *apud* ARAGÃO, 2017, p. 28-29).



umbilical de instrumentalidade que muitas vezes não podem se dissociar, sendo certo que o interesse público caracterizado como secundário não é menor do que o interesse caracterizado como primário<sup>301</sup>.

Quando se fala da possibilidade de readequação financeira de um contrato de licitação para a prestação de um determinado serviço para a população, por exemplo, defende-se a possibilidade de que esta solução ocorra pela via arbitral, já que se tratam de valores que podem ser aferidos economicamente (patrimonialidade) e não envolvem interesse público diretamente. Concordamos que é uma situação concreta que, sem nenhuma dúvida, pode ser solucionada por juízo arbitral. Contudo, discordamos da ideia de que não diz respeito à interesse público direto, posto que, se não houver o reequilíbrio financeiro do contrato, pode ser que não se alcance o interesse público primário. Em outras palavras, não apenas os atos de gestão são importantes como deles dependem os interesses da coletividade para que sejam plenamente atingidos.

Por exemplo, o serviço de transporte público por meio do metrô nas grandes cidades brasileiras, prestado pelo Estado. Os objetivos finais são: possibilitar a locomoção de forma mais célere, proporcionar aos cidadãos um meio de locomoção que permita que o trajeto casa-trabalho e trabalho-casa se dê de forma mais rápida e menos desgastante, solucionar também a questão do trânsito caótico; todos esses objetivos possuem no fundo conteúdo de interesse público “primário”. Logo, não é possível falar que não estamos tratando de interesse público ao fim e ao cabo. O interesse público sempre está presente como condicionante e predicativo de uma determinada ação, não sendo possível “negar a instrumentalidade dos chamados interesses secundários em relação aos primários, impedindo na prática uma clara delimitação entre as duas espécies de interesse”<sup>302</sup>. A relação de instrumentalidade entre interesse público primário e secundário é intrínseca e, conseqüentemente, indissociável, o que torna a distinção artificial e imprecisa<sup>303</sup>.

A vinculação da indisponibilidade ao interesse público traz uma concepção genérica, abstrata, que expressa um *objetivo acontextual*, nas palavras de Salles<sup>304</sup>, como se pudesse ser aplicado em quaisquer circunstâncias de forma atemporal e até *acircunstancial*. Os objetivos

---

<sup>301</sup> Aragão (2017, p. 30).

<sup>302</sup> Salles (2011, p. 125). O autor explica que “[...] quando em jogo uma relação contratual do Estado, as controvérsias se instauram em relação a interesses patrimoniais do particular, mas, também, do próprio Estado. Muito embora imbuído do interesse público, o interesse estatal tem uma dimensão patrimonial, dizendo respeito ao pagamento devido ou à qualidade dos bens e serviços objetos do contrato. Mesmo nesses casos, entretanto, o interesse público aparece como condicionante da ação administrativa, expresso na decisão da Administração”.

<sup>303</sup> Aragão (2017, p. 30). Em que pese a crítica correta desse autor sobre a categorização do interesse público, dele discordamos quando afirma que ambos são indisponíveis, pois, conforme defendemos, este juízo depende de uma adequada ponderação advinda das particularidades de um caso concreto.

<sup>304</sup> Salles (2011, p. 128-129).

do Estado são contextuais, como, por exemplo, a preservação da concorrência em um mercado, o equilíbrio das relações de consumo, o acesso à educação, a preservação do meio ambiente, a prestação de um serviço de transporte adequado, dentre outros.

Nesse sentido, importante e fundamental é saber como o Estado vem respondendo e se comportando para alcançar seus objetivos, em contextos e normas determinados. Esta concepção contextualizada, temporal e circunstancial faz surgir ambiente para uma solução consensual dos conflitos, auxiliando na composição dos interesses públicos e privados. Esta composição traz no seu bojo a busca pelas mais variadas maneiras de atingir os objetivos específicos advindos de uma determinada norma.

O que estamos dizendo é que é possível transacionar, negociar, sem dispor do interesse público, tendo como único fim a consecução de um dado objetivo em um determinado contexto, ou seja, o objetivo é atingir e fazer prevalecer o alcance último do interesse público sem dele dispor<sup>305</sup>. E é exatamente neste diapasão que as controvérsias que envolvem Direito Antitruste devem ser consideradas contextualmente. É preciso sopesar os objetivos do Antitruste e as maneiras de atingi-los.

Com efeito, considerando o interesse público no contexto de objetivos normativos específicos, é necessário admitir a existência de uma gama de possibilidades lícitas e viáveis de seu atingimento. Com isso, é possível, mesmo sem dispor do “interesse público”, negociar quanto à maneira de atingi-lo em um determinado contexto<sup>306</sup>.

Portanto, o olhar pode ser colocado em uma outra perspectiva, o da utilização da arbitragem para solucionar questões, ainda que de interesse público, de forma a funcionalizar e possibilitar o alcance do objetivo por detrás da norma jurídica. Se não há afronta ao interesse público, não há por que não permitir a solução do litígio pela via arbitral. Em outras palavras, a presença de um interesse público não pode ilidir a possibilidade de uma atuação privada como vetor de eficiência, conjugando esforços públicos e privados<sup>307</sup> sob uma equivocada compreensão de supremacia do interesse público e consequente presunção de indisponibilidade.

Ao utilizar outro instrumento para efetivar a cobrança ou mesmo para que um acordo celebrado pela Administração tenha seu cumprimento fiscalizado, não há qualquer óbice, pois se cumpriria com o princípio da indisponibilidade do interesse público, ou seja, o Estado não

---

<sup>305</sup> Salles (2011, p. 129).

<sup>306</sup> Salles (2011, p. 129).

<sup>307</sup> Marques Neto (2015, p. 409).

deixaria de atuar. A solução pela arbitragem não significa, em nenhuma hipótese, a disposição de interesse público, mas sim uma solução adequada que atenda o próprio interesse público.

Tão logo, inexistente uma presunção abstrata de supremacia do interesse público, tampouco a presunção abstrata de indisponibilidade de interesse público, interesse coletivo ou mesmo interesse estatal. O que existe e deve prevalecer é a funcionalidade, eficácia e alcance dos direitos, liberdades e princípios consagrados por Lei. De fato, é preciso transpor a dogmática conceitual abstrata<sup>308</sup>. Não à toa Talamini<sup>309</sup> assevera que “[...] cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público”.

Nesse passo, é conveniente superar a utilização da indisponibilidade do interesse público como argumento de imposição de obstáculo à satisfação de direitos pela via arbitral, mais do que isso, é preciso assumir a possibilidade de implementação de políticas públicas para alcançar objetivos e direitos coletivos e individuais por meio da arbitragem.

Superados os equivocados entendimentos que cercam a defesa da supremacia do interesse público sobre o privado, que por muitas vezes impedem a arbitrabilidade de determinadas matérias cuja natureza é informada por interesse público, concebendo que o seu conceito apenas pode se dar concretamente por meio de juízos ponderativos<sup>310</sup>, é preciso debater sobre os limites impostos pela ordem pública à utilização da arbitragem.

### **3.5.2.3 Ordem pública**

A ordem pública é representada por normas e princípios indispensáveis para a organização e estruturação do Estado e da sociedade. É determinada por seu conteúdo específico de valores fundamentais para a coletividade em determinado tempo e lugar. Sua característica não é retirada da norma por ser hierarquicamente superior, mas sim pelo conteúdo axiológico que lhe informa. Da mesma forma que o “interesse público”, cujo conceito é aberto, vago, indeterminado, mutável e não possui definição em diploma legal, o que nos faz admitir que tampouco é possível gizar uma conceituação exaustiva capaz de abarcar um conteúdo

---

<sup>308</sup> “O que é interesse público numa sociedade complexa e plural não pode ser definido abstratamente, pois a velocidade das mudanças sociais e as particularidades de cada caso podem rapidamente tornar inadequadas as soluções pensadas casuisticamente pelo legislador. Trata-se de mais uma manifestação de um modelo de Direito que se garanta uma maior abertura na sua aplicação, diante da impossibilidade de se regular satisfatoriamente as complexas relações sociais da atualidade por meio de esquemas lógicos fechados, pensados prévia e abstratamente pelo legislador para abarcar todos os casos imagináveis.” (MELO, 2015, p. 338).

<sup>309</sup> Talamini (2005, p. 4).

<sup>310</sup> Exatamente por ser este o melhor caminho para a conceituação do interesse público que, ao inaugurar este tópico, foi defendida impossibilidade de trabalhar um conceito estático e determinado.

completo. A busca pela inserção de conteúdo e de determinação do conceito jurídico de ordem pública é realizado a partir da análise de uma situação concreta por um juízo cognitivo que leva em consideração valores jurídicos, éticos, morais, sociais e econômicos<sup>311</sup>.

São diversas as normas de Direito material que fazem menção a preceitos de ordem pública ou se caracterizam por estes preceitos por tutelar bem(ens) jurídico(s) de interesse público, de valores ou opções jurídicas fundamentais. O Código Civil refere-se à ordem pública diretamente em cinco de seus dispositivos<sup>312</sup>, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) também faz referência direta, caracterizando sua natureza jurídica como de ordem pública<sup>313</sup>. A Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981, Art. 2º cc. Art. 4º, I, II e VI) caracteriza-se como norma de ordem pública ao estabelecer que seus objetivos são assegurar proteção à dignidade da vida humana, desenvolvimento socioeconômico e equilíbrio ecológico e dos recursos naturais essenciais aos indivíduos.

Estas normas acima exemplificadas, assim como o Direito Antitruste<sup>314</sup>, enquadram-se no conceito genérico de *interesse público*, que determina o conteúdo da ordem pública em todos os seus espectros, e transcendem o interesse individual ao adotar conteúdo amplificado<sup>315</sup>. Da mesma forma que os direitos indisponíveis, a ordem pública retrata o interesse público que, por seu turno, deve ser compreendido como um dos núcleos tutelados pelo ordenamento jurídico, tendo como base e ponto de partida a Constituição<sup>316</sup>. Nesse passo, pode-se afirmar que os interesses públicos deveriam se associar aos objetivos constitucionais, ainda que indiretamente, exatamente no sentido apresentado no tópico anterior quando demonstrado que tanto os interesses públicos como os interesses individuais estão tutelados por regras e princípios constitucionais. Tão logo, e essa compreensão é importante, não estamos a dizer que interesse público e ordem pública são sinônimos, antes, que o interesse público é o que caracteriza uma norma como de ordem pública<sup>317</sup>.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão que vede a utilização da arbitragem como meio de solução de matérias de ordem pública ou pela natureza imperativa de determinada norma<sup>318</sup>. Os critérios de arbitrabilidade objetiva da LArb são apenas a

---

<sup>311</sup> Nery (2016, p. 95).

<sup>312</sup> Nomeadamente, Arts. 20; 122; 606, parágrafo único; 1.125 e 2.035, parágrafo único.

<sup>313</sup> Art. 1º do CDC.

<sup>314</sup> Cf. seção 3.

<sup>315</sup> Aprigliano (2011, p. 7).

<sup>316</sup> Aprigliano (2011, p. 17).

<sup>317</sup> A ordem pública é identificada com a presença de interesse público (NERY, 2015, p. 105).

<sup>318</sup> Stein (2014, p. 108).

patrimonialidade e a disponibilidade, não há qualquer menção nesse sentido sobre a ordem pública.

O §1º, Art. 2º da LArb, apenas impõe que, quando da escolha das regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem não poderá ocorrer violação à ordem pública e aos bons costumes. Destarte, em um primeiro momento, relaciona-se como critério limitador da autonomia da vontade que também encontra limite nos regramentos de um devido processo (Art. 21, §2º, LArb), o que delimita a escolha do procedimento. Em um segundo momento, delimita o juízo cognitivo arbitral, que deve sempre respeitar a ordem pública, sob pena de nulidade da sentença. Assim, ao mesmo tempo, a ordem pública limita a concreção da vontade das partes, guia a apreciação de garantias mínimas do processo arbitral e da sua decisão. Em outras palavras, a ordem pública é guia interpretativo e critério de limitação da atuação dos árbitros, bem como elemento limitador no momento da escolha das regras de Direito que serão aplicadas.

Dessa feita, não é permitida a transgressão dos preceitos de ordem pública, que confere padrões de comportamento e preceitua nulidade de atos praticados em caso de ofensa, mas em nenhum momento é sugerida ou se estatui absoluta indisponibilidade sobre o direito<sup>319</sup>. Conclui-se que o fato de normas serem consideradas como de ordem pública não enseja, necessariamente, a sua indisponibilidade e, conseqüentemente, a sua inarbitrabilidade. Afasta-se a equivocada associação da indisponibilidade de direitos à ordem pública.

A ordem pública não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com a renúncia ou transação. Da mesma forma, os atos praticados em violação à ordem pública não necessariamente importarão em nulidade absoluta, pois muitas vezes essa solução, de cominar de nulidade tais atos, não chega a solucionar adequadamente o problema<sup>320</sup>.

O que se extrai é o dever de o árbitro analisar e aplicar as normas de ordem pública ou imperativas, independentemente da convenção arbitral, ou seja, a aplicação pelo árbitro pode ocorrer de ofício e não está sujeita a autonomia da vontade das partes. A defesa de que o árbitro não pode aplicar e/ou reconhecer regras jurídicas de ordem pública, ainda que não previstas na cláusula compromissória, também não se sustenta.

---

<sup>319</sup> Aprigliano (2011, p. 21). No mesmo sentido, Stein adverte que se observa é que a imperatividade *per se* não é um óbice à submissão do litígio à arbitragem, já que o árbitro poderá aplicar tais normas durante o transcurso do procedimento. No momento de homologação de laudo estrangeiro ou execução da sentença arbitral, a aplicação ou não da norma imperativa poderá ensejar a negativa de *exequatur* ou a nulidade de decisão, caso afronte diretrizes fundamentais do direito aplicável. Importante frisar que não basta que sejam descumpridas normas imperativas para a nulidade do laudo arbitral, deve ser uma violação frontal e evidente de normas que se esquadriam no conceito de “ordem pública” (STEIN, 2014. p. 103).

<sup>320</sup> Aprigliano (2011, p. 19).

Além do mais, conforme será apresentado, o árbitro exerce verdadeiro poder jurisdicional e o fato de que determinada matéria em litígio envolva norma imperativa ou de ordem pública não implica a subtração de sua competência. Mesmo porque, se este fosse o entendimento, a grande parcela dos conflitos remeteria a inarbitrabilidade, pois de alguma forma sempre estaremos diante de normas imperativas ou de ordem pública envolvidas<sup>321</sup>. Trata-se de um dever, posto que, ao não aplicar a matéria de ordem pública ou imperativa, poderá ensejar questionamento no judiciário em termos de anulação da sentença arbitral<sup>322</sup>.

Assim, não significa que o árbitro ou tribunal arbitral possui total liberdade na aplicação de controvérsias que envolvem matérias de ordem pública. A limitação está no dever de aplicá-las de forma a respeitar as regras e valores que lhes são inerentes, sendo certo que essa aplicação será objeto de controle quanto a ação anulatória da sentença arbitral, uma vez que qualquer infração à ordem pública é fundamento suficiente para tal requisição; o controle *ex post* do procedimento e da sentença é que garante a higidez da arbitrabilidade de matérias de ordem pública<sup>323</sup>. É exatamente este controle de conformidade que justifica a possibilidade de arbitrabilidade de normas de natureza imperativa ou de ordem pública.

É, com efeito, por via da intervenção da ordem pública, em sede de acção ou recurso de anulação da sentença arbitral, e não através da restrição do âmbito da arbitrabilidade resultante de um critério destituído de fundamento congruente, que mais adequada e eficazmente poderá impedir-se que seja conferida a tutela jurídica a actos que violem o princípios e valores fundamentais da ordem jurídica em causa<sup>324</sup>.

De fato, a ordem pública deve ser assimilada sob um contorno restritivo, de delimitação:

i. da autonomia das partes (quando da escolha das regras de Direito que não podem violar a ordem pública); ii. da atuação do árbitro (que deve sempre respeitar a ordem pública quando da realização dos procedimentos arbitrais e da prolação da sentença arbitral).

Portanto, jamais pode ser compreendida como critério de arbitrabilidade objetiva, tampouco pode ser aferida como uma característica (natureza jurídica) da arbitragem a ponto de, a partir dela, ser possível encontrar os critérios fundacionais da inter-relação do Direito Antitruste com a arbitragem conforme nos propomos. Se a ordem pública não é uma

---

<sup>321</sup> Stein (2014, p. 105).

<sup>322</sup> Este é o entendimento de Gabbay e Pastore (2014, p. 20). Caramelo (2014, p. 443) também acentua que “o árbitro tem o dever de aplicar as regras imperativas e, em especial, as que sejam expressão da ordem pública, pelo que a circunstância de o litígio ser regido por normas desta natureza não deve constituir impedimento a que ele seja resolvido por arbitragem”.

<sup>323</sup> Caramelo (2014, p. 441).

<sup>324</sup> Caramelo (2014, p. 448).

característica informadora da arbitragem (não compõe a sua natureza jurídica), impossível partir dela para delimitar as possibilidades e os limites da inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem. Nesta senda, o léxico comum desta inter-relação não é a ordem pública, que apenas atua como um critério de limitação.

### **3.5.3 Critério da disponibilidade: uma expansão da arbitrabilidade objetiva?**

#### ***3.5.3.1 A ausência de lógica na escolha da disponibilidade como critério de arbitrabilidade***

De acordo com a conclusão da possibilidade de arbitrabilidade de direitos que tutelam interesses públicos ou são caracterizados como de ordem pública, não há sentido lógico-utilitário na escolha da disponibilidade como critério de arbitrabilidade. Uma vez que, como demonstrado na concepção tradicional da arbitrabilidade, um direito é indisponível exatamente pela sua “vinculação” ao interesse público ou de ordem pública.

Para além, a atribuição de indisponibilidade ligada a interesse público e a ordem pública desenha uma única conclusão com base nas análises realizadas e na concepção tradicional da arbitrabilidade: excluir dos árbitros a competência de resolver litígios que a ordem jurídica não pode consentir que sejam ofendidos, ou seja, impedir que deles não possam as partes livremente dispor e que os árbitros não profiram decisão que por ventura venham a afrontá-los<sup>325</sup>. Se essa também é uma justificativa para inserir a disponibilidade como critério de arbitrabilidade, em verdade, como aduz Caramelo<sup>326</sup>,

não estaremos então perante um verdadeiro critério de arbitrabilidade, visto que a disponibilidade/indisponibilidade do direito já não é apreciada em função da natureza que esse tem no momento em que se averigua se as partes podem vincular-se a fazer dirimir por árbitros os litígios a ele atinentes, dado que é referida a uma circunstância eventual, posterior a assunção dessa vinculação e dela desligada.

Assim, segundo o autor, é possível depreender que um determinado direito tem a sua indisponibilidade assimilada como um sinônimo de “intocabilidade absoluta”, inferindo ao próprio direito uma importante carga axiológica. Ocorre que, se a manutenção do critério de

---

<sup>325</sup> Caramelo (2010, p. 144).

<sup>326</sup> Caramelo, op. cit.

disponibilidade for vista dessa forma, será uma maneira de manter como critério tanto a ordem pública quanto o próprio interesse público, o que, como vimos, não faz o menor sentido.

Se, como analisado, o que não é permitido é que sejam afrontados os direitos de interesse público e os direitos informados pela ordem pública, simplesmente não pode ser admitido que o árbitro afronte esses valores os quais, também como já exposto, serão objeto de controle em sede de anulação ou de execução da sentença<sup>327</sup>. O limite racional, portanto, é a aplicação de normas injuntivas (imperativas), de ordem pública e/ou de interesse público, sendo indiferente que sua aplicação seja realizada por um juízo arbitral ou um juízo estatal, mesmo porque a atividade dos árbitros é atividade jurisdicional<sup>328</sup>.

Portanto, o fato de um determinado direito ser indisponível não significa que não pode ser arbitrável. A disponibilidade, assim, não tem qualquer utilidade na conceituação e definição da arbitrabilidade.

Não se pode escapar ainda, segundo Ricci<sup>329</sup>, que a inserção do critério de disponibilidade está associada a características históricas<sup>330</sup> e políticas. Isso porque, pautada em uma ideia de soberania do Estado, adota-se uma concepção de tutela jurisdicional como reflexo do exercício de soberania estatal, distanciando-se da assimilação da jurisdição como serviço prestado aos cidadãos pelo Estado. Tal compreensão está também associada a um residual de um autoritarismo estatal presente na ideia tradicional da arbitrabilidade, robustecendo-se a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. De tal modo, a escolha da disponibilidade denota menos um critério lógico e legítimo que uma determinação arbitrária, “trata-se de deixar à discricionariedade do legislador a definição, em cada caso específico, de ser um determinado direito arbitrável ou não, o que esvaziaria a necessidade de haver um critério legal geral para a determinação da arbitrabilidade objetiva”<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> Este é o entendimento de Caramelo (2010, p. 146), “É, com efeito, por via da intervenção da ordem pública, em sede de acção ou recurso de anulação da sentença arbitral, e não através da restrição do âmbito da arbitrabilidade resultante de um critério destituído de fundamento congruente, que mais adequada e eficazmente poderá impedir-se que seja conferida tutela jurídica a actos que violem princípios e valores fundamentais da ordem jurídica em causa”.

<sup>328</sup> Caponi (2014, p. 1153).

<sup>329</sup> Ricci (2007, p. 407-408).

<sup>330</sup> Relacionada com a persistente manutenção da percepção tradicional da arbitragem.

<sup>331</sup> Franzoni (2015, p. 105).



### 3.5.3.2 Para além de uma “conceituação” abstrata da disponibilidade – possibilidade de arbitrabilidade

Na doutrina é possível identificar as seguintes conceituações para direitos disponíveis: objeto passível de ser transacionado<sup>332</sup>; objeto passível de alienação ou negociação<sup>333</sup>; objeto passível de contratação/negociação<sup>334</sup> e aqueles que consideram como disponíveis os objetos sobre os quais as partes podem solucionar a controvérsia por acordo entre as partes<sup>335</sup>.

Essas locuções, que não são sinônimas<sup>336</sup>, são muitas vezes conceituadas acontextualmente e de formas distintas, pressupondo flexibilizações muitas vezes desconectadas de qualquer premissa e, a bem da verdade, dicotômicas em um sentido de mútua exclusão (disponibilidade/indisponibilidade) na tentativa de designar situações em que as partes podem ou não renunciar ou transferir determinado direito<sup>337</sup>. Na verdade, expressa-se a ausência de um conceito unitário de direito disponível, aplicando e relacionando os conceitos em situações jurídicas às quais não caberia a aplicação<sup>338</sup> e fazendo relações com outras categorias abstratas como se fossem intrinsecamente ligadas, como vimos no caso da “indisponibilidade do interesse público” e da “indisponibilidade da ordem pública”.

Em um sentido de incredulidade quanto à possibilidade de conceituação da disponibilidade, Eduardo Damião Gonçalves<sup>339</sup> atesta que “[...] o mínimo que se pode dizer é que o conceito de direitos disponíveis é passível de receber tantos significados quantos forem os doutrinadores chamados para a tarefa de definir este conceito. [...] Percebe-se, assim, que o conceito de ‘disponibilidade’ está longe de ser unívoco”.

Observa-se que a dificuldade de conceituar a disponibilidade e, conseqüentemente, identificar quais direitos são disponíveis, ocorre por se tratar de uma categoria dogmática

<sup>332</sup> Cf. Carreira Alvim (2011, p. 47-49).

<sup>333</sup> Este é o entendimento de Carmona (2009, p. 38-39), para quem os direitos disponíveis também podem ser caracterizados como aqueles que não necessitam ser exercidos pelo titular de forma obrigatória. Guerrero (2009, p. 44-46) traz que “[...] arbitrabilidade objetiva envolve todos aqueles bens e direitos que podem ser objeto de contrato e não apenas aqueles que podem ser objeto de transação. [...] podem ser arbitradas questões envolvendo todos os bens e direitos em relação aos quais as partes podem criar obrigações”. Scavone (2018, p. 29) relaciona a disponibilidade com a possibilidade de transação e alienação.

<sup>334</sup> Sundfeld e Câmara (2008, p. 120).

<sup>335</sup> Talamini (2005).

<sup>336</sup> Para uma completa compreensão sobre as diferenças entre transigibilidade, disponibilidade, patrimonialidade, imperatividade e ordem pública, cf. a obra de Lima (2010, p. 52-60).

<sup>337</sup> Salles (2011, p. 289).

<sup>338</sup> Salles op. cit.

<sup>339</sup> Gonçalves (2008, p. 183).

aberta. Sua compreensão deve ser buscada a partir de situações jurídicas concretas e também pela análise de normas que a ela fazem menção, verificando eventuais limites impostos por dispositivos legais.

Por determinação legal não é possível, por exemplo, dispor de direitos de personalidade (Art. 11 do Código Civil), de alimentos (Art. 1.707 do Código Civil<sup>340</sup>), direitos de família relacionados ao estado das pessoas e ao pátrio poder (Art. 852 do Código Civil), dentre outros. Tais direitos impõem limites para a autonomia da vontade das partes. Todavia, ainda que sobre direitos normativamente determinados como indisponíveis, haverá situações que se impõem como disponíveis, sempre, mas não apenas, vinculadas a sua expressão econômica, o que não significa dizer que serão suprimidos ou renunciados<sup>341</sup>. Em que pese terem como características a indisponibilidade, seus efeitos patrimoniais advindos do seu gozo e uso (seja lícita ou ilícitamente) podem ser objetos de solução pela via arbitral<sup>342</sup>. A infração a essas regras enseja consequências jurídicas, dentre as quais aquelas que se enquadram como de patrimonialidade, de ordem que sua arbitrabilidade é plenamente possível e, assume-se, desejável.

Este mesmo raciocínio também pode ser aplicado para outras esferas do Direito como o Direito Trabalhista, do Consumidor e o próprio Direito Antitruste que, embora informados por uma característica de interesse público, possuem expressões patrimoniais<sup>343</sup>. A possibilidade de transacionar o que se mede em pecúnia não enseja a alteração da natureza de ordem pública e de interesse público de nenhuma dessas normas, nem mesmo significa a disposição do direito tomado como indisponível, o que reforça a tese da possibilidade de arbitrabilidade destas normas e a consequente ausência de utilidade da disponibilidade como critério da arbitrabilidade.

Lemes, ao estudar a possibilidade da utilização da arbitragem na Administração Pública, é convicta ao afirmar que inexistente indisponibilidade absoluta, mas sim relativa. Isso porque, explica a autora, para que se possa atingir os fins objetivados pelo próprio interesse público e realizar as atribuições voltadas para o interesse geral, a Administração possui liberdade para contratar, dispor e agir<sup>344</sup>. O próprio fato da nossa legislação autorizar expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos públicos<sup>345</sup>, o que por si só afasta o seu

---

<sup>340</sup> “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

<sup>341</sup> Ora, é indiscutível que os direitos de alimento e de visita são indisponíveis, contudo, é bastante comum na prática forense celebrar acordo sobre eles, sem a necessidade de que ocorra no judiciário.

<sup>342</sup> Beraldo (2014, p. 13).

<sup>343</sup> Nesse sentido é o entendimento explícito de Aprigliano (2011, p. 18).

<sup>344</sup> Lemes (2007, p. 128).

<sup>345</sup> Cf. introdução desta seção.

caráter de indisponibilidade, robustece a assimilação de que a indisponibilidade não é um conceito absoluto e, conseqüentemente, é possível a sua relativização<sup>346</sup>. Não há dúvidas de que o que deve prevalecer é o alcance do interesse público, é a efetivação dos objetivos de um determinado direito indisponível, nem que para isso seja necessário renunciar direitos, desde que não se afronte o direito indisponível.

Tomando emprestado o exemplo de Lima<sup>347</sup>, imagine-se que o Poder Público possui sua sede em um edifício que teve uma altíssima valorização por conta da construção de um shopping bastante próximo. Atento à valorização, o administrador público resolve alienar o imóvel, transferir a sede do Poder Público para um outro imóvel cujo valor para aquisição é bastante reduzido e investir o valor economizado nas áreas de educação e moradia. Muito embora tenha ocorrido a disposição de um bem público, em que pese, em regra, o entendimento de que bem público afetado não pode ser objeto de alienação, em nenhum momento houve a negociação do interesse público, pelo contrário. Significa dizer que não são todos os bens ligados ao Estado que são indisponíveis, tampouco que não é possível relativizar a indisponibilidade.

Assim, a disponibilidade pode ser caracterizada como uma qualidade de uma determinada situação jurídica que, por vontade do titular deste direito, pode ser modificada ou extinta<sup>348</sup>. Se depende de uma situação jurídica em concreto, não apenas confirma ser uma categoria dogmática aberta, mas também que está vinculada à interpretação e ponderação para a definição de seu conteúdo.

Na verdade, os termos ‘disponibilidade’, ‘interesse público’, ‘interesse público primário’, ‘interesse público secundário’ e ‘ordem pública’ são todas categorias abertas, abstratas, categorias dogmáticas vazias que necessitam de uma ponderação a partir de uma situação jurídica concreta para aferir seus conteúdos. Entretanto, diversamente do que foi demonstrado, em grande parcela das vezes, esses conceitos são preenchidos e interpretados a partir de ideologias e preconceitos que não acompanham e não podem se sobrepor às necessidades sociais e econômicas<sup>349</sup>. Ao encontro do que já foi tratado, a globalização, a evolução tecnológica, a constante alteração da realidade social, econômica e cultural ensejam

---

<sup>346</sup> Nery (2015, p. 132).

<sup>347</sup> Lima (2010, p. 59).

<sup>348</sup> Lima (2010, p. 52-53).

<sup>349</sup> Esta mesma conclusão é aferida por Tim, Silva e Richter (2018, p. 30-31) quando da análise da possibilidade da inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos. Os autores afirmam que os contratos administrativos podem estipular cláusula arbitral independentemente de se tratar de interesse público “primário” ou “secundário” (p. 36).

modificações e evoluções na compreensão das categorias do Direito. “A interpretação jurídica deve moldar as regras à realidade e não o contrário”<sup>350</sup>.

Esta compreensão foi incorporada pelo legislador na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDIB – Decreto-Lei nº 4.657/1942) ao dispor que no âmbito judicial, administrativo e controlador, não é possível decidir “com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências da decisão” (Art. 20). O que significa dizer que é preciso verificar se a decisão alcançará os objetivos determinados, se não trará qualquer tipo de prejuízos, se ultrapassará barreiras burocráticas e se funcionaliza o alcance dos fins almejados.

Trata-se de uma metodologia jurídica preocupada com os efeitos e com o caminho de se alcançar a efetividade sem causar prejuízos ou lesões a terceiros. A preocupação do legislador está nas consequências práticas, tanto que o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta o disposto no Art. 20 mencionado, aduz a necessidade de que as decisões baseadas exclusivamente em valores jurídicos abstratos devem demonstrar as suas consequências práticas e a motivação de eventual necessidade e adequação da medida imposta, considerando critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade<sup>351,352</sup>.

O que se está por defender é a melhor opção que funcionalize a consecução do objetivo ou objetivos estabelecidos por determinada regra ou instituto. Pela simples alegação de que determinado direito não pode ser objeto de solução por meio da arbitragem por envolver questões de interesse público ou mesmo de ordem pública, categorias dogmáticas abstratas vazias e estáticas, não nos parece lógico. O que prevalece é a funcionalidade e a efetividade de uma dada finalidade buscada para a questão que surge em um determinado conflito e até mesmo uma determinada instrumentalização para que se alcance dado objetivo. É preciso retirar o cobertor do mantra da indisponibilidade do interesse público e de regras de cariz de ordem pública para que se possa entregar a arbitragem uma maior arbitrabilidade e, conseqüentemente, uma maior possibilidade de instrumentalizar direitos. “De fato, o que é indisponível é o dever

---

<sup>350</sup> Timm, Silva e Richter (2018, p. 31).

<sup>351</sup> “Art. 3º. A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade”.

<sup>352</sup> A utilização da arbitragem no âmbito do Cade busca extrair novas utilidades práticas para alcançar o *enforcement* do Direito Antitruste e a consecução de seus objetivos.

do Estado de agir no interesse da sociedade e de acordo com os princípios constitucionais vigentes”<sup>353</sup>.

Nesse sentido, se é possível afirmar a possibilidade de a arbitrabilidade ser utilizada para atingir os objetivos de determinadas normas, inclusive funcionalizando interesses públicos e a ordem pública, emoldurando-se à realidade de uma forma dinâmica, não há motivos para contrariedade de sua utilização ainda que a matéria submetida seja de interesse público, de ordem pública ou norma imperativa.

Assim, a utilização dessas categorias, seja para conceituar o critério de arbitrabilidade, seja para afastar a possibilidade de arbitrabilidade de controvérsias relativas a normas imperativas e/ou direitos que tutelam interesse público ou são informados por ordem pública não são suficientes para alijar a perspectiva que deve prevalecer: é possível solucionar questões afetas a direitos indisponíveis, direitos cuja natureza jurídica traz consigo a tutela de interesses públicos e a ordem pública, desde que esses direitos não sejam afrontados e possibilitem o alcance de seus objetivos.

### ***3.5.3.3 Sobre a expansão da arbitrabilidade objetiva***

Ainda que a LArb consagre a disponibilidade como critério conceitual da arbitrabilidade, é possível verificar que tal entendimento, mesmo que de forma incompleta e lenta, vem sendo superado no Direito brasileiro.

#### ***3.5.3.3.1 Da Lei de Mediação***

A partir da análise da Lei nº 13.140/2015, que estabeleceu o marco regulatório da mediação, é possível observar que o legislador foi mais abrangente e permitiu a utilização de mediação como meio adequado de solução de controvérsias que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação, desde que homologada em juízo e com a participação do Ministério Público<sup>354</sup>. Ao trazer essa possibilidade, parece-nos que o legislador enfim

---

<sup>353</sup> Mendonça (2014a, p. 212).

<sup>354</sup> “Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. O dispositivo não resolve a questão sobre o que é direito disponível e o que é direito disponível que admite transação, contudo, demonstra uma expansão da arbitrabilidade objetiva. O fato de exigir a homologação com a presença do Ministério Público em casos envolvendo direitos disponíveis

compreendeu que disponibilidade não é sinônimo de transação, bem como que é possível as partes transacionar e colocar fim a um conflito sem a necessidade de que as situações jurídicas, objeto da controvérsia, tenham suas qualidades modificadas ou extintas, ou seja, sem que seja necessário dispor do Direito.

Ademais, é possível verificar a possibilidade de inserir no rol de matérias transigíveis, demonstrando um caminho para a maior abrangência, questões jurídicas indisponíveis, indicando indelevelmente que a “vedação da transigibilidade dos direitos indisponíveis é mera opção política legislativa”<sup>355</sup>.

É interessante (de)notar que tanto a alteração legal que inseriu o §1º do Art. 1º da LArb conferindo como critérios da arbitrabilidade a disponibilidade e a patrimonialidade, quanto a Lei de Mediação que permitiu a arbitrabilidade de direitos indisponíveis transigíveis (ainda que dependente de homologação), foram promulgadas no ano de 2015<sup>356</sup> com praticamente um mês de diferença. Não faz muito sentido o legislador optar por um tratamento desigual à disponibilidade, aceitando que direitos indisponíveis possam ser transacionados em uma Lei e na outra sequer seja mencionada a questão da transigibilidade.

Ainda que na mediação tenha-se vinculado a validade da transação de direitos indisponíveis à homologação judicial com a participação do Ministério Público, não há dúvidas quanto à expansão da arbitrabilidade por meio de uma compreensão analógica quando se tratar de direito indisponível que que admita transação. Como também não há dúvidas de que a escolha e a interpretação dada à disponibilidade denota menos um critério lógico e legítimo que uma determinação arbitrária. Somam-se os resquícios de desconfiança na figura do árbitro para solucionar questões de interesse público, muito provavelmente vincada nas equivocadas vinculações à prevalência do interesse público sobre o privado e na impossibilidade de a arbitragem solucionar questões que envolvam direito de terceiros.

Todos essas observações apontam para uma certeza, concordando ou não com a escolha realizada pelo legislador, a relação entre disponibilidade de direito e arbitrabilidade é simples opção de política legislativa, confirmando a tese de que direitos indisponíveis podem ser relativizados (transacionados, alienados ou negociados).

---

transigíveis, que não será objeto de discussão, não exime a expansão mencionada, em que pese merecer críticas por retomar um requisito para a obrigação de validade que foi excluído da LArb.

<sup>355</sup> Lima (2010, p. 53). Se ainda pode causar estranheza e desconfiança a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, basta analisar que é admitida a transação penal em caso de lesão corporal cujos bem jurídicos tutelados são a integridade física e a saúde do indivíduo, segundo o Art. 76 da Lei nº 9.099/95.

<sup>356</sup> A Lei de mediação foi promulgada em 26/06/2015, já a Lei nº 13.129/2015, que alterou a LArb, foi promulgada em 26/05/2015.

### 3.5.3.3.2 Uma tendência ao critério da patrimonialidade

Sob a perspectiva da concepção de expansão, parcela da doutrina defende que houve a derrogação do Art. 1º da LArb pelos Arts. 851 e 852 do Código Civil, uma vez que este é Lei posterior àquela<sup>357</sup>. O argumento sobrevém da constatação de que o Art. 851 dispõe sobre arbitrabilidade subjetiva e cita apenas o termo “litígios”, silenciando-se sobre disponibilidade. Enquanto o Art. 852 estabelece a inarbitrabilidade de questões relacionadas ao estado civil e capacidade, direito pessoal de família e “outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”, novamente deixando de tratar sobre a disponibilidade como critério de arbitrabilidade<sup>358</sup>. Assim, para essa corrente<sup>359</sup>, o Código Civil autorizou a arbitrabilidade de direitos disponíveis, uma vez que exige apenas a capacidade de contratar e a patrimonialidade como critérios.

Monteiro<sup>360</sup>, com base no entendimento da derrogação propiciada pelo Art. 852, compreende que a arbitrabilidade objetiva possui como critério apenas a patrimonialidade, assim como é nos Direitos alemão, belga, suíço e português. Mesmo diante da recém alteração do §1º do Art. 1º da LArb, que fez prevalecer o critério da disponibilidade em conjunto com o da patrimonialidade, mantém este posicionamento e assegura que esta alteração apenas se aplica na arbitragem envolvendo entes públicos.

Tem razão Monteiro, o conteúdo do Art. 852 define a possibilidade da arbitrabilidade de direitos indisponíveis cujo conteúdo seja a patrimonialidade, excetuando-se os casos que envolvam a Administração Pública direta ou indireta. Em que pese discordarmos veementemente da opção legislativa.

### ***3.5.3.4 A expansão alcança áreas do direito anteriormente tidas como incompatíveis à arbitrabilidade: breves apontamentos<sup>361</sup>***

No âmbito trabalhista, a arbitrabilidade de dissídios coletivos é constitucional e pacificamente aceita<sup>362</sup>, não se podendo dizer o mesmo quanto aos dissídios individuais que

<sup>357</sup> Esta compreensão por parte da doutrina é apresentada por Pereira (2017) e Franzoni (2015, p. 106-109).

<sup>358</sup> Franzoni (2015, p. 106).

<sup>359</sup> Ricci (2007, p. 409-411), em sua crítica à disponibilidade como critério de arbitrabilidade, compreende que o Direito brasileiro adotou o critério da patrimonialidade, contudo reservado ao compromisso arbitral.

<sup>360</sup> Monteiro (2018, p. 62).

<sup>361</sup> Este tópico não possui a intenção de debater a fundo a arbitrabilidade nas disciplinas apontadas, antes busca um encaminhamento para comprovar a expansão da arbitrabilidade.

<sup>362</sup> “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado

ainda rendem extensos debates acerca do grau de disponibilidade do direito trabalhista. Há autores que sequer aceitam a arbitrabilidade de questões que envolvem conflitos individuais trabalhistas. De outro lado, há um entendimento pela possibilidade da arbitrabilidade de algumas verbas e direitos trabalhistas, excluindo, por exemplo, o fundo de garantia por tempo de serviço e condicionando à (temporalmente) rescisão do contrato de trabalho<sup>363</sup>. O que não se pode afastar é que no dia-a-dia forense é mais do que comum a realização de acordos sobre direitos trabalhistas no âmbito do judiciário. Na tentativa de pôr fim aos debates o legislador, no ano de 2017, incluiu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispositivo acerca da possibilidade de celebração de cláusula compromissória nos contratos individuais de trabalho, desde que a inserção da cláusula arbitral ocorra por iniciativa do empregado ou mediante sua

---

às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (grifo nosso).

<sup>363</sup> “Realmente, a disponibilidade dos direitos em discussão após o encerramento do vínculo é evidente: trata-se de mera repercussão patrimonial decorrente da relação de emprego. A seu turno, diante da fragilidade em função da posição dos personagens da relação, diante da hipossuficiência, em tese, e até da indisponibilidade de direitos durante o contrato, deve ser negada a eficácia da cláusula arbitral estabelecida no contrato de trabalho.” (CAHALI, 2015, p. 416). Damiano, ao discorrer sobre a arbitrabilidade no Direito do Trabalho, acentua a relatividade da indisponibilidade do direito, apresentando um conceito de indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa. “A indisponibilidade relativa atinge a uma gama significativa de direitos e garantias: alimentos, registro do contrato de emprego na CTPS, salários, estabilidade e garantia no emprego, depósitos do FGTS, horas extras, adicional de insalubridade, de periculosidade e noturno, férias, repouso semanal remunerado, aviso prévio e intervalo para descanso. Na indisponibilidade relativa, ao contrário do que se passa na absoluta, a renúncia e a transação têm lugar, conquanto sujeitas a restrições e limitações. Mas não se pode negar que o salário, o aviso prévio, as férias, os adicionais, a garantia de emprego e outros direitos ‘indisponíveis e irrenunciáveis’, ordinariamente, encontram no judiciário trabalhista sede para transações, acordos e conciliações que denotam a relatividade da indisponibilidade. [...] Além das hipóteses de indisponibilidade relativa, a dinâmica das relações de emprego e de trabalho geram diversos direitos e verbas não tipificadas em lei. Em regra, esses efeitos patrimoniais estão presos apenas à esfera privada de seu titular” (DAMIANO, 2002, p. 19). Uma das questões que se põe deste entendimento é a de que: seriam os direitos do trabalho indisponíveis até a data da rescisão e disponíveis até após a rescisão? A disponibilidade é uma característica intrínseca ou extrínseca ao direito a ponto de ter seu conteúdo alterado por um critério temporal? Ora, ou o direito é ou não é disponível, ainda que admita gradações referentes à indisponibilidade diante de situações jurídicas distintas. No nosso entendimento, tanto Cahali quanto a própria alteração legislativa, no caso do Direito Trabalhista, insere a questão da hipossuficiência. Cahali entende que o empregado é hipossuficiente durante o contrato de trabalho e após a sua rescisão é como se sua hipossuficiência não mais existisse, pois não há mais o receio de que o contrato de trabalho seja encerrado por discordar do empregador ou por propor uma ação judicial ou extrajudicial durante o vínculo empregatício, não existiria mais a relação de subordinação, de desigualdade socioeconômica e de “poder”. A hipossuficiência é relacionada com a presença do contrato de trabalho que pressupõe o trabalhador hipossuficiente perante o empregado já que deste depende para continuar trabalhando e recebendo valores que contribuem para o seu sustento e de sua família. No entanto, a hipossuficiência é elemento que caracteriza o indivíduo e não o direito. O que qualifica determinado direito, ou verba trabalhista, como disponível ou indisponível não pode ser a hipossuficiência, que é elemento caracterizador do indivíduo. Não se desconhece, que a situação fática pode determinar a alteração da situação de hipossuficiência do indivíduo, mas de novo não altera a indisponibilidade do direito, apenas o relativiza. Não vamos nos alongar neste tema, mas a alteração legal que impõe como requisito para a celebração do compromisso arbitral que o empregado receba duas vezes o limite do benefício do Regime Geral da Previdência Social é bastante questionável. Imagine um médico contratado por um hospital “x” como clínico geral que recebe por mês o valor de 13 mil reais. Este mesmo médico também é contratado para trabalhar em um hospital “y” e recebe 11 mil e quinhentos reais. No primeiro caso, o médico pode celebrar um compromisso arbitral, no segundo não. Há um paradoxo muito firme, o mesmo médico, exercendo a mesma função é considerado hipossuficiente em um caso e em outro não.



concordância de forma expressa e que sua remuneração supere em duas vezes o limite estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social<sup>364</sup>.

Sobre a possibilidade de solução de litígios tributários por meio da arbitragem, o argumento mais utilizado por aqueles que defendem a sua inarbitrabilidade está vinculado à compreensão do Art. 3º do Código Tributário Nacional (“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”) do qual se extrairia que o crédito tributário é indisponível.

Todavia, o mencionado artigo não apresenta qualquer óbice legal à utilização da arbitragem para solucionar controvérsias afeitas ao Direito Tributário, posto que não trata da indisponibilidade do crédito tributário, mas sim da indisponibilidade da atividade de cobrança e de arrecadação do crédito tributário<sup>365</sup>. Para corroborar, a compreensão de que o crédito tributário é disponível advém da possibilidade de anistia, da transação e de programas de parcelamento tanto a nível federal quanto a níveis estadual e municipal. Ao mesmo tempo, alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, realizam trabalhos com enfoque na conciliação tributária<sup>366</sup>.

Entretanto, há um entendimento majoritário que indica a necessidade de legislação autorizativa e a discriminação dos tipos de conflitos que podem ser submetidos à arbitragem<sup>367</sup>. Não nos cabe aqui enfrentar a temática, mas é elucidativo verificar que há possibilidade da arbitragem no âmbito tributário, ainda que se defenda a necessidade de uma legislação autorizando ou mesmo sobre questões específica (como a limitação às matérias de fato ou a sua extensão às matéria de direito), traz novos ares para o debate acerca da expansão da arbitragem e sobre a questão da disponibilidade de direitos como critério de arbitrabilidade, seja no que diz respeito a sua interpretação que, no mínimo, aceita relativização, ainda que seja para defender sua exclusão.

Sobre a arbitrabilidade do Direito Ambiental, Lima<sup>368</sup> confirma essa permissibilidade quando diz respeito à transação envolvendo a recomposição do dano ambiental, ainda que a

---

<sup>364</sup> “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996” (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017 – “Reforma Trabalhista”).

<sup>365</sup> Mendonça (2014a, p. 84-85).

<sup>366</sup> Cf. Ribeiro (2018).

<sup>367</sup> Cf. Nery (2016, p. 130-131).

<sup>368</sup> Lima (2010, p. 119-120). Nas palavras do autor “[...] o que se pretende dizer é que é permitida a transação envolvendo os detalhes da recomposição do dano ambiental. Ainda que a Lei exclua os entes privados legitimados

violação se dê sobre o direito indisponível à qualidade ambiental. O autor extrai essa possibilidade da permissão legal de transação por meio de compromisso de ajustamento de conduta quando da recomposição do dano ambiental, que pode versar sobre a forma, o lugar e o tempo que correspondam ao cumprimento de restituir o *status quo ante*. Admite a transação baseada em concessões mútuas entre o agressor e o representante dos titulares do direito ambiental, buscando uma solução mais eficiente para o pronto restabelecimento e reparação do dano ambiental. Embora o caráter indisponível adstrito às questões ambientais, é possível transacionar para que se efetive a recomposição do meio ambiente de forma que o seu titular possa, de certa forma, restituir a qualidade do bem lesado. O que se verifica é que não há impedimento para a transação de direitos indisponíveis, na medida em que não sejam renunciados ou cedidos em sua integralidade.

Diante do exposto, observa-se a expansão da arbitrabilidade, alcançando áreas do direito que outrora eram compreendidas como incompatíveis. A alteração desse panorama é indicativo inafastável da expansão da arbitrabilidade e do enfraquecimento da inarbitrabilidade. Ainda que se trate de tema extremamente controverso, o acesso à arbitragem vem sendo flexibilizado. Contudo, a sua flexibilização está exatamente na flexibilização da indisponibilidade do direito e também relacionada ao fato de que a arbitragem surge como um instrumento capaz de viabilizar a consecução dos objetivos de outras áreas do Direito. Delineiam-se novas compreensões acerca da arbitrabilidade, apresentando ampla possibilidade de arbitrar questões de direito indisponível, o que nos faz repensar sobre a utilidade do critério. Inclusive há quem sustente a morte da arbitrabilidade<sup>369</sup>.

Vislumbra-se um processo real de expansão do conceito de arbitrabilidade objetiva. No caso brasileiro, é possível verificar que a delimitação do âmbito da arbitrabilidade perpassa muitas vezes por um alargamento a partir de normas específicas, de jurisprudência e/ou pela utilização da arbitragem por entes da Administração Pública, como no caso do Cade. O que nos faz acreditar que o princípio do *favor arbitrandum* vem ganhando espaço<sup>370</sup>.

---

à propositura da Ação Civil Pública da negociação, é bem provável que o sistema igualmente admita que semelhante controvérsia, face aos critérios constantes do art. 1º da Lei 9.307/96, seja suscetível de arbitrabilidade” (p. 120).

<sup>369</sup> Youssef (2009).

<sup>370</sup> Segundo Caramelo (2014, p. 437), o princípio do *favor arbitrandum* também está cada vez mais presente a nível internacional, ainda que se registre alguns recuos em dissonância a essa tendência.

### **3.6 Conceito e natureza jurídica da arbitragem: para além do viés tradicional jurisdicional e processualista**

Na doutrina, não há quem negue que, embora de origem contratual, a arbitragem se desenvolve com espeque na garantia do devido processo legal e assume função de sentença judicial estatal<sup>371</sup>. Segundo Carmona<sup>372</sup>, “a arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”, ou seja, a sentença arbitral possui força vinculante e obrigatória entre as partes, sem a possibilidade de interposição de recurso<sup>373</sup>.

Tão logo, não há como escapar da natureza jurisdicional da arbitragem, estando presentes os elementos que também caracterizam o poder jurisdicional estatal: poder de conhecer da lide, poder de proferir decisão sobre o mérito e pôr fim ao litígio, poder de impor a decisão e poder de requerer ordens e diligências, ainda que necessite da intervenção do judiciário<sup>374</sup>.

Todavia, a natureza jurisdicional da arbitragem não é sua única qualificação e tampouco é a única caligrafia que marca seu conteúdo. Importa reconhecer um papel mais importante à arbitragem.

A expansão do conceito de arbitrabilidade objetiva apresentada, a aceitabilidade e a construção doutrinária a respeito da possibilidade da arbitrabilidade de matérias anteriormente tidas como incompatíveis com a arbitragem e a conclusão de que direitos indisponíveis podem ser arbitrados, têm um sentido de amplificar o papel da arbitragem e nela reconhecer uma característica instrumental, no sentido de instrumentalizar o alcance de objetivos, desde objetivos legais até objetivos constitucionais, proporcionando ainda o alcance de objetivos econômicos e sociais.

Por isso que sua compreensão e conceituação, advinda e vinculada apenas a um conteúdo estritamente normativo, em outras palavras retirado de forma abstrata da própria

---

<sup>371</sup> Esta é a compreensão de Carmona que ainda traz uma crítica: “A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil alimentar a celeuma”. (CARMONA, 2009, p. 27).

<sup>372</sup> Carmona (2009, p. 215).

<sup>373</sup> Art. 18 da LArb: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”.

<sup>374</sup> Stein (2014, p. 52).

LArb, é insuficiente para explicar hoje a sua função e a sua finalidade, principalmente quando analisada em diálogo com outra disciplina do direito. A conceituação abstrata da arbitragem, com um olhar apenas na disposição legal, a todo rogo nos parece exatamente uma compreensão fechada, enclausurada sob um viés estritamente “processual-arbitral”, que não traz uma perspectiva de diálogo com outras disciplinas do direito, que não está aberta para uma fresta de luz.

É passada a hora de assumir que a arbitragem não possui apenas a função e compreensão tradicional e tecnicista<sup>375</sup> como instrumento adequado de solução de litígios essencialmente privados, sem qualquer tangenciamento com interesses públicos e de terceiros que repercutem para além da esfera privada, alcançando um campo de características públicas capaz de funcionalizar diversos objetivos normativos como aqueles vinculados ao Direito Antitruste.

Diante desta nova perspectiva conceitual, a arbitragem não consiste apenas em uma mera técnica que mitiga o *déficit* de instrumentos voltados à prestação jurisdicional, mas à sua natureza se incorpora a característica de instrumento de política pública e, como tal, pressupõe que se relaciona com várias outras políticas públicas, outros instrumentos, englobando as mais diversas áreas do Direito, em uma clara interdisciplinaridade que, ao fim e ao cabo, também é uma sua característica intrínseca.

Perante a hipótese de conceituar a arbitragem como instrumento de política pública, não é possível sua compreensão em abstrato. Daí que a análise da inter-relação com o Direito Antitruste ganha maior importância e logicidade<sup>376</sup>. Esta análise não apenas terá o condão de buscar evidências que comprovem ou rejeitem a hipótese, como também de delinear os limites e as possibilidades dessa inter-relação com a arbitragem. Mais do que isso, desvenda-se que o léxico comum pressuposto dessa inter-relação é a natureza de “política pública” que, conforme comprovado<sup>377</sup>, é ínsita ao Antitruste e se pressupõe intrínseca à arbitragem. Da mesma forma, defendemos que a compreensão dessa inter-relação deve permear um diálogo, erigido exatamente a partir da compreensão desse léxico comum.

Na medida em que a arbitragem é instrumento de política pública e sua utilização possibilita o alcance de objetivos de outras matérias, ou seja, funcionaliza-se o interesse

---

<sup>375</sup> Nery (2015, p. 52), partindo de outra perspectiva, também entende que a arbitragem não é mera técnica de solução de conflitos, nos seus exatos termos: “Sob o ponto de vista funcional e procedimental, é uma forma de satisfazer a finalidade para que existe, qual seja resolver litígios”.

<sup>376</sup> Souza Jr. também depreende que não é possível discutir a arbitragem de forma abstrata e enfatiza, no estudo sobre a utilidade da arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas, que a arbitragem também se destina à concretização de valores constitucionais dirigidos ao Poder Público, especificamente no que diz respeito aos princípios da eficiência e duração razoável do processo. (SOUZA JUNIOR, 20005, p. 125).

<sup>377</sup> Cf. seção 2.

público, não se vê muita lógica em impor um critério de arbitrabilidade que seja capaz de impedir toda esta funcionalização.

A arbitragem, portanto, é instrumento de política pública adequado<sup>378</sup> de solução de litígios, heterocompositivo<sup>379</sup> e extrajudicial<sup>380</sup>, capaz de funcionalizar objetivos normativos e alcançar as demandas (no sentido de exigência) da sociedade hodierna, traduzidas na solução de conflitos de forma técnica<sup>381</sup>, ágil e eficaz.

---

<sup>378</sup> Adota-se o termo “adequado” em substituição ao termo usualmente conhecido e utilizado “alternativo”, de forma a esclarecer que a arbitragem é meio adequado de solução de litígio assim como o judiciário. Assume-se a arbitragem não como uma alternativa, como se estivesse em segundo plano, mas como uma realidade que está no mesmo patamar da decisão pela via judicial. Miguel Reale já acentuou que é preciso superar o caráter de excepcionalidade que prevalece no emprego da arbitragem no Brasil. (REALE, 2014, p. 604). Carlos Roberto Salles atesta que o correto é meio adequado e não alternativos (SALLES, 2011, p. 44). “A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos a jurisdição estatal, ascenderam a estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ - Const., art. 50 inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional” (GRINOVER, 2016, p. 62).

<sup>379</sup> A heterocomposição é determinada pela submissão da controvérsia à decisão de um terceiro que não possui qualquer relação com as partes ou com o objeto da lide.

<sup>380</sup> O terceiro responsável pelo julgamento da controvérsia não é um juiz pertencente a órgãos de justiça estatais.

<sup>381</sup> O termo técnico aqui é utilizado no sentido da especialidade dos árbitros nas matérias objeto do litígio.

#### **4 A ARBITRABILIDADE DO DIREITO ANTITRUSTE: A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Nas duas primeiras seções deste trabalho, oferecemos alguns passos importantes. No primeiro defendemos a constitucionalização do Direito Antitruste, confirmamos sua natureza de instrumento de política pública, seus pluri-objetivos e apresentamos a principal hipótese da pesquisa: a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência.

Na terceira seção, como forma de encaminhamento da hipótese principal, conduzimos uma segunda hipótese: a arbitragem como instrumento de política pública. Para acercarmos de uma resposta para essa segunda hipótese, concluímos pela necessária superação de um paradigma da arbitragem em dois níveis: i. superação de uma visão abstrata da arbitragem; ii. ampliação da arbitrabilidade, principalmente a objetiva.

O caminho percorrido indicou como verdadeira a premissa da arbitragem como instrumento de política pública, bem como apresentou esta como “léxico-comum” da inter-relação entre Direito Antitruste e concorrência, dada a natureza instrumental do primeiro e da arbitragem. Desta feita, é preciso compreender como estes dois instrumentos inter-relacionam-se na prática e verificar se a hipótese principal se confirma.

No desenvolvimento desta seção, serão levados em consideração os critérios objetivos de arbitrabilidade, estabelecidos pela LArb: patrimonialidade e disponibilidade. Assim, a interpretação encaminhada e proposta na seção anterior – sobre a necessária exclusão da disponibilidade como critério de arbitrabilidade – quedar-se-á suspensa, uma vez que, se adotada, alguns dos debates circundados aqui seriam estéreis ou, no mínimo, assentados.

Todavia, ainda que considerando a disponibilidade como critério de arbitrabilidade, será possível compreender o critério da patrimonialidade em conjunto com a possibilidade de relativização da indisponibilidade do direito, conforme estudado na terceira seção. E, assim sendo, é amplamente possível que seja admitida a arbitrabilidade de controvérsia que se relaciona com a patrimonialidade, independentemente de se tratar de direitos disponíveis ou indisponíveis, ou seja, independentemente se relacionada a interesses públicos e/ou à ordem pública, desde que ambos não sejam violados<sup>382</sup>.

Destarte, nesta última seção, o escopo é verificar como o Direito Antitruste e a arbitragem se inter-relacionam, se as hipóteses lançadas nas seções anteriores se confirmam, se é possível apresentar critério(s) de arbitrabilidade no Antitruste brasileiro e ponderar sobre os

---

<sup>382</sup> Nery (2015, p. 367-368).

limites e as possibilidades da utilização da arbitragem. Para tanto, serão analisadas as possibilidades desse uso no âmbito do *enforcement* privado e do público. Especificamente quanto ao primeiro serão analisados os quatro Acordos em Controle de Concentração em que o Cade inseriu a cláusula compromissória arbitral, com o intuito de desenhar o papel da arbitragem no âmbito do controle de estruturas.

Se desde sempre ficou claro que vários são os desafios quando do enfrentamento da admissibilidade da arbitragem em matérias cujo direito é conformado por interesses públicos e pela ordem pública, é chegada a hora de explorá-los, para além da teoria: na prática. Assim, será possível aproximar o Direito Antitruste e a arbitragem de um diálogo imprescindível para a compreensão de sua inter-relação.

#### **4.1 Direito antitruste e a arbitrabilidade objetiva: lições no âmbito internacional<sup>383</sup>**

Sob um primeiro olhar, a aproximação entre arbitragem e Direito Antitruste é um encontro de, nas palavras de Bridgeman, “duas artes negras”<sup>384</sup>. Isto porque a arbitragem é uma solução de litígio de caráter privatístico, em que prevalece a primazia da autonomia da vontade das partes<sup>385</sup>, exclui o juízo estatal e estabelece a competência do juízo arbitral. De outro lado, conforme premissa adotada na segunda seção, o Direito Concorrencial – considerado como instrumento de política e de interesse públicos – é parte da ordem pública constitucional<sup>386</sup>. Para além, a lei antitruste é de base principiológica cuja natureza constitucional (Art. 170, *caput* e inciso IV e Art. 174, §4º, ambos da CF) estabelece os seus valores fundantes como base da qual soerguem as relações concorrenciais, consistente na preservação do bem-estar econômico e social e que buscam efetivar a concretude de princípios constitucionais. As questões afetas ao Antitruste, nesse sentido, estão sujeitas aos princípios fundamentais que lhe são próprios e se

---

<sup>383</sup> Como o enfoque que tenciona a inter-relação entre arbitragem e Direito Antitruste é a arbitrabilidade objetiva, sobre este aspecto vamos nos deter. Mesmo porque, no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva, superados quaisquer óbices à participação da Administração Pública Direita ou Indireta, não há qualquer impedimento quanto à inserção de cláusula arbitral em contratos cuja Administração Pública participe direta ou indiretamente. Desta mesma forma, é possível a inserção de cláusula arbitral nos acordos e termos celebrados pelo Cade.

<sup>384</sup> Bridgeman (2008, p. 147).

<sup>385</sup> A autonomia da vontade na arbitragem é caracterizada pela possibilidade: i. de escolhas das regras de direito que serão aplicadas; e ii. de convenção da realização da arbitragem com base nos usos e costumes, nos princípios gerais de direito e nas regras internacionais de direito (Art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.307/1996).

<sup>386</sup> Na Europa o reconhecimento do Direito Antitruste como política pública e parte da ordem pública europeia é revelada por López-Galdos (2016, p. 3): “*In the sense, by way of reminder, it is important to recall that within the EU competition policy has always been considered one of its most important public policies, and thus, remains part of the European public order*”.

caracterizam como de interesse público, uma vez que o titular do Direito Antitruste é a coletividade<sup>387</sup>.

Assim, a natureza pública do Direito Concorrencial e a natureza privada da arbitragem impõem, em princípio, uma intersecção entre características inicialmente conflituosas e uma convivência de critérios valorativo-jurídicos que podem ser compreendidos como incomunicáveis. Tal fato torna bastante questionável a sua arbitrabilidade, constantemente vinculada ao fato de que haveria suposta ofensa à ordem pública<sup>388</sup>.

Contudo, a evolução da jurisprudência internacional<sup>389</sup> indica um caminho de superação desta equivocada compreensão e, marcadamente, foi a responsável por instituir e fortalecer o conceito de arbitrabilidade.

Trazendo um breve histórico norte-americano, até meados da década de 1980 prevaleceu nos Estados Unidos da América (EUA) a jurisprudência desenhada no “Caso *American Safety*”<sup>390</sup>, que entendeu pela impossibilidade da resolução de litígios de Direito Antitruste pela arbitragem. Os argumentos prevalentes eram: i. a natureza jurídica de ordem pública do Direito Antitruste; iii. a crença de que o judiciário possuía melhores condições para decidir sobre um litígio que traz consigo grandes complexidades; iii. o receio de que os árbitros favorecessem os interesses privados dos agentes econômicos<sup>391</sup>. É possível verificar o predomínio da concepção tradicional da arbitragem, sempre relacionada à ordem pública, ao interesse público e na crença da imparcialidade do árbitro.

Esta perspectiva alterou-se no ano de 1985 com a decisão da Suprema Corte norte-americana no paradigmático caso “Mitsubishi”<sup>392, 393</sup>. A empresa suíça “*Chrysler International S.A.*” (“Chrysler”) e a empresa japonesa “*Mitsubishi Heavy Industrie Inc.*” instituíram uma *joint venture* denominada “*Mitsubishi Motors Corp.*” (“Mitsubishi”) que passou a vender

---

<sup>387</sup> A titularidade do Direito Antitruste é expressa no parágrafo único do Art. 1º da LDC: “Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Cf. seção 2 que discorre sobre a característica de ordem pública do Direito Antitruste e sua titularidade.

<sup>388</sup> “Em outras palavras, haveria uma oposição intransponível entre, de um lado, o princípio da autonomia das partes que rege a arbitragem, e, de outro, a máxima proteção visada à ordem pública pelo direito da concorrência.” (BECKER, 2015, p. 241-242).

<sup>389</sup> Muito embora o objeto do presente trabalho não desnude uma metodologia de Direito Comparado, a apresentação de um tópico sobre a evolução jurisprudencial alienígena quanto à arbitrabilidade do Direito Antitruste é vista como importante. Isso porque, será possível depreender o estágio do debate em nível internacional que influencia também o debate no Brasil.

<sup>390</sup> ESTADOS UNIDOS. **US Court of Appeals for the Second Circuit** - 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/391/821/134195/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>391</sup> Idot (2010, p. 55). Apontando os mesmos três argumentos, cf. López-Galdos (2016, p. 2).

<sup>392</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **US Supreme Court. Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth**, 473 U.S. 614 (1985). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>393</sup> O resumo do “Caso Mitsubishi”, para além da análise do caso, foi retirado de Trabuco e Gouveia (2011, p. 10-11) e de Idot (2010, p. 55).



automóveis pertencente à marca Mitsubishi para outros países através dos agentes da Chrysler. Para alcançar o objetivo, a “Mitsubishi” celebrou contrato de distribuição com diversas empresas, dentre as quais a “*Soler Chrysler-Plymouth Inc.*” (“Soler”) de Porto Rico e estabeleceu que eventuais litígios seriam solucionados por arbitragem, que deveria ocorrer no Japão. Com a redução das vendas de automóveis pela “Soler”, a “Mitsubishi” suspendeu a venda de automóveis para a empresa porto-riquenha. Assim, de um lado a “Mitsubishi” se recusava a vender os automóveis diante da alegação de que a “Soler” não estava atingindo um determinado número de vendas, enquanto esta afirmava que a conduta daquela era exclusão e anticompetitiva.

Diante do impasse, a “Mitsubishi” requereu a solução do litígio pela via arbitral, conforme disposição contratual. Contudo, a “Soler”, sob a motivação de que a controvérsia dizia respeito à violação das leis de Antitruste norte-americanas (*Sherman Act*), negou-se a solucionar o conflito pela arbitragem. Diante do impasse, com fundamento na Lei Federal de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque, a “Mitsubishi” propôs ação judicial no *Federal District Court*, requerendo o reconhecimento da obrigatoriedade de a “Soler” resolver a controvérsia pela via arbitral. De sua parte, esta manteve o argumento da sua defesa e reafirmou que o litígio, por envolver questões de Direito Antitruste, deveria ser solucionado pelo Poder Judiciário.

O caso chegou até a Suprema Corte norte-americana, que reviu seu posicionamento anterior e rejeitou a alegação da “Soler” sob o argumento de que as controvérsias de Direito Concorrencial eram arbitráveis no âmbito internacional e, na mesma medida, não violariam a ordem pública norte-americana; bem como adotou como fundamento a doutrina do *second*

*look*<sup>394</sup>, pela qual instituiu a possibilidade de revisão da decisão arbitral pelos tribunais norte-americanos quando do pedido de homologação ou anulação das sentenças arbitrais<sup>395</sup>.

Este *leading case* revela que a Suprema Corte norte-americana prestigiou a manifestação da vontade das partes (autonomia) na solução das controvérsias pela arbitragem, ainda que o conflito tenha como objeto questões tuteladas por normas imperativas e de ordem pública. Há um reconhecimento de que os litígios de Direito Antitruste são arbitráveis, ainda que dependentes de um exame posterior<sup>396</sup>.

Na Europa, a alteração da compreensão da arbitrabilidade de litígio de Direito Antitruste ocorreu a partir do Caso “*Eco Swiss*”. A empresa “*Benetton International NV*” (“Benetton”) celebrou um contrato de licença com as empresas “*Eco Swiss China Time Ltd*” (“Eco Swiss”) e “*Bulova Watch Company Inc.*” (“Bulova”), em que concedeu o direito de fabricação à “Eco Swiss” de relógios estampando menção à “Benetton by Bulova”. A “Benetton” também autorizou a venda dos relógios pelas outras duas empresas. A cláusula 26 do contrato de licença estipulava que qualquer controvérsia havida entre as partes seria solucionada por meio da arbitragem que ocorreria no Instituto Holandês de Arbitragem, sob a aplicação das regras holandesas<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> Especificamente sobre a doutrina do *second look*, a literatura jurídica discute qual deve ser o padrão dessa revisão e se é possível que o judiciário adentre ao mérito. O dilema que se apresenta é que a aceitabilidade da revisão de mérito pode causar uma perturbação no processo arbitral, uma vez que suas sentenças possuem força executiva e são independentes. De outro lado, se for utilizado apenas um exame mecânico, pode ser que o este não seja efetivo e não consiga verificar se houve ou não a correta aplicação do Direito Antitruste. Como aponta Korzun, a doutrina do *second look* deve ser conciliada com um viés pró-arbitragem e a revisão ser limitada ao habitual exame de afronta à ordem pública (KORZUN, 2016, p. 907-908). Compreendemos que a revisão deve verificar se as questões de Direito Antitruste foram adequadamente aplicadas, sem, contudo, adentrar a análise de mérito. De toda forma, Brozolo entende que as divergências remanescentes parecem razoavelmente bem estabelecidas. “De início, há um consenso de que a revisão judicial de sentenças em procedimentos de anulação e execução é essencial para garantir que a arbitragem não seja usada como uma ferramenta para evitar o direito da concorrência, dada a premissa de que os árbitros são obrigados a aplicá-lo. Portanto, sentenças que levantem questões de direito da concorrência podem, em certas – apesar de excepcionais circunstâncias, serem anuladas ou terem sua execução rejeitada se elas violarem o direito da concorrência. O instrumento para tanto é a ordem pública.” (BROZOLO, 2010a, p. 177). A revisão não pode ser aplicada de tal sorte a reduzir o valor e o poder da sentença arbitral; a questão é encontrar este equilíbrio, encontrado, no direito brasileiro, na admissão da violação à ordem pública como fundamento de anulação das sentenças arbitrais, decorrente da compreensão dos artigos 32, VIII; Art. 22, §2º e Art. 2º, §1º todos da LArb, conforme explicado na seção 3.

<sup>395</sup> “Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed.” (ESTADOS UNIDOS. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler-Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 638, 1985).

<sup>396</sup> Trabuco e Gouveia (2011, p. 11). Gabbay e Pastore (2014, p. 23) explicam que “[e]sse precedente, que afastou a American Safety Doctrine, passou a ser usado também para arbitragens domésticas nos EUA<sup>48</sup>. A partir dele ficou claro que ainda que se reconheçam os impactos do direito da concorrência em políticas públicas, prevalecem nas demandas indenizatórias a disponibilidade e arbitrabilidade relacionadas ao direito daquele que foi prejudicado e busca a devida reparação pelo dano que sofreu.”

<sup>397</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal De Justiça Europeu. *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0126&from=EN>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

A “Benetton” decidiu denunciar e rescindir o contrato três meses antes do seu término sob o argumento de erro quanto aos valores referentes à remuneração de *royalties*. As outras empresas não aceitaram a denúncia e submeteram o litígio para a arbitragem que determinou a ineficácia da denúncia efetuada e a condenou a denunciante ao pagamento de indenização devido às perdas e danos causados às empresas “Eco Swiss” e “Bulova”. Como as partes não chegaram a um acordo sobre o montante da indenização, o tribunal arbitral determinou a quantia de 29 milhões de dólares<sup>398</sup>.

Descontente com o resultado, a “Benetton” instaurou um processo no Tribunal de Haia, requerendo, dentre outros pedidos, a nulidade das decisões pela afronta ao Direito Antitruste europeu e a necessidade de sua aplicação *ex officio*. O caso chegou ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) por meio do reenvio prejudicial por se tratar de questão que, supostamente, violaria a ordem pública europeia.

O Advogado Geral Saggio opinou que os árbitros não estavam obrigados a aplicar as normas de Direito Antitruste<sup>399</sup>. O TJCE não examinou diretamente a questão, mas reconheceu que tais normas são elementos fundamentais e de ordem pública, bem como que as sentenças que violem a ordem pública devem ser anuladas. Nas palavras de Trabuco e Gouveia<sup>400</sup>, “[o] Tribunal entende que a regra do Tratado faz parte da ordem pública e que, se a lei do Estado onde a acção de anulação corria, consagrava a violação de ordem pública como fundamento de anulação de decisão arbitral, tal decisão devia ser anulada com esse fundamento”<sup>401</sup>. Assim, o TJCE não apenas reconheceu a arbitrabilidade do Direito Antitruste, como concluiu pelo dever do árbitro em respeitá-lo e aplicá-lo quando da prolação de uma sentença arbitral.

Os *leading cases*, até hoje predominantes nos Estados Unidos e na Europa, demonstram a confiança na eficácia dos procedimentos de arbitragem e o prestígio da arbitragem e da

<sup>398</sup> Trabuco e Gouveia (2011, p. 12).

<sup>399</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. **Opinion Of Advocate General Saggio**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CC0126&from=EN>>.

<sup>400</sup> Trabuco e Gouveia (2011, p. 13).

<sup>401</sup> Nos exatos termos da decisão do TJCE: “Em seguida, deve observar-se que as exigências ligadas à eficácia do processo arbitral justificam que o controlo das decisões arbitrais revista um carácter limitado e que a anulação de uma decisão só possa ser obtida, ou o seu reconhecimento recusado, em casos excepcionais. Todavia, o artigo 85.º do Tratado constitui, em conformidade com o disposto no artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE], uma disposição fundamental indispensável para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o funcionamento do mercado interno. A importância de tal disposição levou os autores do Tratado a estipular expressamente, no n.º 2 do artigo 85.º do Tratado, a nulidade dos acordos e decisões proibidos por este artigo. Segue-se que, na medida em que um órgão jurisdicional nacional deva, segundo as suas regras processuais internas, deferir um pedido de anulação de uma decisão arbitral baseado na violação das normas nacionais de ordem pública, deve igualmente deferir um tal pedido baseado na violação da proibição imposta pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado”.

manifestação da vontade das partes<sup>402</sup>, ao mesmo tempo sedimentam o entendimento de que a arbitragem do Direito Antitruste não viola a ordem pública e acena como um novo caminho para as partes resolverem seus litígios decorrentes de normas concorrenciais<sup>403</sup>.

Ainda que a jurisprudência internacional venha seguindo atentamente estes precedentes e decidindo pela possibilidade de resolução de conflitos envolvendo matéria de Direito Antitruste, não é possível compreender o debate como findo. Mesmo havendo quem o declare como morto<sup>404</sup>.

No contexto norte-americano, há um projeto de lei em trâmite no Congresso (*Arbitration Fairness Act* - 2013) cujo objetivo é a alteração da Lei de Arbitragem, invalidando a solução de litígios antitruste, trabalhista, consumerista e de direitos civis por meio da arbitragem<sup>405,406</sup>. Não adentraremos a análise do projeto de lei, mas evidentemente é contrário à jurisprudência e à doutrina internacional, bem como vai de encontro à expansão da arbitrabilidade apontada na seção 3 do presente trabalho.

#### **4.2 Da obrigatoriedade da aplicação do direito antitruste pelo árbitro e da sua “revisão”**

A partir do breve histórico internacional relatado, depreende-se ser possível solucionar controvérsias de Direito Antitruste pela via arbitral, apresentando duas premissas. A primeira relacionada com o dever de aplicação de suas normas pelo árbitro exatamente pelo fato de serem

---

<sup>402</sup> Quando da análise do Caso “Mitsubishi” Craig, Park e Palsson afirmaram que “*Presumably to avoid the sabotage of the arbitral process by encouraging defendants to invent spurious anti-trust arguments, the trend has involved for arbitrators not to interrupt proceedings but to go ahead and rule on anti-trust issue.*” (CRAIG; PARK; PAULSSON, 1990, p. 86). No mesmo sentido, *cf.* Magalhães Junior (2018, p. 106).

<sup>403</sup> Conor (2014, p. 141).

<sup>404</sup> Youssef (2009).

<sup>405</sup> No capítulo 4 do Projeto de Lei norte-americano: “ARBITRATION OF EMPLOYMENT, CONSUMER, ANTITRUST, AND CIVIL RIGHTS DISPUTES, §402. Validity and enforceability: “(a) In General.— Notwithstanding any other provision of this title, no predispute arbitration agreement shall be valid or enforceable if it requires arbitration of an employment dispute, consumer dispute, antitrust dispute, or civil rights dispute”. (CONGRESSO DOS EUA. *Arbitration Fairness Act of 2013*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/878/text>>. Acesso em: 18 dez. 2018.) Explicando sobre as propostas de leis no Congresso norte-americano para alterar a Lei Federal de Arbitragem (Federal Arbitration Act – FAA) Sussman (afirma que “The proposed Act also overrules Supreme Court precedents with respect to the established doctrines of “competence-competence” and “separability,” which concern whether and when the arbitrators themselves or the courts have the authority to make decisions with respect to challenges to the authority of the arbitrators. These principles are fundamental to international arbitration, are incorporated into many international contracts, and are included in the arbitration statutes of major trading nations and the rules of the leading international arbitration institutions.” (SUSSMAN, Edna. *The Arbitration Fairness Act: unintended consequences threaten U.S. business. The American Review of International Arbitration*, v. 18, n. 4, pp. 455-493. p. 456.).

<sup>406</sup> Ragazzo e Binder, (2016, p. 308). Ragazzo e Binder, Carlos E. J.; BINDER, Mariana. Defesa da concorrência e arbitragem internacional. *Revista do IBRAC*. v. 22, nº 2, 2016. pp. 307-342. p. 308 e também p. 334. Os autores criticam o projeto de lei e identificam que as alterações sugeridas são contrárias as tendências mais atuais da jurisprudência internacional que vem expandindo o conceito de arbitrabilidade.

imperativas e de ordem pública; a segunda relacionada com a possibilidade de uma revisão (*second look*) nos casos procedimentais de anulação ou homologação<sup>407</sup>.

Essas mesmas premissas, em sede de Direito brasileiro, já foram antecipadas no presente trabalho quando da análise da ordem pública como critério de arbitrabilidade, devidamente refutada. Ali apontamos que normas de ordem pública, imperativas e/ou de interesse público não podem ser violadas e tampouco deixadas de ser aplicadas, consubstanciando-se em dever do árbitro o seu respeito e aplicação.

Ainda foi observado, no mesmo sentido da jurisprudência internacional, que o fato de ser considerada norma de ordem pública não implica a sua inarbitrabilidade. Em outras palavras, o debate acerca da arbitrabilidade do Direito Antitruste centrado na ordem pública, conforme demonstramos ser no caso internacional, não faz sentido na sistemática arbitral brasileira, uma vez que já sedimentamos que não se trata de um critério conceitual da arbitrabilidade<sup>408</sup>. Todavia, sentido faz quando se observa que não pode haver qualquer afronta à norma de ordem pública, o que subjaz que o Direito Antitruste, como norma assim entendida, não pode ser violado e, tampouco, não pode deixar de ser aplicado nas controvérsias que envolverem questões concorrenciais.

O segundo aspecto internacional relacionado com a doutrina do *second look* é, como também apontado, a possibilidade de revisão da sentença arbitral em sede de pedido de anulação ou execução da sentença arbitral, ambos previstos na LArb<sup>409</sup>. Nesse sentido, a sentença e os atos praticados durante todo o procedimento arbitral não podem ser violados, seja pela aplicação equivocada das normas de ordem pública, pela sua ofensa ou pela ausência de sua aplicação quando o caso assim exigir. Em outras palavras, há um controle, uma revisão da sentença arbitral em sede de pedido de anulação ou de execução da sentença arbitral. É exatamente este controle de conformidade que justifica a possibilidade de arbitrabilidade de normas de natureza imperativa ou de ordem pública, como é o Direito Antitruste<sup>410</sup>.

Assim, o árbitro sempre está obrigado a aplicar o Direito Antitruste, independentemente da previsão de sua aplicação em sede de convenção arbitral.

---

<sup>407</sup> Brozolo (2010a, p. 165).

<sup>408</sup> Cf. seção 3.

<sup>409</sup> Vide seção 3.

<sup>410</sup> Neste sentido, na explicação de Carmona (2009, p. 412), “[a] ação anulatória implantada em nosso sistema não se presta, bem se vê, a rever a justiça da decisão ou o fundo da controvérsia, mas apenas a desconstituir os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica. Essas matérias do art. 32 ‘sintetizam o Estado na administração da justiça’, e sua taxatividade deve ser bem compreendida: o dispositivo sintetiza os preceitos de ordem pública que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral. Espera o legislador, portanto, que todas as hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos mencionados”.

Os árbitros, sem dúvida, têm o dever de aplicar a lei de concorrência e assim é esperado que façam. No passado dúvidas foram levantadas sobre os deveres dos árbitros, com o argumento de que a arbitragem está sujeita à autonomia das partes e os árbitros não devem, portanto, ir além do que as partes querem. Entretanto, se os sistemas legais permitirem que as questões do direito da concorrência sejam arbitradas, tal fato deve acontecer com a expectativa de que os árbitros apliquem a lei de concorrência. Isso se estende à aplicação da lei de concorrência, mesmo depois de um acordo entre as partes. Os árbitros possuem o ônus específico de prover um raciocínio compreensivo para as suas sentenças para demonstrar aos tribunais, no processo de revisão, que eles aplicaram as questões de direito concorrencial de forma consistente, coerente e profissional<sup>411</sup>.

Mesmo que as partes convençam que as controvérsias sobre Direito Concorrencial não possam ser solucionadas pela via arbitral, ainda assim, o árbitro tem o dever de aplicá-lo ou negar a participação na arbitragem. Mesmo porque, nestes casos, esta parte da cláusula deveria ser considerada ilegal e não seria capaz de vincular o árbitro ou o tribunal arbitral. Brozolo<sup>412</sup> entende que, caso os árbitros não apliquem as normas de Direito Antitruste, há “o risco de serem responsabilizados por auxiliar a instigar uma conduta ilegal e poderia, ainda, pôr em risco seus honorários, dada a ilegalidade de seu mandato”.

No caso da questão envolvendo Direito Concorrencial surgir no decorrer do procedimento arbitral, o árbitro também deve aplicá-lo. Contudo, sob a perspectiva de que não pode haver decisão surpresa e deve ser respeitada a ampla defesa e o contraditório, deve-se abrir à manifestação das partes<sup>413</sup>.

Ademais, não há dúvidas quanto à possibilidade de que o Direito Antitruste se faça presente em muitas controvérsias. Se assim o é – inadmitir sua arbitrabilidade, como a de outros conflitos relacionados a normas imperativas e/ou de ordem pública – há um enorme potencial que se utilize do argumento de inarbitrabilidade com base em alegações de nulidade da convenção de arbitragem, nulidade da sentença arbitral que se utilizou das regras de Direito Concorrencial para balizar a sua decisão, o que certamente influenciará no ambiente da arbitragem e na sua própria utilização.

---

<sup>411</sup> OCDE (2010, p. 12). Tradução livre do original: “*Arbitrators undoubtedly have a duty to apply competition law, and are expected to do so. In the past doubts have been raised about the duties of arbitrators, with the argument that arbitration is subject to party autonomy and arbitrators should therefore not go beyond what parties want. However, if legal systems allow competition law matters to be arbitrated, this should come with the expectation that arbitrators will apply competition law. This extends to the application of competition law even after an agreement has been made between the parties. The arbitrators have a specific burden of providing comprehensive reasoning for their award to demonstrate to the courts in the review process that they have dealt with the competition law issues consistently, coherently and professionally*”.

<sup>412</sup> Brozolo (2010a, p. 190).

<sup>413</sup> Brozolo (2010a, p. 191).

Estabelecida a possibilidade de controvérsias de Direito Antitruste poderem ser solucionadas pela via arbitral, o principal ponto é buscar compreender eventuais limites e possibilidades da sua aplicação no Direito brasileiro. O que sem dúvida perpassa por uma compreensão tanto da arbitragem quanto da Concorrência na forma de um diálogo, ou seja, não apenas quanto à questão da arbitrabilidade, mas também nos próprios limites que suas normas e estruturação (inclusive institucional), e da própria LArb, impõem. Para tanto, antes será realizada uma breve apresentação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e das principais diretrizes da Lei nº 12.529/2011 que influenciam na extensão dos limites e das possibilidades da inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem bem como da arbitrabilidade.

### **4.3 Da arbitrabilidade do direito antitruste brasileiro: critério e limitações**

#### **4.3.1 A estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: *enforcements* público e privado**

Antes de entrarmos na questão do *enforcement* público e privado, é importante apresentar, sinteticamente, como é estruturado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Portanto, o SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac). O Cade é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e constituída pela Superintendência-Geral (SG), Departamento de Estudos Econômicos (DEE) e Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE ou Tribunal do Cade). Com atuação em conjunto com o Cade há a Procuradoria Federal Especializada (Procade) e o Ministério Público Federal. Todas as atribuições de cada órgão do Cade estão definidas na Lei nº 12.529/2011 (LDC) e pelo Regimento Interno do Cade (RiCade).

Em apertada síntese, compete à Procade a representação do Cade judicial ou extrajudicialmente, a prestação de consultoria e assessoramento jurídico ao Conselho, a execução judicial das decisões do TADE, a propositura das medidas judiciais solicitadas tanto por este quanto pela SG, dentre outras atribuições. Ainda nos casos de cessação de infração à ordem econômica ou de obtenção de documentos necessários para a instauração de processo administrativo, cabe à Procade proferir opiniões por meio de pareceres, proceder com acordos judiciais em processos relativos à infrações anticompetitivas, desde que com a autorização do

TADE e, muito provavelmente, a mais nova atuação: a proposição de ações de reparação de danos causados por cartéis.

Ao DEE compete a elaboração de estudos e pareceres econômicos, podendo ser de ofício ou a pedido do Tribunal (Plenário, Presidente o Conselheiro-Relato) ou da SG (no caso, do Superintendente Geral). A importância da sua atuação reside na elaboração de pareceres e estudos técnicos e científicos que geram subsídios para a análise de atos de concentração e para a identificação de condutas anticompetitivas, contribuindo para aprimorar os argumentos técnicos e científicos na atuação das diversas atribuições do Cade.

A SG tem a atribuição de investigar, instaurar, instruir e emitir pareceres em atos de concentração e em processos de infração à ordem econômica, bem como celebrar acordos e medidas preventivas com a finalidade de cessação de práticas anticompetitivas, como a negociação e celebração dos Acordos de Leniência.

O Tribunal do Cade possui competência para julgar processos administrativos que visam apurar infrações à ordem econômica e de atos de concentração, determinando a aplicação ou não de sanções administrativas. Também possui o condão de aprovar o Termo de Compromisso de Cessação de Condutas (TCC) e o Acordo de Controle de Concentrações (ACC), determinando a fiscalização do cumprimento destes acordos à SG.

Este é o arranjo institucional do Cade, cujos órgãos atuam de forma coordenada, propiciando ações de *enforcement* interdisciplinar, atuando nas esferas preventiva, repressiva e educativa. A eficiência e efetividade da política antitruste está balizada, ao encontro do que será apresentado, em um tripé: *public enforcement*, *private enforcement* e *advocacy*<sup>414</sup>. Assim, todo incentivo que busque a otimização e a instrumentalidade da política pública de defesa da concorrência deve ser analisado detidamente, com intuito de compreender quais são as possibilidades e os limites por de trás da ferramenta que viabiliza a consecução dos objetivos do Direito Antitruste. Eis o caso da arbitragem em sua inter-relação com o Antitruste.

---

<sup>414</sup> A advocacia da concorrência ou *advocacy* diz respeito à difusão da cultura concorrencial, promovendo um ambiente competitivo buscando uma maior conscientização e conhecimento sobre o Direito Antitruste por meio de diversas ações como a relação com outros órgãos da Administração Pública. O tema não será abordado no presente estudo. Para uma rica e detalhada compreensão sobre o tema, *cf.* Queiroz (2018).



#### **4.3.2 *Enforcement* público e *enforcement* privado: o critério de arbitrabilidade e os limites da utilização da arbitragem na solução de controvérsias de Direito Antitruste**

A tutela do Direito Antitruste ocorre por meio do *enforcement* que compreende a repressão e a prevenção de condutas anticompetitivas, e é legalmente dividida em três esferas independentes: administrativa, civil e penal<sup>415</sup>. A repressão no âmbito civil refere-se às ações de reparação de danos privados e forma o *enforcement* privado. Já a repressão às condutas anticompetitivas nas esferas administrativa, penal e cível (ação civil pública) conforma o *enforcement* público.

Na esfera administrativa, o Cade é o responsável pela persecução das infrações à ordem econômica, imposição de penalidades e prevenção de condutas anticompetitivas. A repressão perante as infrações à ordem econômica, repressão ao abuso de poder econômico, aos acordos de manipulação de preços, limitação à barreira de entrada<sup>416</sup>, por exemplo, ensejam aplicações de sanções e de multas exclusivamente pelo Cade e dizem respeito ao *controle de condutas*<sup>417</sup> (controle repressivo). As aplicações das sanções ocorrem por meio de procedimentos administrativo-concorrenciais com a finalidade de investigar o ilícito anticompetitivo e decidir pela condenação ou absolvição e consequente aplicação ou não das sanções administrativas.

Há ainda, no âmbito administrativo, duas modalidades de instrumentos de colaboração premiada e de cessação de condutas, o Termo de Compromisso de Cessação (TCC)<sup>418</sup> da prática do ilícito anticompetitivo e o Acordo de Leniência<sup>419</sup>. Ambos dizem respeito à celebração de acordos entre os agentes econômicos ou pessoas físicas infratores ou investigados em vista de

---

<sup>415</sup> Desde já é preciso esclarecer que esta separação entre as esferas administrativa, civil e penal não pode ser avessa a uma aproximação e a um diálogo, evitando decisões conflitantes e também o *bis in idem*.

<sup>416</sup> Verificar as práticas e condutas anticompetitivas tipificadas no Art. 36 da LDC.

<sup>417</sup> Sobre um detalhamento das sanções por infrações à lei antitruste, *cf.* Gaban e Domingues (2016, p. 170-203). Verificar também os Arts. 37 a 44 da LDC.

<sup>418</sup> Segundo Gaban e Domingues (2016, p. 330), a jurisprudência do Cade e o RiCade estabelecem duas espécies de TCCs aplicáveis a investigações de práticas anticompetitivas, ainda que não exista uma clara distinção na LDC. Um é o TCC aplicado quando da hipótese de prática de cartel, “onde há mais pré-requisitos que aproximam o instituto de uma espécie clássica de colaboração premiada, dado que é pré-requisito do acordo o recolhimento de contribuição pecuniária sem natureza de sanção, a colaboração com as investigações e, nos casos iniciados por acordos de leniência, também é pré-requisito do acordo a assunção da participação no cartel por parte dos beneficiários”. A outra espécie de TCC é aplicada às demais hipóteses de infração à ordem econômica, principalmente as condutas anticompetitivas unilaterais, (Art. 36, da LDC), “onde o acordo firmado independentemente do recolhimento de contribuição pecuniária sem natureza de sanção, de colaboração com as investigações ou mesmo de assunção de participação nos fatos objeto da investigação”.

<sup>419</sup> Para um detalhamento crítico sobre o Programa de Acordo de Leniência, conceito e procedimentos, *cf.* Domingues, Gaban e Miele (2018) e Gaban e Domingues (2016, p. 319-330).

infrações à ordem econômica, pressupõem que o infrator ou o investigado apresente-se à Administração Pública em busca de um acordo que possa permitir desde a suspensão da execução até o alcance da redução das sanções administrativas e penais, de acordo com as obrigações assumidas.

Ao Cade também compete a disciplina das concentrações entre agentes econômicos, em sentido preventivo. Nesses casos, a prevenção pode ocorrer quando da análise de atos de concentração, em que a autoridade antitruste pode aprovar, reprová-los ou aprovar com restrições determinadas operações, é o chamado *controle de estruturas*<sup>420</sup> (controle preventivo). A competência do Cade, bem como os requisitos, para apreciar atos de concentração econômica estão dispostos no Art. 88 da LDC.

Na esfera criminal há competência exclusiva para a oferta de denúncia de delito ao Poder Judiciário, sendo os legitimados à persecução o Ministério Público Federal ou o Ministério Público Estadual. As sanções penais, em regra, estão relacionadas aos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/1990) e com a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

No âmbito da esfera civil, a LDC, em seu Art. 47<sup>421</sup>, dispõe sobre a possibilidade da persecução privada que tem como escopo a tutela dos interesses individuais e individuais homogêneos, podendo, seja por meio de ação coletiva ou individual, requerer a cessação da conduta anticompetitiva e o ressarcimento (indenização) por eventuais danos suportados<sup>422</sup>. O ajuizamento da ação de reparação de danos independe da existência anterior de processo administrativo no Cade<sup>423</sup>.

Este direito de ação é totalmente independente de inquérito ou processo administrativo. Trata-se do *private enforcement*, ou *enforcement* privado, que, portanto, consigna as hipóteses

---

<sup>420</sup> Retornaremos aos Atos de Concentração (AC) e aos Acordos de Controle de Concentração (ACCs) com maiores detalhes um pouco mais a frente.

<sup>421</sup> “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

<sup>422</sup> De acordo com Ferraz Jr. (2013, p. 21), “A norma nomeia, como sujeitos legitimados, os ‘prejudicados’. Os prejudicados são aqueles que sofrem prejuízo pela violação de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, por força de práticas que constituam infração da ordem econômica. Isto é, mesmo em sede de interesses individuais, não são danos marcados pelo subjetivismo privatista enquanto danos resultantes do descumprimento de obrigação, contratual ou legal, e que tenha por causa o inadimplemento de obrigação contratual, o dever contratual de responder pelo risco ou dever legal de responder sem culpa, sempre em termos de nexo causal cujo núcleo é a ação subjetiva: consequência da conduta de quem o produziu. Mas sim são danos resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder (exclusão e colusão), ou porque as condutas visam à construção de situações de poder ou porque se originam de situação de poder e, em ambos os casos, os autores levam vantagem disso. Ou seja, prejuízos cujo núcleo causal está não na propriedade (em sentido privatista de conduta individual e individualizável), mas na competição (em sentido de interesse difuso: seus interesses individuais ou individuais homogêneos), mas individualizados no agente econômico que os sofre”.

<sup>423</sup> Becker (2015, p. 253).

de aplicação das normas de Direito Concorrencial no âmbito do judiciário<sup>424</sup>. Assim, àqueles que, direta ou indiretamente, forem afetados pela conduta anticompetitiva podem propor ação de indenização e de cessação, ainda que não haja diretamente relação jurídica com o agente econômico infrator (*wrongdoer*)<sup>425</sup>.

Apesar de o Art. 47 da LDC não mencionar expressamente a arbitragem, não se verifica a impossibilidade de ingressar em juízo arbitral para requerer a cessação da prática anticompetitiva e/ou a reparação por eventuais perdas e danos sofridos. Esta compreensão está relacionada ao fato de o pedido de indenização possuir repercussão no âmbito patrimonial que, conforme será verificado, é o critério de arbitrabilidade que se afere na inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem<sup>426</sup>. Desse modo, não existe oposição legal para que as partes lesadas por uma conduta anticompetitiva possam recorrer ao judiciário para requerer a reparação de dano e não possam optar por submeter a questão cível à arbitragem. Inexiste óbice apriorístico. Assim, em que pese o Antitruste proteger, em sua essência primordial e imediata, a coletividade e direitos difusos, é possível dele também subtrair uma aplicação relacionada aos prejuízos experimentados individualmente decorrentes de práticas anticompetitivas.

Duas são as conclusões parciais: i. a tutela do Direito Antitruste não ocorre apenas no âmbito do Cade; ii. há uma estruturação e organização legal para a aplicação e tutela do Direito Antitruste, em que as possibilidades são divididas nas esferas administrativa, cível e criminal. Em outras palavras, há uma divisão de competências legalmente distribuídas entre as esferas administrativa e penal que conformam o *enforcement* público e a esfera cível que está adstrita ao *enforcement* privado. Portanto, os *enforcements* público e privado “são complementares para a construção de uma política efetiva de defesa da concorrência”<sup>427</sup>.

É exatamente dessa divisão que deve partir uma compreensão acerca dos limites e do critério da arbitrabilidade do Antitruste. A esfera possível para que a arbitragem possa ser utilizada é a cível, relacionada às consequências civis das condutas anticompetitivas, não

---

<sup>424</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 355).

<sup>425</sup> “Under the Competition Law, therefore, public and private enforcement are independent. In order to file a lawsuit for compensation for damages incurred as a result of an infringement of competition rules, there is no need to have an administrative proceeding formally established or to have a final decision of the Brazilian competition authority, the Administrative Council for Economic Defense (CADE). [...] Private compensation claims can be filed by an individual, a legal entity or by a collective entity. Collective actions may be initiated by consumer organizations, public prosecutors, unions or other public bodies. Its purpose is to remedy collective interests of the public.” (OCDE, 2015, p. 2).

<sup>426</sup> Esta compreensão pode ser observada nas poucas doutrinas pátrias que abordam diretamente a temática: Gabbay e Pastore (2014, p. 24); Monteiro (2018, p. 236); Frazão (2018a); Cordeiro (2017); Becker (2015, p. 264); Magalhães Jr. (2018, p. 111). Na literatura estrangeira, Idot (2010, p. 59) afirma: “[...] ordinary national courts may impose civil penalties such as bans, declare the invalidity of legal acts contrary to prohibitions, or award damages. In principle, arbitrators have the same powers”.

<sup>427</sup> Farina (2016, p. 32).

podendo invadir as competências exclusivas do Cade (esfera administrativa) e do Ministério Público e Judiciário (esfera criminal).

Verifica-se que ao mesmo tempo em que o Cade detém o monopólio exclusivo das sanções administrativas e o poder judiciário e o Ministério Público a exclusividade no âmbito penal, exclui-se a possibilidade de apreciação do *enforcement* público pela arbitragem. Ou seja, qualquer questão que diga respeito exclusivamente ao *enforcement* público não poderá ser submetida à solução pela via arbitral. Nesse passo, as questões afetas ao *enforcement* público são inarbitráveis.

O que se quer dizer é que o árbitro não pode aplicar penalidades e sanções administrativas e/ou penais, como também não pode opinar ou celebrar acordos, aprovar ato de concentração ou desfazer acordos celebrados entre o Cade e terceiros, sejam eles agentes econômicos ou mesmo pessoa física. Uma possibilidade de atuação do árbitro é a aplicação de multa por prática anticompetitiva, desde que estipulada em contrato. Neste caso, tratar-se-á de multa privada pela conduta anticompetitiva previamente estipulada em contrato, uma vez que esta é uma multa privada pela conduta ilícita que difere da sanção administrativa de aplicação exclusiva do Cade<sup>428</sup>.

Nessa senda, é possível verificar um limite para a submissão de questões de Direito Concorrencial à arbitragem, qual seja, o de *exclusividade de competência determinada por lei* ou *jurisdição exclusiva*. Tal limite é, como pode ser depreendido, o reflexo da exclusividade/monopólio de aplicação de sanções e administrativas e penais, decorrentes do monopólio do Cade e do Judiciário<sup>429</sup>.

Destarte, as questões que podem ser submetidas à arbitragem são apenas aquelas que dizem respeito a consequências civis (especificamente patrimoniais) para o *enforcement* do Direito Antitruste. Com efeito, a arbitragem não pode tratar de questões que dizem respeito à aplicação direta do *public enforcement*<sup>430</sup>. O único espaço para o árbitro decidir diz respeito às

---

<sup>428</sup> No mesmo sentido, Monteiro (2018, p. 237).

<sup>429</sup> Hanotiau chega a afirmar que o único limite para a solução de controvérsias antitruste por meio da arbitragem é a existência de reserva de jurisdição à autoridade antitruste (HANOTIAU, 1999, p. 161). Idot (2010, p. 58-59), também explica o poder exclusivo do judiciário e da autoridade antitruste: “*In antitrust law, most national laws (as well as EU law) are now based on systems of prohibition. The main anti-competitive practices (cartels, abuses) are prohibited. In the context of public enforcement, the national authorities may, if the violation is discovered, impose administrative sanctions on the offenders in the form of fines or injunctions, or refer the case to criminal court so that said courts can render punishment for the offence*”.

<sup>430</sup> No mesmo sentido, a compreensão da OCDE sobre o tema: “*Arbitration is only possible if the competition law allows for it and an arbitrator cannot prevent competition authorities from exercising their own powers to enforce competition law. The arbitrator can only intervene to determine the overarching civil law consequences relevant to the application of competition law. In practice this means ex post allocation of damages to one party as a result of another party violating competition law. There is a very limited role for arbitration in the ex-ante application*

questões cíveis e, portanto, sempre afetas a direito patrimonial. Eis o critério de arbitrabilidade da inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem.

Se não há dúvidas da arbitrabilidade no âmbito da persecução privada de danos (indenização patrimonial) é possível visualizar uma nova vantagem, para além daquelas tradicionalmente reconhecidas que são: julgamento por árbitros especializados e de confiança da parte, bem como a decisão de forma mais célere e acertada<sup>431</sup>.

Todavia, há também um reconhecimento de um espaço da utilização da arbitragem no controle de estruturas, mais especificamente na inserção de cláusula arbitral nos ACC. Em que pese a competência exclusiva do Cade no âmbito do processo administrativo concorrencial, a arbitragem passa a ser utilizada como um instrumento de auxílio no monitoramento do cumprimento das obrigações decorrentes do ACC que também pode ser estendido aos TCCs.

Assim, é possível visualizar duas possibilidades para a utilização da arbitragem: i. instrumento do *enforcement* privado; ii. como instrumento do *public enforcement* por meio da utilização das autoridades antitrustes<sup>432</sup>. Contudo, a aplicação da arbitragem deve sempre respeitar os limites da arbitrabilidade na sua inter-relação com o Direito Antitruste: i. impossibilidade de decidir contrariamente à ordem pública e ao interesse público; ii. impossibilidade de submeter à arbitragem pedidos relacionados às esferas administrativa e penal, uma vez que são de competência exclusiva do Cade e do Judiciário, respectivamente.

#### **4.4 Instrumentalização do *enforcement* privado pela arbitragem**

##### **4.4.1 Da possibilidade de utilização da arbitragem: hipóteses controversas**

Diante da arbitrabilidade de questões de Direito Antitruste no âmbito do *enforcement* privado, é preciso analisar duas das suas principais hipóteses em que o árbitro pode decidir sobre a infração à ordem econômica: i. hipótese em que já existe condenação no âmbito do Cade ou na esfera judicial; hipótese em que as condutas anticompetitivas não foram julgadas pelo Cade e tampouco pelo judiciário.

---

*of competition law, for example in mergers and state aid, as these areas remain the exclusive competence of the national competition authorities (NCAs)*” (OCDE, 2010, p. 11).

<sup>431</sup> Dantas (2017, p. 244).

<sup>432</sup> OCDE (2010, p. 11).

Quanto à primeira, a doutrina<sup>433</sup> entende como pacífica esta possibilidade, uma vez que decorre de uma investigação prévia e anterior condenação na esfera administrativa ou judicial, uma consequência natural do *enforcement* público. Essas demandas são classificadas como *follow-on* e o exemplo clássico é a propositura de ação de reparação de danos pela parte lesada que possui relação contratual, com a presença de uma cláusula arbitral, com um grupo de empresas que foram condenadas pela prática de conduta colusiva (cartel).

A segunda hipótese enseja dois desdobramentos fáticos. O primeiro quando o objeto do litígio principal da arbitragem é questão de Direito Antitruste. Enquanto o segundo é vinculado a um procedimento arbitral que possui o Direito Concorrencial como uma das questões sob exame. Em ambos os casos o problema é o mesmo: a possibilidade de decisões conflitantes entre as esferas administrativa (Cade) e cível (arbitragem) ou mesmo entre a decisão na esfera judicial e a sentença arbitral, uma vez que são completamente independentes.

No caso de a instância arbitral considerar ilícita determinada conduta e deferir a pretensão indenizatória enquanto o Cade, após a sentença arbitral, determinar a licitude da conduta, não se verifica maiores problemas, uma vez que é possível a existência de um ilícito civil sem que se tenha um ilícito administrativo<sup>434</sup>.

De outra forma, hipoteticamente quando a sentença arbitral não decide pela configuração de um ilícito antitruste e o Cade condena o agente econômico decidindo pela existência de infração à ordem econômica, a questão que se afigura é um pouco mais conflituosa. A decisão administrativa, em grande parcela das vezes, é utilizada como fundamento para uma possível execução de reparação de danos na esfera cível. Assim, em verdade, teríamos uma primeira decisão arbitral que indeferiu o pedido de indenização por compreender a inexistência da infração à concorrência e uma decisão do Cade que entende pela ocorrência do ilícito concorrencial que pode ser utilizada para requerer a reparação de danos. Há um conflito real e bastante presente<sup>435</sup>.

Todavia, as duas hipóteses não trazem para o Direito uma questão estranha ao sistema que tem as esferas cível, penal e administrativa como independentes. Este conflito também ocorreria caso o indivíduo ou o agente econômico, que supõe ter sofrido prejuízo, submetesse o pedido de indenização ao judiciário antes da apreciação pelo Cade.

---

<sup>433</sup> Becker (2015, p. 258); Dantas (2017, p. 233); Frazão (2018a); Cordeiro (2017); Trabuco e Gouveia (2011, p. 23-24).

<sup>434</sup> Frazão (2018b).

<sup>435</sup> Frazão (2018b).

Para além, este conflito ocorre nas esferas cível e penal. Quando a tramitação dos processos ocorre simultaneamente, o juízo cível pode suspender o curso da ação, conforme disposição o Art. 315 do Código de Processo Civil<sup>436</sup>. Inexiste óbice para uma aplicação analógica deste entendimento quando do conflito entre as esferas administrativa e cível, inclusive no âmbito da arbitragem. Entretanto, é preciso observar que se trata de uma faculdade, ou seja, a suspensão não é obrigatória e pode ser que ocorram decisões conflitantes. Os riscos são evidentemente os mesmos. Dito de outra forma, esse conflito não decorre pela escolha da solução da controvérsia pela via arbitral. Trata-se de uma dificuldade de harmonização das diferentes esferas relacionadas ao Direito Concorrencial, o que, sem dúvidas, não pode ser motivo para que a utilização da arbitragem seja mitigada<sup>437</sup>.

Da mesma forma, pode-se aplicar por analogia o Art. 935 do Código Civil<sup>438</sup> que dispõe sobre a independência das esferas cível e criminal, impondo a impossibilidade de questionar sobre a materialidade do fato ou sobre a sua autoria quando já houver decisão sobre estas questões no juízo criminal. Destarte, a aplicação por analogia na relação entre as mencionadas esferas pode ser utilizada tanto quando o Cade reconhecer a autonomia e a materialidade do ilícito concorrencial quanto, pelo contrário, negá-las<sup>439</sup>. Isso significa que os árbitros não podem contrariar a decisão do Cade. Caso contrário, a insegurança jurídica será enorme, desfuncionalizando a inter-relação entre arbitragem e Direito Antitruste<sup>440</sup>.

Um outro questionamento que pode surgir é quando o pedido de reparação de danos na via arbitral decorre de um delito que ainda não foi julgado pelo Cade e também não houve decisão no âmbito do judiciário. Neste caso, o que deve fazer o árbitro? Pode ele julgar o pedido que advém direta ou indiretamente de uma conduta anticompetitiva criminosa, como no caso das condutas colusivas?

---

<sup>436</sup> “Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

§ 1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia.

§ 2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º”.

<sup>437</sup> Frazão (2018b).

<sup>438</sup> “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

<sup>439</sup> Neste mesmo sentido, *cf.* Frazão (2018b).

<sup>440</sup> Em que pese a inexistência de enfrentamento seja pela doutrina seja pela jurisprudência brasileira, esse posicionamento se acerca de uma maior harmonização entre as esferas administrativa e cível. Na doutrina internacional, Lew (2009, p. 259) depreende que o árbitro não é obrigado a seguir a decisão da autoridade antitruste, pois não exerce uma função adjudicativa em nome do Estado.

Becker<sup>441</sup>, que analisou a arbitrabilidade e os limites do árbitro a partir de uma divisão metodológica entre condutas colusivas e condutas unilaterais, entende pela inarbitrabilidade. Para o autor, as condutas colusivas (cartéis) colocam os objetivos do antitruste em maior risco, o que pode implicar na anulação da sentença arbitral ou na recusa de sua homologação<sup>442</sup>. Nesse passo, explica que é possível a solução por meio da arbitragem quando as condutas colusivas já tiverem sido julgadas pelo Cade ou pelo Poder Judiciário, uma vez que o árbitro não adentraria às questões criminais, apenas analisaria o dever de indenizar e o seu *quantum*, ficando adstrito à questão de direito patrimonial<sup>443</sup>.

Outrossim, quando as condutas colusivas ainda não foram julgadas pelo Cade ou pelo Poder Judiciário, enquanto conduta ilícita criminal, não seria passível de decisão no sistema arbitral<sup>444</sup>. No mesmo sentido, quando no âmbito da arbitragem o objeto principal de análise for uma conduta lícita, mas sobrevier identificação de conduta colusiva incidental que se relaciona indiretamente com o objeto principal, o autor também entende pela inarbitrabilidade por se tratar de um ilícito penal<sup>445</sup>. Assim, Becker defende que mesmo não sendo objeto direto do procedimento arbitral, a existência de um delito relacionado à lide já é compreendida como suficiente para a anulação da sentença, por violação à ordem pública.

Em resumo, a posição de Becker é a de que como os casos de condutas colusivas dizem respeito a um delito, não é possível a solução da controvérsia pelo juízo arbitral já que teria que adentrar à análise, direta ou indiretamente, de conduta relacionada à questão de Direito Penal, matéria reconhecidamente inarbitrável e de jurisdição restrita ao Poder Judiciário. A única possibilidade de arbitrabilidade, para o autor, seria no caso de existência de condenação nas esferas administrativa ou judicial.

Contudo, o caminho desta pesquisa nos leva a uma posição divergente com base na independência das esferas. Podemos fazer uma analogia com um exemplo advindo da relação entre as esferas cível e penal. Imaginemos a seguinte situação: Dois sócios da empresa “X” descobrem que o sócio “Y”, responsável pelo setor administrativo-financeiro, desviou da empresa uma quantia relevante, fato que configura apropriação indébita (Art. 156 do Código Penal). Diante desse cenário, os sócios resolvem não propor ação penal ou mesmo realizar

---

<sup>441</sup> Becker (2015, p. 252-257). Em contrapartida, o autor depreende que as condutas unilaterais teriam um menor potencial lesivo e, conseqüentemente, a possibilidade de a decisão arbitral ser anulada ou ter recusada a sua homologação é consideravelmente menor e não se relacionam a ilícitos criminais (BECKER, 2015, p. 263-265).

<sup>442</sup> Em contrapartida, o autor depreende que as condutas unilaterais teriam um menor potencial lesivo e, conseqüentemente, a possibilidade de a decisão arbitral ser anulada ou ter recusada a sua homologação é consideravelmente menor.

<sup>443</sup> Becker (2015, p. 259).

<sup>444</sup> Ibid. (p. 258-259).

<sup>445</sup> Ibid. (p. 259-260).



qualquer denúncia às autoridades, mas apenas cobrar em juízo a reparação por perdas e danos. É incontestado que o ilícito penal está diretamente relacionado ao pedido de ressarcimento no âmbito da justiça civil, contudo não cabe qualquer alegação de impossibilidade de julgamento para apurar a responsabilidade civil do sócio “Y” pelo fato de a conduta se tratar também de um ilícito criminal. O juiz, nesse caso, não está julgando a conduta delituosa. Ao determinar a autoria e a materialidade da conduta, o faz dentro da esfera cível, ou seja, verifica a autoria, a materialidade do dano e o nexo causal entre o fato e o eventual dano sofrido, com vistas a determinar a reparação civil.

Da mesma forma, em se tratando de pedido relativo a reparação de danos, desde que não invada a competência exclusiva do judiciário quanto a solução de conflitos penais e aplicação de sanção de ordem criminal, não vislumbramos óbice para a solução pela via arbitral. Sendo possível que o pedido de reparação civil dela advinda seja solucionada pela via arbitral ainda que se trate de conduta colusiva. O árbitro não adentrará a questão criminal, não decidirá sobre a ocorrência do delito e não aplicará sanção penal. A formação do juízo cognitivo arbitral deve se ater à verificação da ocorrência da conduta que eventualmente tenha causado danos ou prejuízos à parte requerente, quantificando o valor do dano. O árbitro verificará se houve uma conduta lesiva e se esta causou danos ou prejuízos para o requerente, aferindo, por fim, o nexo causal e o valor da sanção civil<sup>446,447</sup>. Portanto, trata-se de uma definição sobre o que seria ou não um ilícito civil.

Ademais, conforme vimos, o árbitro tem o dever de aplicar o Direito Antitruste, a sua não aplicação ou a sua aplicação de forma a violá-lo ensejará a nulidade da sentença arbitral ou a recusa quando da sua execução. No Direito brasileiro é imperativa a aplicação da Lei Antitruste pelo árbitro, sem que se usurpe a competência exclusiva da autoridade antitruste e do Poder Judiciário<sup>448</sup>. Não é demais lembrar que o árbitro é tão capaz quanto o juízo arbitral para julgar matéria de direito patrimonial, uma vez que é juiz de fato e de direito.

A posição favorável sobre a arbitrabilidade de questões de Direito Concorrencial diante de condutas que ainda não foram analisadas pelo Cade não significa uma concordância de que a arbitragem é o ambiente mais propício para investigar e apurar eventual conduta anticompetitiva. Diante da organização institucional, experiência e da expertise do Cade, a

---

<sup>446</sup> A LDC não disciplinou as ações de indenização mencionadas no Art. 47, o que enseja, naturalmente, a aplicação dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano e nexo causal (JIMENEZ, 2017, p. 224).

<sup>447</sup> Jimenez (2017, p. 224).

<sup>448</sup> Cordeiro (2017) defende a possibilidade de o árbitro aplicar as penalidades previstas nos Arts. 37 e 38 da LDC, desde que determinada por convenção das partes e que a sentença arbitral não cause efeitos para terceiros como nos casos de proibição de contratar e na concessão de benefícios tributários.

autoridade antitruste continua como o local mais adequado para investigar e analisar a eventuais condutas que afrontam a ordem econômica.

A conclusão é, portanto, que o árbitro tem o dever de aplicar as normas de Direito Antitruste, inclusive de ofício, não podendo adentrar as competências exclusivas reservadas ao Cade (âmbito administrativo) e ao Poder Judiciário (esfera criminal)<sup>449</sup>. Significa dizer, ainda que caso trate de norma de interesse público e, em determinadas situações, relacionado a condutas colusivas, pode a questão de Direito Concorrencial ser solucionada pela via arbitral desde que respeitando a limitação mencionada<sup>450</sup>.

Dito de outra forma, a atuação do árbitro não se confunde com a atuação administrativa-institucional do Cade. Ao árbitro não é dado atuar e decidir de modo a invadir a estrita competência do Cade, mas lhe é imposta a aplicação da norma de Direito Antitruste. E, ao mesmo tempo em que o árbitro deve aplicá-la, não pode invadir a competência exclusiva do Cade. Trata-se de uma limitação inerente à inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem compreendidos a partir do seu diálogo, ou seja, de forma concreta. Conclui-se que se as partes podem livremente transacionar sobre o direito objeto do litígio e, caso inexistir reserva ou competência específica determinada por lei, é possível a utilização da arbitragem.

---

<sup>449</sup> Cf. Mourre (2011, p. 43). No mesmo sentido, a afirmação de Lew (2009, p. 260): “*arbitrators must apply competition law rules in the same way as they apply any other applicable law. Whatever the complications of the facts or legal issues involved, arbitrator must determine them to the best of their ability. There is no reason why competition law should be an exception to the overall duty of arbitrators. In fact, the jurisdiction or authority of arbitrator is restricted only for determination of public law issues, such as fine or penalties due to breaches of competition law. These determinations are restricted to the appropriate court or regulatory authority which decides for the state and not into parts*”.

<sup>450</sup> Gabbay e Pastore (2014, p. 25) também compreendem pela arbitrabilidade de questões antitruste ainda que advindas da prática de cartel: “Há também a possibilidade de se entender a responsabilidade da empresa dentro da esfera contratual. Nesse sentido, consideremos uma relação contratual entre determinada empresa e um de seus fornecedores que exista por 20 anos, a partir do mesmo contrato, apenas havendo o reajuste anual do preço. Posteriormente, suponhamos que a empresa descubra que por 5 desses 20 anos o fornecedor estava atuando em cartel e cobrando um preço acima do mercado (sobre-preço). Nesse momento, caso houvesse uma cláusula arbitral no contrato, poderia haver a extensão da cláusula arbitral para tratar dos prejuízos decorrentes da violação ao direito de concorrência em decorrência do cartel? Entende-se que é possível, nesse caso, que a extensão da cláusula arbitral atinja esse litígio, com a possibilidade de se discutir também a violação da boa-fé objetiva em relação ao contrato, uma vez que a empresa omitiu a cartelização para obter vantagem financeira. É claro que isso vai depender muito do caso concreto e da forma como foi redigida a cláusula arbitral, pois a arbitragem tem como pedra fundamental a autonomia da vontade das partes, que escolhem os litígios (ou parcela deles) que serão submetidos a essa forma de solução de conflitos”. Para Monteiro (2018, p. 234), na hipótese de a autoridade antitruste não ter sido provocada, nada há o que impeça os árbitros de investigar os fatos e as provas para um adequado juízo cognitivo quanto à ocorrência ou não de um cartel, para após determinar o valor do dano a ser reparado. No mesmo sentido, a conclusão de Silva e Castella (2019) quando analisam a possibilidade de o árbitro poder solucionar controvérsias em que não há alegação de corrupção pelas partes, mas os fatos carreados ao tribunal evidenciam a prática da conduta ilícita: “Evidentemente que a decisão do tribunal não poderá ser no sentido de condenar ou não alguém pela prática de corrupção, senão pela consequência do ato no que tange ao conflito em questão (nulidade da contratação, vícios de consentimento, etc.)”. Os mesmos autores sinalizam positivamente sobre a possibilidade do árbitro conduzir investigação com o objetivo de obter provas que possam confirmar a ocorrência da corrupção. “O poder instrutório para demandar produção de provas é inquestionável, porém quando se trata de algo que não foi abordado ou trazido pelas partes o entendimento não é tão claro assim”.

#### **4.4.2 Do estímulo à reparação civil de danos à instrumentalidade dos *enforcement* público e privado**

No Brasil, identifica-se como desafio do Direito Antitruste o estímulo à reparação civil que está bastante distante de ser uma realidade concreta<sup>451</sup>. No relatório da OCDE denominado “*Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*” foram apontados os seguintes problemas e desafios no Brasil: a complexidade da análise econômica, da avaliação dos riscos e dos cálculos de danos; dificuldade quanto ao acesso aos documentos que comprovam os danos sofridos, como no caso do acordo de leniência; carência de uma cultura de reparação de danos; a lentidão do judiciário; a falta de conhecimento do juiz sobre o Direito Antitruste.

Na mesma direção, Gaban e Domingues<sup>452</sup> apontam que

Adiciona-se à questão, além da morosidade da Justiça, o descompasso encontrado no âmbito Judiciário para julgamento de ações dessa natureza que, por consequência, dificulta o proferimento de sentenças compatíveis com a realidade da matéria. Em outras palavras, embora juridicamente possível a ação de reparação no Brasil, a falta de familiaridade com o antitruste aliada à ausência de uma cultura de reparação são obstáculos reais no contexto do Poder Judiciário. Todavia, como mencionado, já se observa uma tendência de mudança dessa cultura no Brasil.

Nesse contexto, a arbitragem supera as dificuldades mencionadas. A um, pela possibilidade de escolher árbitros que possuem expertise na matéria do Direito Antitruste<sup>453</sup>, bem como economistas ou até mesmo peritos com experiência e capacidade para auxiliar na análise econômica e no cálculo do dano. A dois, é reconhecida a maior celeridade da arbitragem em comparação com o judiciário, sendo este, se não o maior, um dos maiores fatores levados em consideração para a escolha da resolução de conflitos por esta via. A três, a flexibilidade procedimental da arbitragem traz consigo a perspectiva de adequação à complexidade do caso, estabelecendo regras, fases, prazos, audiências singulares, podendo delimitar os pontos controversos de forma bastante específica e optar por ferramentas específicas de provas que facilitem a solução de um litígio cujo objeto envolve o Direito Antitruste.

---

<sup>451</sup> “*It must also be noted that there is not a strong culture of claiming damages in Brazil, which is a cultural obstacle to the proliferation of private enforcement in the field of antitrust*” (OCDE, 2015, p. 3). Sobre a subutilização da ação de reparação de danos no Brasil verificar Peixoto e Silva (2018); Gabbay e Pastore (2014); Dantas (2017).

<sup>452</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 354-355).

<sup>453</sup> É possível indicar advogados, que são reconhecidos e referências na área, ex-conselheiros e ex-funcionários do Cade, sem dúvidas rompe com a barreira da ausência de familiaridade com o Direito Antitruste.

A adequação de todo o procedimento arbitral às necessidades relacionadas à complexidade que acerca todo litígio concorrencial pode ser pensada pelas partes de forma a facilitar o processo, trazendo uma maior segurança para a solução do caso. Todos os aspectos positivos elencados trazem consigo uma maior segurança, elevado nível de tecnicidade e eficiência na aplicação do Direito Antitruste e alcance dos seus objetivos. Portanto, a arbitragem se desenha como um instrumento adequado para a expansão do *enforcement* privado.

Aliás, tal assertiva parece ser reconhecida e reforçada no Brasil. Este é o sentido que pode ser extraído do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei n.º 283/2016, em trâmite perante o Senado Federal. Os principais objetivos deste projeto de lei são estimular a proposição de ações de reparação de danos no âmbito privado e a dissuasão das práticas anticompetitivas. Dentre as alterações e as novas propostas, está a inserção do §16 no Art. 85<sup>454</sup> da LDC que prevê a possibilidade de obrigação do signatário do TCC, quando tiver a sua participação na conduta investigada reconhecida, a submeter ao juízo arbitral as controvérsias cujo objeto do pedido seja a reparação de prejuízos decorrentes de infrações anticompetitivas, desde que a parte prejudicada tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou com a sua instituição concorde expressamente<sup>455</sup>.

O fundamento para a inserção do parágrafo dado pela Comissão de Assuntos Econômicos foi:

Esse meio de resolução de conflitos tende a ser mais célere, o que seria um incentivo para a reparação de danos em um prazo razoável e um fator de dissuasão à prática de infrações à ordem econômica. No caso de reparação privada de danos concorrenciais, ainda há uma vantagem adicional: a confidencialidade das informações, importante para se evitar eventuais ações penais contra pessoas físicas, o que seria um incentivo à celebração de acordos de leniência, instrumento importante para a detecção e dissuasão de cartéis<sup>456</sup> (grifos nossos).

---

<sup>454</sup> Art. 85 [...] § 16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição.” O PLS 283/2016 está em fase final de tramitação na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS) e passou a ser apresentado como Projeto de Lei nº 11.275/2018.

<sup>455</sup> Este projeto de lei ainda prevê alterações e inserções como: i. o ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infração à ordem econômica; ii. limitação da responsabilidade dos signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de condutas aos prejuízos causados aos prejudicados, uma vez que não incidirá sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos outros infratores; iii. prescrição em 5 anos da pretensão da reparação, contada a partir da ciência inequívoca do ilícito.

<sup>456</sup> Brasil (2018, p. 9).

Ainda não houve a votação do PLS 283/2016<sup>457</sup>, contudo indica o reconhecimento do Poder Legislativo quanto à arbitrabilidade do Direito Antitruste e a funcionalidade da arbitragem.

O Cade também tem estimulado a expansão do *enforcement* privado ao propor regras que buscam promover a ação de reparação de danos e, ao mesmo tempo proteger a eficácia do TCC e do Programa de Acordo de Leniência. Trata-se da Consulta Pública nº 05/2016, da Minuta de Resolução, Minuta de Exposição de Motivos e da Nota Técnica nº 24/2016 da Superintendência-Geral, todas vinculadas à primeira. Nesses documentos, recomenda-se a “redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa aplicada aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, considerada nos termos do Art. 45 da Lei nº 12.529, de 2011”<sup>458</sup>.

Em que pese a inexistência de menção à arbitragem, o Cade deixa claro que o objetivo da autoridade antitruste é fomentar a reparação voluntária de danos concorrenciais tanto pela via judicial quanto pela extrajudicial<sup>459</sup>, mas principalmente por esta última<sup>460</sup>. O que conduz à possibilidade da reparação de danos por meio da arbitragem que também ensejará a redução da multa ou da contribuição pecuniária no âmbito administrativo.

A escolha pela arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos, em detrimento da via judicial, permite que a controvérsia seja sanada por tribunal especializado e com julgador de confiança das partes, possibilitando uma decisão mais acertada e célere, que propicie, de logo, a sua consideração na redução da multa administrativa ou contribuição pecuniária no âmbito dos TCCs e também no âmbito dos Acordos de Leniência.

Uma outra proposta de alteração com base nos documentos relacionados à Consulta Pública 05/2016 diz respeito à interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento de ação

---

<sup>457</sup> No dia 26 de dezembro de 2018 o PLS foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do Art. 65 da Constituição Federal.

<sup>458</sup> Cade (2016c). Na exata dicção do Art. 15 da Minuta de Resolução: “Art. 15. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar, no momento da negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, uma redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011”.

<sup>459</sup> Este termo é utilizado muitas vezes na Nota Técnica nº 24/2016 e na Minuta de Exposição de Motivos.

<sup>460</sup> “Define-se que a Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar, no momento da negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, uma redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa com relação aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial ou judicial (priorizando-se o primeiro em detrimento do segundo) no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011.” (CADE, 2016c, grifo nosso).

de reparação de danos anticompetitivos após a instauração do procedimento administrativo pela Superintendência-Geral<sup>461</sup>. O Cade pode fomentar ainda mais o incentivo à utilização da arbitragem ao prever, de forma expressa e direta, a interrupção da prescrição não apenas para a propositura de ação de reparação de danos no âmbito do Poder Judiciário, mas também nos casos de solução por meio da arbitragem<sup>462</sup>.

Assim, é possível defender que o *enforcement* privado tem, a toda sorte, uma relação instrumental, ainda que indireta, ao interesse público ínsito ao Direito Antitruste e com todo um constructo de verdadeira promoção da cultura da concorrência. Quanto maior a possibilidade de sua eficácia, maiores as possibilidades de detectar e responsabilizar os infratores pelos prejuízos causados. Dessa feita, a consequência é a dissuasão de práticas anticompetitivas e uma maior possibilidade de obediências das normas antitruste <sup>463</sup>.

Portanto, a utilização da arbitragem como meio de reparação de danos é uma vivaz possibilidade. A disseminação de uma cultura de litígios concorrenciais, principalmente pela via arbitral, tem o condão de funcionar como um desestímulo à prática ou mesmo à tolerância de infrações à ordem econômica<sup>464</sup>. O que, sem dúvidas, é um contributo para o fortalecimento do Direito Antitruste, trazendo benefícios como a redução de preços, estímulo à inovação, melhor qualidade dos bens e serviços ofertados, etc. Ao utilizar uma possibilidade para a reparação de danos que se apresenta com maior probabilidade de eficácia, conseqüentemente possibilita uma maior efetividade do Direito Antitruste.

Nesse sentido, a arbitragem é confirmada como instrumento do *enforcement* privado e como instrumento da política pública de defesa da concorrência, corroborando a tese de que não é um instrumento de mera técnica de decisão de litígio<sup>465</sup>. Para além, confirma-se a hipótese da arbitragem como instrumento de política pública de defesa da concorrência.

---

<sup>461</sup> A proposta consta na Minuta de Exposição de Motivos do Consulta Pública 05/2016 (CADE, 2016b) que sugere a inserção de dois parágrafos no Art. 47 da LDC com a seguinte redação: “Art. 47 [...] §1º A instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo. §2º O prazo prescricional para a ação do caput deste artigo é contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica”.

<sup>462</sup> Esta proposta de menção expressa à arbitragem é realizada por Rost (2018, p. 115-116). A autora ainda adverte que o mesmo pode ser aplicado ao PLS 283/2016, posto que também recomenda a interrupção da prescrição durante o processo ou inquérito administrativo no âmbito do Cade.

<sup>463</sup> Neste sentido Trabuco e Gouveia (2011, p. 23) explicam que “[n]a esmagadora maioria dos casos a defesa do direito da concorrência é deixada quase exclusivamente na esfera da actividade das autoridades públicas, sujeita a recurso para os tribunais nacionais competentes. A promoção do *private enforcement*, como é geralmente identificado este conjunto de propostas da Comissão, tem o intuito de garantir a existência de condições eficazes e uniformes nos vários Estados para que os lesados possam obter reparação pelos danos sofridos em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio da concorrência”.

<sup>464</sup> Jimenez (2017, p. 226-227).

<sup>465</sup> Trabuco e Gouveia (2011, p. 23) também concluem pelo carácter instrumental da possibilidade de uma indenização: “possibilidade de obtenção de uma indemnização plena junto dos tribunais nacionais é, assim, o mais importante princípio orientador dos documentos aprovados pela Comissão Europeia. Contudo, este princípio tem

Ademais, é possível depreender uma complementação do *enforcement* privado perante o *enforcement* público, pois aquele fortalece a eficácia do Direito Antitruste ao contribuir para a dissuasão (*deterrence*) e também para a sua própria difusão; o que significa que a maior possibilidade de reparação de danos enseja uma maior probabilidade de comportamentos pró-concorrenciais. Em que pese uma separação em termos de competência na aplicação, os *enforcements* público e privado se complementam e interagem, sendo a arbitragem um instrumento capaz de catalisar ambos os *enforcements* e, conseqüentemente, a política pública de defesa da concorrência e o alcance de seus objetivos.

Três são as conseqüências positivas extraídas pela possibilidade da utilização da arbitragem no âmbito do *enforcement* privado: i. efetivo ressarcimento dos danos sofridos pelos lesados de forma mais célere; ii. um endereçamento eficaz do conflito de incentivos por que passa o signatário do Acordo de Leniência que sempre se expõe à reparação civil<sup>466</sup>; iii. dissuasão das condutas anticompetitivas.

#### **4.5 Instrumentalização do *enforcement* público pela arbitragem**

A escolha pela a análise do controle de estruturas ocorre exatamente por, neste momento, esta ser a realidade premente no Brasil, consubstanciada na utilização de cláusula arbitral em ACC. Com efeito, para além da utilização no *enforcement* privado, há um espaço para a arbitragem no âmbito do *enforcement* público.

---

de algum modo uma natureza instrumental relativamente ao objectivo de defesa da concorrência como interesse público e mesmo em relação à construção de uma verdadeira cultura de concorrência.” No mesmo sentido é o entendimento da Comissão Europeia exposto no Livro Branco sobre ações de indenização por descumprimento de regras comunitárias no domínio antitruste: “A existência de mecanismos eficazes para as pessoas singulares permite igualmente aumentar a probabilidade de detectar um maior número de restrições ilegais da concorrência e de responsabilizar os infractores pelos danos causados. Por conseguinte, uma melhoria dos mecanismos de compensação produzirá igualmente de forma automática efeitos benéficos de dissuasão em termos de infracções futuras e de respeito das regras comunitárias antitrust. A salvaguarda de uma concorrência não falseada faz parte integrante do mercado interno e é um elemento importante na perspectiva da aplicação da estratégia de Lisboa. Uma cultura de concorrência contribui para uma melhor afectação dos recursos, uma maior eficiência económica, um aumento da inovação e preços mais baixos” (COMISSÃO EUROPEIA, 2008, p. 3).

<sup>466</sup> A redução da multa e da contribuição pecuniária pela comprovação da reparação de danos civis extrajudicialmente, somada à limitação da responsabilidade do signatário do Acordo de Leniência que se tornaria responsável apenas pela reparação aos seus clientes e fornecedores, não respondendo solidariamente pelos danos causados pelos outros coautores da conduta ilícita anticompetitiva (proposta encontrada no mencionado PLS nº 283/2016 e nos documentos referentes à Consulta Pública 05/2016), reduz o impacto financeiro e aumenta a atratividade do Programa de Leniência brasileiro.

#### 4.5.1 Controle de estrutura e acordos em atos de concentração (ACCs)

É inconteste que operações empresariais<sup>467</sup> podem envolver significativa concentração de mercado, podendo apresentar aspectos negativos ou positivos. Os aspectos negativos estão vinculados a uma potencialização de condutas unilaterais ou coordenadas que podem propiciar o exercício abusivo de posição dominante (possível de ser adquirida ou mesmo reforçada) ou pela facilitação da colusão. A potencialidade de ilícitos anticompetitivos também passa pelo acesso às *essential facilities*, aumento de preços, *patent pools*, redução do ritmo de inovações, redução tanto da qualidade quanto da variedade de produtos ou serviços. A casuística do antitruste transborda para além da análise, atingindo também as formas e ferramentas utilizadas para que se possa perseguir a finalidade maior de manutenção da concorrência e, principalmente, da eficiência dos mercados

Os aspectos positivos relacionam-se com as potenciais eficiências qualitativas e/ou quantitativas (ganhos de eficiência) como: “eventuais incrementos de produtividade e competitividade derivados dos ganhos de eficiência específica da operação; melhorias na qualidade dos produtos; maior diversidade de produtos, introdução de uma tecnologia melhor, etc.”<sup>468,469</sup>. Em outras palavras, caso a operação proporcione incremento do bem-estar social e econômico, capaz de ser repassado ao consumidor, é possível a aceitação e redução do nível de concorrência de um determinado mercado.

A aprovação das operações é admitida pelo Cade, ainda que verificados efeitos anticompetitivos negativos, por meio de um juízo de ponderação que deve levar em consideração as eficiências causadas pela operação e os prejuízos concorrenciais<sup>470</sup>. Os benefícios devem superar os prejuízos. Contudo, a aprovação é condicionada à observância dos limites para o alcance dos objetivos, a produtividade ou concorrência crescente, a melhoria na qualidade dos produtos e dos serviços, o desenvolvimento tecnológico e/ou econômico e a redistribuição aos consumidores dos benefícios decorrentes da concentração<sup>471</sup>.

---

<sup>467</sup> As operações empresariais revestem-se das mais diversas formas e modalidades como: aquisições, fusões, *joint venture*, acordos de cooperação, contratos associativos, industrialização por encomenda, etc. (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 143).

<sup>468</sup> Guia para análise de atos de concentração horizontal (CADE, 2016d, p. 8).

<sup>469</sup> Frazão (2017a, p. 111).

<sup>470</sup> “Contudo, mesmo trazendo prejuízos à concorrência, implicando conquista ou reforço de posição dominante, ou mesmo domínio de mercado, as práticas concentracionais podem ser realizadas, desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos concorrenciais. Para tanto, é preciso que a concentração seja autorizada pelo CADE, nos termos do art. 88 da Lei Antitruste” (FORGIONI, 2018a, p. 435).

<sup>471</sup> Art. 88, §6º da LDC.



A avaliação dos impactos concorrenciais dos atos de concentração realizada pelo SBDC deve levar em consideração tanto uma abordagem estrutural quanto uma abordagem comportamental. A finalidade é verificar os cenários de atos de concentração que podem ou não ensejar a intervenção estatal por trazer efeitos anticompetitivos, seja quando da formação de uma estrutura de mercado ou pela necessária restrição da liberdade econômica comportamental<sup>472</sup>. A finalidade do controle de estruturas, portanto, evidencia-se não como imposição de sanção, mas no exame de aprovação, rejeição ou aprovação com restrições de determinado ato de concentração, prevenindo a formação de estruturas e comportamentos considerados anticoncorrenciais. Essa análise inclui cinco etapas: i. delimitação do mercado relevante; ii. determinação da participação e controle de mercado; iii. probabilidade do exercício do poder de mercado; iv. análise de eficiências advindas da operação; avaliação dos custos e dos benefícios grados ao bem-estar social<sup>473</sup>.

O Art. 88 da LDC estabelece que as partes envolvidas na operação são obrigadas a notificar previamente o Cade sobre as concentrações em que: i. 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, o montante equivalente ou superior a R\$750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); ii. e ao 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, o montante equivalente ou superior a R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)<sup>474</sup>. Os critérios são objetivos e cumulativos e denotam que a preocupação principal é com os atos de concentração que possam derivar na dominação de mercado e/ou em prejuízos para a livre concorrência. A consumação de ato de concentração que se subsume aos critérios mencionados antes do pronunciamento pelo Cade configura *gun jumping*<sup>475</sup> e poderá ensejar a nulidade da operação e a aplicação de multa.

---

<sup>472</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 106).

<sup>473</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 144). Para uma detida análise de cada uma das etapas, cf. Gaban e Domingues (2016, p. 105-122) e Frazão (2017a, p. 139-157).

<sup>474</sup> Portaria Interministerial n.º 994/2012.

<sup>475</sup> “Entende-se por ‘*gun jumping*’ (ou ‘*jumping the gun*’) a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar favoravelmente, ou não, à operação submetida a análise” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 136). No Guia para análise de consumação prévia de atos de concentração econômica, o Cade enumera e explica algumas atividades que podem levar a caracterização do *gun jumping* como: troca de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração, definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos e as atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração. Gaban e Domingues destacam as principais hipóteses de consumação prévia de uma operação e abordam de forma mais detalhada mecanismos comportamentais e contratuais para a prevenção da incidência do *gun jumping* como o *clean teams* e o *parlor romms* (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 135-141). A LDC estabelece duas exceções à proibição de consumação prévia de atos de concentração.

O processo de análise da operação de ato de concentração econômica compete, inicialmente, à Superintendência-Geral do Cade (SG) que pode proferir as seguintes decisões: i. aprovar o ato sem restrições; ii. oferecer impugnação ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Cade quando compreender que o ato deve ser rejeitado, aprovado com restrições ou concluir pela inexistência de elementos que possibilitem a aferição dos efeitos no mercado<sup>476</sup>.

O Tribunal do Cade, para além de analisar os atos de concentrações que lhe são encaminhados, pode avocar os casos decididos de forma monocrática pela SG. A avocação ocorre por despacho fundamentado de Conselheiro no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da publicação da decisão pela SG que aprovou o ato de concentração<sup>477</sup>. Neste mesmo prazo, terceiros interessados e habilitados no processo podem interpor recurso ao Tribunal do Cade com o objetivo de questionar a aprovação do ato de concentração pela SG, fundamentando o pedido e apontando adequadamente os efeitos negativos da operação<sup>478,479</sup>. No caso de impugnação do ato de concentração pela SG, os requerentes podem apresentar impugnação perante o Tribunal do Cade no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de impugnação da SG<sup>480</sup>.

Durante o julgamento do pedido de aprovação, o Tribunal do Cade, assim como pode proceder a SG, pode decidir: i. pela aprovação incondicional da operação; ii. pela aprovação parcial com imposição de restrição ou adoção de remédios; iii. pelo veto da operação<sup>481</sup>. Quanto

---

<sup>476</sup> Art. 57, incisos I e II da LDC.

<sup>477</sup> Gaban e Domingues explicam que caso o Tribunal do Cade opte pela avocação, que necessariamente ocorrerá por despacho de Conselheiro e dentro do prazo de 15 dias contados a partir da publicação da decisão da SG que aprovar o ato de concentração, o Conselheiro que proferiu o despacho torna-se prevento para os atos subsequentes. “Quanto ao despacho de avocação, o Plenário do Tribunal poderá se posicionar, conforme o art. 131, (I) [do RICADE] pela confirmação da decisão da SG no sentido de aprovação do ato de concentração; (II) pela manutenção do despacho de avocação, com possibilidade de solicitação de instrução complementar. Na hipótese de manutenção do despacho de avocação, será feito sorteio para distribuição a Conselheiro Relator. Durante o processamento do despacho de avocação, o ato de concentração econômica e sua respectiva execução ficarão suspensos até que venha a decisão do Tribunal do Cade sobre a questão” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 164).

<sup>478</sup> O terceiro deve apontar especificamente os aspectos que podem implicar na eliminação da concorrência e reforçar a posição dominante ou a dominação de mercado relevante de bens e serviços.

<sup>479</sup> “Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora; II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento” (RICADE).

<sup>480</sup> Cf. Art. 124 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RiCade e Art. 58 da LDC.

<sup>481</sup> “Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

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

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;  
II - a cisão de sociedade;

à hipótese de aprovação com restrições, o Cade pode utilizar dos chamados remédios que permitem a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, possibilitando a preservação das eficiências advindas de uma determinada concentração econômica.

Assim, com o estabelecimento dos remédios, o ato de concentração pode ser autorizado, preservando as eficiências líquidas da operação e tutelando a concorrência a partir de um juízo de ponderação dos efeitos anticompetitivos do ato. Em outras palavras, os remédios devem ser utilizados quando se verifica a possibilidade de restrição de condutas em vista das eficiências decorrentes de determinada operação. Preservam-se as eficiências e evita-se ou são minimizadas condutas anticoncorrenciais<sup>482</sup>.

São dois os formatos concebidos pelos remédios antitrustes: estruturais e comportamentais. Os primeiros podem assumir a forma de venda de ativos tangíveis ou intangíveis (transmissão definitiva de direitos e ativos), desinvestimentos de uma unidade de negócio, alienação do controle societário, transmissão de direitos de propriedade intelectual (marcas e patentes, por exemplo), ou seja, altera a organização dos agentes econômicos. Enquanto os remédios comportamentais podem assumir a forma de obrigações de práticas financeiras, comerciais ou econômicas das partes envolvidas no ato de concentração tais como: imposição de não discriminação de preços, garantia de acesso a infraestruturas ou tecnologias essenciais (*essential facilities*), suspensão ou eliminação de cláusulas de exclusividade, licenciamento obrigatório de propriedade intelectual, dever de fornecer insumos ou acesso a ativos-chave para concorrentes verticalmente relacionados, separação contábil e jurídica de atividades, dentre outros <sup>483, 484</sup>.

As restrições estruturais e comportamentais podem ocorrer de forma unilateral (restrição imposta pelo Cade para a aprovação da operação) ou por meio de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs).

Os ACCs são instrumentos que a autoridade antitruste brasileira tem utilizado para a aprovação dos atos de concentração com restrições, privilegiando as soluções negociadas em

---

III - a alienação de controle societário;

IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;

V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§ 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo”.

<sup>482</sup> Cabral (2016, p. 58).

<sup>483</sup> Guia de Remédios Antitruste (Cade, s/d., p. 12).

<sup>484</sup> Nos mesmos termos, verificar os textos que embasaram a apresentação dos remédios antitruste: Gaban e Domingues (2016, p. 164-166); Guia de Remédios Antitruste (Cade, s/d., p. 10-12); Cabral e Mattos (2016, p. 58) e Frazão (2017a, p. 159-161).

detrimento de imposições unilaterais<sup>485</sup>. Trata-se de instrumento em que os agentes econômicos envolvidos no ato se comprometem a realizar ou deixar de realizar certos comportamentos que indicam ou identificam efeitos concorrenciais negativos. Seu objetivo “é estabelecer condições para a aprovação do ato, com cláusulas que visam eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica”<sup>486</sup>.

O requerimento para buscar acordo com o Cade pode ocorrer em qualquer momento, a partir da data da notificação prévia do ato de concentração até 30 (trinta) dias após a impugnação pela SG<sup>487</sup>. As propostas do ACC, inclusive quando negociado diretamente na SG, obrigatoriamente são encaminhadas ao Tribunal do Cade para homologação, sempre em conjunto com a impugnação do ato de concentração<sup>488</sup>. Assim, a aprovação do conteúdo do ACC deve ser realizada pelo Plenário do Tribunal do Cade, permanecendo sob a responsabilidade da SG indicar as condições para a celebração do acordo e para a fiscalização do seu cumprimento<sup>489</sup>.

Tão logo, o Acordo em Controle de Concentração é ferramenta que auxilia tanto na fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes signatárias do ato de concentração quanto na promoção de defesa da concorrência<sup>490</sup>.

#### **4.5.2 O monitoramento do cumprimento das obrigações assumidas nos ACCs: um ciclo vicioso**

Se há um conjunto de debates sobre o papel da eficiência no julgamento de atos de concentração, insere-se aí o monitoramento do cumprimento das obrigações assumidas nos ACCs, principalmente quanto aos remédios comportamentais.

---

<sup>485</sup> Gaban e Domingues (2016, p. 165). Os professores afirmam que há uma tendência de maior utilização de soluções negociadas entre o Cade e os agentes econômicos envolvidos no ato de concentração. Esta tendência é comprovada por Cabral (2014, p. 65-69), que analisou os números de soluções negociadas e de soluções não negociadas e comprovou uma alteração de contexto. De 1995 até 2007 predominaram as soluções não negociadas, enquanto que o número de soluções negociadas passa a ser maior a partir de 2008.

<sup>486</sup> Forgioni (2018a, p. 440).

<sup>487</sup> “Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação.” (RICADE).

<sup>488</sup> “Art. 125 [...]”

§2º As propostas de ACC serão submetidas à aprovação pelo Tribunal.

§3º O ACC negociado na Superintendência-Geral deverá ser encaminhado ao Tribunal, para homologação, juntamente com a impugnação do referido ato de concentração.” (RICADE).

<sup>489</sup> Forgioni (2018a, p. 440).

<sup>490</sup> Esta compreensão pode ser depreendida em Cavalcanti (2015, p. 31).

A maior parte dos remédios comportamentais são utilizados quando o Cade vislumbra a possibilidade de o ato de concentração ter como eficiência negativa a possibilidade de condutas discriminatórias ou exclusionárias, relacionadas principalmente à questão de acesso a determinados produtos, serviços e infraestruturas e à discriminação quanto aos preços e condições de uso. Assim, o remédio comportamental não tem um endereçamento a um terceiro ou contrainteressado, a um agente econômico específico e determinado, como também se relacionam a um comportamento futuro das Compromissárias. Significa dizer: as cláusulas que estipulam os comportamentos que os signatários do ACC devem cumprir são, em termos de endereçamento, abertas e destinadas a quaisquer terceiros interessados, por exemplo, a ter acesso a uma determinada infraestrutura ou mesmo a uma patente ou produto<sup>491</sup>.

Soma-se que, quando o remédio busca facilitar a entrada de novos *players* em um determinado mercado no qual dependem de acesso a uma infraestrutura ou serviço pertencente à empresa signatária do ACC, esta dificilmente colaborará. Isso porque, o novo entrante normalmente é um potencial concorrente. Dessa feita, a autoridade antitruste necessita criar incentivos para que o compromisso seja efetivamente cumprido<sup>492</sup>.

Não se pode olvidar, ainda, que a fiscalização da transmissão definitiva de direitos e ativos (característica dos remédios estruturais) é mais palpável<sup>493</sup> do que, por exemplo, garantia de acesso a infraestruturas ou tecnologias essenciais ou não discriminação de preços (remédios comportamentais) que exigem fiscalização, monitoramento e *enforcement* por um período maior.

O fato de se tratar de remédios destinados a terceiros indeterminados e de um comportamento futuro da nova empresa constituída pelo ato de concentração, exige da autoridade antitruste uma fiscalização constante e de conseqüente alto investimento, com o intuito de assegurar a efetividade da implementação do remédio comportamento.

---

<sup>491</sup> No tópico sobre os estudos dos ACCs que estabeleceram a utilização da arbitragem, ficará bastante evidente que os remédios comportamentais são estipulados pelo Cade nos casos de condutas discriminatórias ou exclusionárias, como também se destinam a terceiros não identificados previamente e se relacionam com questões de acesso a produtos, serviços e infraestruturas.

<sup>492</sup> Motta (2005, p. 270).

<sup>493</sup> Ao defender que os remédios estruturais são mais palpáveis, queremos dizer que a venda de um ativo (desinvestimento), por exemplo, é mais fácil de ser verificada do que a prática de condutas não-discriminatórias quanto ao acesso a determinado serviço. Isso não significa que os remédios estruturais não apresentem também problemas e dificuldades, uma vez que “[...]a literatura também aponta limitações inerentes aos remédios estruturais. Entre tais limitações estão a assimetria de informação entre a autoridade e as requerentes, elevação da possibilidade de efeitos pró-colusivos, o risco de alienar ativos a compradores inadequados, risco de intervenção excessiva e eliminação de eficiências importantes” (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 68-69). Dentre as dificuldades e os problemas quando se fala de desinvestimento, podemos citar: i. preferência que o comprador não seja um concorrente, o que acaba por caracterizar uma conduta exclusionária; ii. possibilidade de deterioração do ativo que pode ocorrer enquanto a venda não seja efetivada. (Ibid., p. 69).

Ademais, na grande parcela dos casos, o monitoramento das decisões ocorre pela apresentação de relatórios pelos signatários do ACC<sup>494</sup>, muito possivelmente por ser o menos oneroso e por atender à estrutura diminuta do Cade, fato que também dificulta o monitoramento. Assim, a fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas é limitada a uma análise de um documento apresentado pelos próprios agentes econômicos, o que nem sempre pode repercutir a veracidade sobre o cumprimento das obrigações assumidas, dificultando tanto a execução do ACC como a sua efetividade.

Neste sentido, Ana Frazão acentua:

Há certo consenso na jurisprudência e na literatura antitruste de que, na grande maioria dos casos, a adoção de restrições comportamentais apresenta problemas, seja pela necessidade de monitoramento constante por parte da autoridade antitruste, o que envolve dispêndio de recursos e acesso a informações nem sempre disponíveis ou possíveis, seja por se mostrarem inadequados pra solucionar os problemas concorrenciais gerados<sup>495</sup>.

Quatro são, portanto, os problemas advindos da utilização dos remédios comportamentais: i. necessidade de monitoramento constante; ii. alto custo para a fiscalização do cumprimento do ACC; iii. informações nem sempre precisas; iv. dificuldade quanto a sua implementação<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Cabral (2014, p. 95) e também Veríssimo (2017, p. 334). Patrícia Semensato Cabral (2014, p. 98): “Com relação ao acompanhamento de decisões (V.6), verifica-se que se trata de monitoramento formalista, na maioria dos casos sem o auxílio de um terceiro independente – por exemplo, uma auditoria ou trustee – e com elevado grau de dependência das declarações unilaterais apresentadas pelas requerentes.”

<sup>495</sup> Frazão (2017a, p. 159-160). A Comissão Europeia também reconhece a dificuldade do monitoramento dos compromissos assumidos quando da aplicação de remédios comportamentais: “*However, given the long duration of non-divestiture commitments and their frequent complexity, they often require a very high monitoring effort and specific monitoring tools in order to allow the Commission to conclude that they will effectively be implemented.*” (COMISSÃO EUROPEIA. EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control Situation as at 1<sup>st</sup> December 2014. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>>. Acesso em: 10 mai. 2019, p. 257). No mesmo sentido, Massimo Motta (2004, p. 269-270) quando aborda os problemas relacionados aos remédios comportamentais: “*When the AA [Anti-trust Authority] identifies the risk of foreclosure, for instance, short of divestiture (that might be unfeasible, as the very reason behind the merger might precisely be to integrate vertically related or complementary activities) behavioral remedies are difficult to administer and not likely to be successful unless there is monitoring. Foreclosure or discriminated access might take different form, from obvious (say, bluntly refusing to supply an input) to more subtle ones (increasing prices, reducing quality, blaming insufficient capacity to justify missed shipments, delaying supplies, reduce accessory services and so on). Therefore, a remedy that calls for an obligation to non-discrimination might not be easily enforceable (as just mentioned, discrimination might often occur at different levels and with different features). [...] Behavioural remedies may also be problematic when they aim at facilitating market entry by ensuring that competitors have access to a key technology. Often, the implementation of this kind of remedy requires a (transitory) period of collaboration between the merged entity, on the one hand, and the third party to which access is going to be provided, on the other hand. In such cases, this third party is usually an actual or potential competitor and, therefore, it is extremely difficult to ensure that the merged entity will have the right incentives to effectively collaborate during a pre-defined transitory period to make entry by this third party.*”

<sup>496</sup> Estes problemas serão visualizados quando da análise dos ACCs que estipulam cláusula compromissória.

A fiscalização do cumprimento dos ACCs, portanto, tem se mostrado bastante complexa, o que facilita ou mesmo incentiva o descumprimento pelas empresas signatárias<sup>497</sup>, reduzindo a eficácia do ACC e, conseqüentemente, do próprio *enforcement* público e do Direito Antitruste, prejudicando a consecução de seus objetivos. A grande dificuldade, para além da fiscalização é criar incentivos para que a nova empresa constituída pelo ato de concentração cumpra o seu compromisso. Dessa forma, há uma notória fissura nos ACCs, a qual pode gerar incentivos para que o agente econômico atue de forma anticoncorrencial ou descumpra os compromissos assumidos. Dito de outra forma, as empresas envolvidas em concentrações empresariais têm maior probabilidade de adotarem práticas anticompetitivas, na medida em que reconhecem a reduzida eficácia da fiscalização realizada pela autoridade antitruste. Ao mesmo tempo, inexistente um incentivo para que os agentes econômicos contrainteressados (entrantes) possam auxiliar na fiscalização e obter o acesso a determinados produtos, serviços e infraestrutura de forma mais célere e eficaz<sup>498</sup>. Há uma ausência de indutor de comportamento pró-competitivo que impede que o controle de estruturas alcance sua plenitude quando da utilização de remédios comportamentais. Este cenário cria o que chamamos de Ciclo Vicioso (Figura 1).

---

<sup>497</sup> Forgioni (2018a, p. 441). “Também se afirma que a própria 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”.

<sup>498</sup> Um dos caminhos para o terceiro contrainteressado prejudicado é a denúncia ao Cade, o que enseja apenas medidas administrativas e um processo-administrativo que possui dois problemas: incerteza da decisão e o tempo de sua duração. O outro caminho, quando a intenção é buscar a reparação por eventuais prejuízos, é a propositura de ação de reparação de danos perante o Poder Judiciário que, conforme já tratamos, possui alguns aspectos negativos como a ausência de conhecimento sobre Direito Antitruste, a demora na solução do conflito e as despesas judiciais.

Figura 1 – Ciclo vicioso do monitoramento/cumprimento das obrigações assumidas em ACCs



Fonte: Elaborada pelo autor.

É exatamente neste contexto de problemas mencionados e, principalmente, de baixo grau de eficiência do cumprimento do ACC que se insere a alternativa da arbitragem, uma vez que o Cade dela se utilizou com o objetivo de impulsionar a efetividade dos remédios comportamentais e auxiliar no monitoramento do cumprimento dos compromissos assumidos pelas compromissárias<sup>499</sup>.

Contudo, devido à competência exclusiva do Cade quanto à aplicação do *enforcement* público e da responsabilidade pelo monitoramento e acompanhamento dos compromissos, é preciso verificar se a forma como a autoridade antitruste está utilizando a arbitragem enseja a delegação de competência que lhe é exclusiva<sup>500</sup>, bem como se respeita os limites da inter-relação entre arbitragem e concorrência apresentados neste trabalho.

<sup>499</sup> Ao encontro do que será demonstrado e analisado adiante, a estipulação da arbitragem pode ser encontrada em quatro ACCs: Caso ICL/Fosbrasil (2014); Caso ALL/RUMO (2015); Caso Bovespa/Cetip (2017); Caso At&T/TimeWarner (2017).

<sup>500</sup> A OCDE também chama a atenção para o fato de que a autoridade antitruste não pode delegar a sua competência exclusiva ao aduzir que “[t]here are also limits to the extent competition authorities can adopt arbitration proceedings. The EU cannot delegate its powers to an arbitral tribunal, and it remains the overall body responsible for the monitoring of commitments” (OCDE, 2010, p. 16).



Nesse passo, a partir da análise dos casos em que o Cade utilizou da arbitragem no âmbito dos ACCs, três são os objetivos: i. analisar se as controvérsias submetidas à arbitragem respeitam o critério e os limites da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem; ii. verificar se há delegação de competência; e iii. examinar se a arbitragem instrumentaliza a consecução dos objetivos do Direito Antitruste, aumentando a possibilidade de eficiência do seu *enforcement*.

### **4.5.3 O uso da arbitragem na jurisprudência do Cade**

#### **4.5.3.1 Caso ICL/Fosbrasil – 2014<sup>501</sup>**

O ato de concentração referente à dissolução de uma *joint venture* denominada Fosfobrasil S.A. (Fosfobrasil) formada entre o Grupo Israel Corporation Ltda (Grupo ICL), o Grupo Vale e o Grupo Prayon S.A. Esta dissolução ocorreria por meio da aquisição das ações pertencentes ao Grupo Vale pela empresa Bromisa Industrial Ltda (Bromisa) pertencente ao Grupo ICL.

Como a ICL Brasil Ltda. (ICL Brasil) pertencente ao Grupo ICL, detinha à época 44,25% da Fosfobrasil, com a aquisição da totalidade das ações pertencentes ao Grupo Vale, que representava os mesmos 44,25%, o Grupo ICL passaria a deter 88,5% das ações da Fosfobrasil, o que consolidaria o seu controle na empresa.

Ocorre que a Fosfobrasil fornece Ácido Fosfórico de Grau Alimentício (PPA) para a ICL Brasil que o utiliza na produção de sais de fosfato, sendo certo que a operação caracterizaria uma integração vertical entre as duas empresas. Significa dizer que o Grupo ICL, detendo o controle da Fosfobrasil teria capacidade e incentivos para fechar o mercado de PPA ou até mesmo utilizar práticas discriminatórias na negociação do insumo com seus concorrentes, principalmente pelo fato de o produto ser utilizado em diversos segmentos no mercado brasileiro. Tal fato poderia reduzir ou eliminar a concorrência no mercado de sais de fosfato, bem como causar prejuízos ao consumidor. Outra alternativa não houve se não a restrição da pretendida concentração, conforme recomendado pela própria SG, entendendo que se tratava

---

<sup>501</sup> Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda. e ICL BRASIL LTDA. Relatora: Ana Frazão. Data de Julgamento: 10.12.2014. (Doravante Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47)

de uma situação concorrencial preocupante, a qual deveria ter seus remédios minuciosamente estudados caso se quisesse aprovar o ato de concentração<sup>502</sup>.

Diante dos efeitos negativos concorrenciais apontados no Parecer Técnico da SG, as partes propuseram ao Cade um ACC como forma de garantir que os efeitos nocivos à concorrência seriam mitigados, quais sejam, fechamento de acesso ao PPA e estipulação de preços discriminatórios aos concorrentes da ICL Brasil ou mesmo a eventuais entrantes. O remédio comportamental apresentado obrigava a Fosfobrasil a celebrar contratos de fornecimento de PPA pelo prazo de oito anos com todos os produtores de sais de fosfato do Brasil, sendo que o preço de venda não poderia ultrapassar o preço de venda mais recente realizada ao cliente comprador, devendo ser fixado com as regras usuais de mercado e em atenção à boa-fé objetiva.

No entanto, tal remédio comportamental levaria a um questionamento: o valor a ser fixado pelas empresas estaria ou não respeitando as condições usuais do mercado e a boa-fé objetiva? Diante da dúvida, o Cade viu-se face à necessidade de estabelecer parâmetros mais específicos, o que o obrigaria a estipular critérios de fixação de preços,

[...] o que, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança e erro, diante da assimetria de informação, também imputaria ao CADE um elevado ônus de monitoramento.

264. Para evitar esses percalços, sem que fosse necessário estabelecer um parâmetro fixo de preços, o ACC prevê o recurso à arbitragem, de forma que, em caso de recusa da Fosbrasil em negociar de forma não discriminatória, o CADE poderá determinar que a solução da controvérsia seja submetida à decisão arbitral<sup>503</sup>.

Assim, é possível depreender que a arbitragem foi utilizada para que o Cade não precisasse estipular critérios fixos de preço de venda do PPA, bem como um auxílio ao monitoramento do cumprimento das obrigações assumidas no ACC.

---

<sup>502</sup> “206. A análise aqui efetuada demonstrou que a presente operação é capaz de proporcionar às requerentes incentivos relevantes ao fechamento do mercado de PPA aos demais fabricantes de sais de fosfato no downstream, ou a eventuais condutas discriminatórias. 207. Contudo, como se verificou, esses incentivos foram relativizados por conta de fatores tais como a ausência, atualmente, de capacidade ociosa suficiente por parte da ICL e a existência de importações em nível razoável em alguns mercados. 208. Por outro lado, a existência de margens de lucro superiores no mercado de sais de fosfato, ausência de importações nos mercados mais significativos, a presença de capacidade ociosa da ICL em relação a alguns sais e o aumento das barreiras à entrada são elementos anticompetitivos significativos. Ademais, não se pode desprezar o fato de que, com o tempo, eventuais investimentos da ICL em capacidade produtiva podem reduzir os atuais desincentivos de discriminação. 209. O que se tem, em conclusão, é uma situação concorrencial preocupante, com alguns elementos potencialmente deletérios que não podem ser desprezados. Entende-se que a adoção de remédios potencialmente capazes de atenuar esse cenário é necessária, sem prejuízo de que o desenho das eventuais restrições leve em consideração os elementos pontuais que desincentivam comportamentos anticompetitivos e que sejam proporcionais ao problema identificado, na medida do possível.” (Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47 - trecho do parecer da Superintendência-Geral).

<sup>503</sup> Voto da Relatora, Ana Frazão (Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47).

Na cláusula que estipulou a utilização da arbitragem, foi determinado que a ICL escolheria e o Cade aprovaria o árbitro ao qual caberia apenas opinar sobre a controvérsia, reenviando a opinião exarada para o Cade, que decide fundamentadamente acerca da controvérsia<sup>504</sup>. Com isso, o Conselho busca garantir seu poder de decisão sobre o caso de forma que seus custos de verificação sejam mais baixos, além de garantir maior eficiência ao mercado. Nas palavras da relatora, Ana Frazão, em seu voto: “[...] o ACC resguarda a competência do CADE, prevendo expressamente que a decisão final relativa ao descumprimento do ACC caberá ao SBDC, independentemente do resultado da arbitragem”<sup>505</sup>.

O caso vem a ser o primeiro a utilizar a arbitragem no âmbito do ACC. Todavia, há de se denotar que o árbitro atua como consultor, emitindo opinião e não decisão que põe fim à controvérsia, ficando a cargo do Cade a decisão sobre o conflito. Tão logo, não é possível falar que se trata de arbitragem propriamente dita, uma vez que o árbitro sequer emite decisão capaz de vincular as partes. Verifica-se, em verdade, uma imprecisão técnica quando da utilização do termo<sup>506</sup>.

A despeito de não se subsumir a uma arbitragem propriamente dita, tem-se neste caso o conceito que confirma e reforça a principal hipótese da presente pesquisa<sup>507</sup>, na medida em que o uso da arbitragem visa instrumentalizar o *enforcement* público ao buscar maior efetividade ao cumprimento do ACC e, conseqüentemente, o fortalecimento do acesso ao produto e da garantia à não-discriminação. Desta feita, afiança-se ao acordo um viés prático e um indicativo de maior eficiência para os fins do antitruste.

#### 4.5.3.2 Caso ALL/RUMO – 2015<sup>508</sup>

O ato de concentração “ALL/RUMO” referia-se à incorporação da ALL (América Latina Logística S.A.) pela Rumo (Rumo Logística Operadora Multimodal S/A) envolvendo os

---

<sup>504</sup> A Cláusula 3.6.2 do ACC destaca o árbitro como “consultor” e o necessário reenvio da opinião exarada pelo árbitro para o Cade que decidirá sobre a controvérsia: “A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) - que será apontado pela ICL Brasil e referendado pelo CADE - será então submetida ao CADE para que esse tome uma decisão fundamentada. A opinião do(s) árbitro(s) será limitada a determinar se a Fosbrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil.” (Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47).

<sup>505</sup> Voto da Conselheira Relatora, Ana Frazão (Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47).

<sup>506</sup> Retomaremos o tema sobre a natureza da arbitragem deste caso ao final da análise do próximo caso, oportunidade que será melhor elucidada esta questão.

<sup>507</sup> A arbitragem como instrumento de política pública de defesa da concorrência.

<sup>508</sup> Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Data de Julgamento: 25.02.2015. (Doravante Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65)

mercados de transporte ferroviário de cargas, produção e distribuição de açúcar e combustíveis na Região Centro-Sul, logística multimodal de açúcar e combustíveis e armazenagem e movimentação portuária de grãos vegetais e açúcar.

Ao analisar o caso, a Superintendência-Geral apontou a existência de determinadas preocupações concorrenciais que deveriam ser superadas, a saber: exercício de poder de mercado através de condutas como venda casada; acesso à informação concorrenciaismente sensível; dificuldades de novos *players* em mercados verticalmente relacionados; imposição de barreiras à entrada; e práticas de difícil monitoramento pelo poder público<sup>509</sup>.

Diante dos feitos competitivos negativos, foi proposto um minucioso ACC, buscando trazer a superação de todos os riscos competitivos analisados no caso, com a inserção de uma “cláusula arbitral”.

O Tribunal do Cade, na mesma direção da SG, indicou que as integrações verticais identificadas possuíam potencial lesivo e poderia provocar os seguintes efeitos anticompetitivos: “[...] adoção de estratégias de discriminação na prestação do serviço, fechamento de mercado, acesso a informações concorrenciaismente sensíveis de concorrentes e prática de venda casada anticoncorrencial”<sup>510</sup>.

Para mitigar os efeitos anticompetitivos, o Tribunal buscou a aplicação de remédios que protegessem os consumidores contra eventuais condutas discriminatórias e ao mesmo tempo pudessem garantir o atendimento de novos consumidores (garantia de acesso aos serviços e à infraestrutura), bem como que criassem uma conduta de desestímulo a eventuais comportamentos abusivos das requerentes. Uma preocupação recorrente durante a análise de concentração foi quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações que seriam assumidas pelas requerentes, o que pode ser cristalizado na seguinte passagem do Voto do Relator<sup>511</sup>:

[...] o cenário pós-operação não pode demandar vigilância constante da autoridade concorrenciais – hipótese também irreal diante dos recursos

---

<sup>509</sup> “376. O fato é que, atualmente, nos moldes como prevista a operação, o cenário do mercado efetivamente capacita a Requerente adquirente do negócio a limitar o acesso à infraestrutura a concorrentes, dando privilégio a cargas próprias, ou a se engajar em estratégias de discriminação, venda casada e outras, em prejuízo dos demais usuários, em todos os mercados relacionados à cadeia - transporte ferroviário, serviços de logística e acesso a terminais no Porto de Santos. Assim, há que se sopesar os potenciais efeitos futuros benéficos e os riscos de adoção de comportamentos anticompetitivos em decorrência da operação. Nesse sentido, é importante registrar que, ainda que alguns terceiros interessados tenham sugerido a reprovação, a maioria não se opõe integralmente à operação, mas alerta para a necessidade de remédios no sentido de garantir que as condutas debatidas acima não irão ocorrer. 377. Esta Superintendência entende que, para aprovação da presente operação, remédios concorrenciais são necessários. Dessa forma, recomenda-se que o Tribunal avalie a conveniência e viabilidade de adoção de medidas capazes de mitigar os riscos de ocorrência dos possíveis efeitos anticompetitivos suscitados ao longo desta análise.” (Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 – Trecho do Parecer Técnico da SG).

<sup>510</sup> Voto do Relator, Gilvandro Vasconcellos C. de Araújo (Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65).

<sup>511</sup> Voto do Relator, Gilvandro Vasconcellos C. de Araújo (Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65).

escassos de que dispõe a Administração. O CADE é uma autoridade de atacado e não de varejo! Os mecanismos adotados, nesse sentido, também devem estimular o acompanhamento dos reguladores, controle pelo próprio mercado, pelos concorrentes e usuários em geral da ferrovia.

Essa passagem do voto é bastante significativa, pois evidencia um dos problemas já mencionados relacionados aos remédios comportamentais, qual seja, a dificuldade de fiscalizar, o que acaba por trazer uma insegurança na sua adoção e um receio de reduzida eficácia do remédio adotado.

Dentre os diversos remédios adotados, destaca-se a solução arbitral cujo intuito é desestimular a prática de condutas discriminatórias e exclusionárias quando da contratação e prestação de serviço da nova empresa constituída com a aprovação do ato de concentração. A preocupação se coloca na possibilidade de estabelecimento abusivo de preços de frete no transporte ferroviário quando da utilização pelos concorrentes da nova companhia. Caso algum usuário se sinta discriminado, então será possível estabelecer um “procedimento” para a resolução do referido conflito, conforme cláusula de solução arbitral constante no ACC:

#### H. SOLUÇÃO ARBITRAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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<sup>512</sup>.

O enfoque está no tratamento isonômico de clientes e extra grupo econômico, garantindo que, caso o usuário se sinta discriminado, possa iniciar a arbitragem, sem, contudo, excluir a arbitragem da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Na mesma direção do ACC ICL/Fosbrasil, desta vez de maneira bastante direta, o Cade ressaltou que não está vinculado à decisão arbitral. Assim, mantém sob seu comando a aplicação do *enforcement* público, ou seja, mantém-se autônomo para decidir sobre o cumprimento ou descumprimento das obrigações assumidas no ACC e a necessidade de aplicação de sanções administrativas.

Diferentemente do ACC ICL/Fosbrasil, em que o árbitro apenas emitirá opinião e indicará se a Fosbrasil trouxe justificativa plausível para recusar o fornecimento de PPA de grau alimentício, consta neste ACC que o árbitro proferirá uma decisão. No entanto, a mesma está reservada a constatar se houve a discriminação quando da contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário com partes interessadas no acesso ao serviço (cláusula 2.32, §2º) e deverá ser apresentada ao Cade (cláusula 2.32, §6º). Assim, mais uma vez o Conselho utilizou do termo arbitragem impropriamente, pois, do mesmo modo, ao tribunal arbitral não são atribuídos poderes para uma decisão de caráter definitivo e irrecorrível<sup>513</sup>.

Em ambos os casos a decisão não será uma sentença condenatória, mas declaratória, pois ao(s) árbitro(s) cabe apenas avaliar se um terceiro, ao buscar acesso a determinados serviços e produtos, estaria sendo discriminado<sup>514</sup>. Há uma restrição a uma simples declaração sobre o cumprimento ou não do ACC que por sua vez se preocupa com condutas discriminatórias das compromissárias.

Assim, não se trata de uma decisão condenatória que vincula as partes a uma obrigação, tampouco estabelece, modifica ou extingue uma relação jurídica<sup>515</sup>, aproximando-se mais de um modelo de arbitramento do que de arbitragem<sup>516</sup>. Os árbitros se comportam muito mais como

---

<sup>512</sup> Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32.

<sup>513</sup> No mesmo sentido a compreensão do Conselheiro Paulo Burnier ao explicar a utilização da arbitragem nos casos: “Ou seja, tratam-se de mecanismos interessantes de solução alternativa de controvérsias, mas sem a outorga de poderes suficientemente amplos para uma decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível, tal como previsto na cláusula arbitral do presente ACC submetido à apreciação do CADE.” (Voto, Ex-Conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração n.º 08700.004860/2016-11).

<sup>514</sup> Nos dois casos a preocupação era com acesso a um insumo (ICL/Fosbrasil) ou a uma infraestrutura (ALL/Rumo).

<sup>515</sup> Cavalcanti (2015, p. 38).

<sup>516</sup> “O arbitramento é modo de determinação de um elemento material do negócio jurídico. Nele, as partes decidem que um terceiro estimará o preço, a qualidade ou outro elemento qualquer do negócio, integrando suas vontades.

peritos, como um expert ou até mesmo consultor que o Cade reconhece que pode auxiliá-lo no monitoramento do cumprimento dos ACCs e, conseqüentemente, amparar na decisão sobre o cumprimento ou não dos compromissos assumidos. Com efeito, nos dois primeiros casos analisados, depreende-se que houve uma imprecisão ao utilizar a palavra “arbitragem” em seu termo técnico, ampliando o seu sentido de forma a inserir como característica, que não lhe pertence, a ausência de vinculação das partes à decisão<sup>517</sup>.

#### **4.5.3.3 Caso Bovespa/Cetip – 2017<sup>518</sup>**

A fusão da BM&F-BOVESPA S/A com a CETIP S/A constituiu a atual “B3 S.A.” (B3) e significou a constituição de uma única empresa que opera no mercado de infraestrutura do mercado financeiro em todo o Brasil, caracterizando um monopólio. Em outras palavras, com a fusão, a B3 passou a ser a única empresa no Brasil capaz de oferecer os serviços de central depositária (depósito e registro), bem como de liquidação, compensação e negociação no mercado dos segmentos de balcão e de bolsas de valores, mercadorias e futuros.

A SG impugnou a operação ao Tribunal do Cade e recomendou a aprovação com restrições diante da necessidade de uma atenta avaliação sobre eventuais remédios que pudessem solucionar os problemas concorrenciais identificados, principalmente relacionados aos mercados dos segmentos de balcão e de bolsas de valores, mercadorias e futuros. Isso porque, “a operação gera a transformação de um duopólio em um monopólio”<sup>519</sup>, sobretudo quanto ao mercado de central depositária, uma vez que um agente econômico interessado em entrar no segmento de bolsas de valores no Brasil obrigatoriamente teria que contratar os serviços de central depositária da nova companhia (B3). Destarte, a questão primordial era encontrar remédio capaz de garantir, efetivamente, o acesso de terceiros à infraestrutura da B3 em condições justas, transparentes e não discriminatórias<sup>520</sup>.

---

Não tem caráter decisório e pode ser objeto de revisão judicial. É ato estimatório de valores ou qualidades.” (BAPTISTA, 2001, p. 29).

<sup>517</sup> Selma Lemes, nessa mesma direção, aponta que “[há] particularidades que mais conduzem a um parecer técnico ou uma arbitragem híbrida do que a uma arbitragem propriamente dita”. Sobre a possibilidade de o Cade revisar o parecer, acentua que se trata de uma violação à espinha dorsal da LArb que é a vinculação das partes à sentença arbitral (POMBO; DANTAS, 2015).

<sup>518</sup> Ato de Concentração n.º 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBovespa S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. - Mercados Organizados. Relatora: Cristiane Alkmin Junqueira Schimidt. Data de Julgamento: 22.03.2017. (Doravante Ato de Concentração n.º 08700.004860/2016-11)

<sup>519</sup> Ato de Concentração n.º 08700.004860/2016-11. (Trecho do Parecer da SG).

<sup>520</sup> A assertiva consta do Voto do Ex-Conselheiro Paulo Burnier (Voto, Ex-Conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração n.º 08700.004860/2016-11).

O Tribunal do Cade estabeleceu algumas restrições para que houvesse a aprovação da fusão no âmbito de um ACC apresentado pelas requerentes compromissárias. O grande problema, conforme já sinalizado, era a possibilidade de barreiras à entrada via preço e regras de acesso no mercado de central depositária, visto que se estava criando um monopólio no segmento, especialmente diante da característica de *essential facility* do serviço de central depositária<sup>521</sup>. Uma outra questão debatida foi a dificuldade quanto ao monitoramento do cumprimento do ACC.

Dessa feita, o ACC estipulou que as compromissárias nomeariam um *trustee* para avaliar o cumprimento das obrigações estabelecidas<sup>522</sup> e, para com o intuito de viabilizar o ACC e mitigar o efeito concorrencial, foi inserida cláusula de solução de controvérsias por arbitragem<sup>523</sup>. Em regra, o novo entrante (interessado na contratação dos serviços de central

---

<sup>521</sup> “Uma **plataforma de central depositária única**, por fim, apresenta **características econômicas de uma *essential facility***, ainda que não necessariamente seja uma.” (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 – Trecho do Voto da Conselheira Relatora Cristiane).

<sup>522</sup> 4.1. As Compromissárias nomearão trustee(s) para exercer as funções especificadas no presente acordo, o(s) qual(is) será(ão) remunerado(s) pelas Compromissárias de modo a não impedir o cumprimento independente e efetivo de suas atribuições.

4.1.1. O(s) trustee(s) deverá(ão), cumulativamente, (i) ser independente(s) das Compromissárias e de suas subsidiárias, (ii) possuir(em) qualificações necessárias para o exercício de seu mandato e (iii) não possuir(em) conflito de interesse no exercício de suas atividades.

4.1.2. Em até 30 (trinta) dias contados da Data da Efetivação da Operação, as Compromissárias apresentarão ao CADE o(s) nome(s) do(s) trustee(s) e cópia da proposta geral de trabalho.

4.1.2.1. Na proposta geral de trabalho constará os mecanismos de monitoramento que o(s) trustee(s) pretende utilizar para avaliar o cumprimento das obrigações do presente Acordo e o cronograma de atividades. É possível verificar a preocupação do Cade com a efetividade do ACC.

<sup>523</sup> “II.3. Solução de Controvérsias por Arbitragem

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

2.9. Para efeitos desse ACC “Prestação de Serviços de CSD” significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal.

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

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

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

2.13. O Tribunal Arbitral terá poderes para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso à Prestação de Serviços CSD, desde que esses elementos tenham sido objeto de efetiva negociação entre as partes durante o período de negociação, com vistas a obter um acordo que seja comercialmente razoável.

2.14. A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral.

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

2.16. As Compromissárias deverão enviar cópia da sentença arbitral ao CADE e à CVM em até 5 (cinco) dias contados da ciência da decisão arbitral.



depositária) e a B3 devem chegar a um acordo sobre preço em até 120 (cento e vinte) dias. Caso isso não ocorra, a parte contrainteressada pode acionar o mecanismo de arbitragem.

A arbitragem será conduzida por um tribunal arbitral formado por três árbitros e obedecerá ao procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), podendo os árbitros decidir sobre quaisquer controvérsias relativas ao preço e/ou do objeto e regras da prestação do serviço de central depositária.

A cláusula compromissória determinou também que a decisão do Tribunal Arbitral é irrecorrível e vinculará as compromissórias que, ao fim do procedimento arbitral, deverão enviar uma cópia da sentença para o Cade e para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no prazo de cinco dias contados da ciência da decisão. Observa-se, portanto, que é a primeira vez que o ACC dispõe sobre uma arbitragem propriamente dita, na medida em que o Tribunal Arbitral terá amplos poderes para definir o objeto da controvérsia e a decisão terá efeito vinculante entre as partes e será irrecorrível<sup>524</sup>.

A força que foi dada a esta cláusula compromissória no caso em análise é realmente notória quando comparada aos dois casos anteriores, demonstrando uma maior confiança na arbitragem, que se apresenta como meio eficiente para garantir os incentivos necessários para o cumprimento do ACC e para garantir que a eficiência da operação possa ocorrer de forma a potencializar o *enforcement* público do Direito Antitruste e, ao fim, a própria consecução de seus objetivos.

No ano de 2017 a empresa ATS Brasil S.A. acionou a cláusula compromissória sob a alegação de que a B3 trazia como ofertas de valores para a prestação de serviços de central depositária preços manifestamente abusivos, superiores à média praticada no mercado internacional, impedindo a entrada de outros *players* no mercado de bolsa de valores<sup>525</sup>. A ATS Brasil S.A. possui interesse em atuar no mercado de bolsa de valores e, para tanto, acentua a

---

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

2.18. A arbitragem não vincula a CVM, que poderá, no âmbito do seu mandato legal e a seu exclusivo critério, aguardar o desfecho da arbitragem, mesmo que já lhe tenham sido submetidos assuntos relativos a políticas, regras, preços ou condições de acesso.”

<sup>524</sup> Nesse sentido, o Ex-Conselheiro Paulo Burnier explicou em seu voto que “[...] o caso em exame representa talvez o *leading case* pelo CADE no uso de um mecanismo de arbitragem próximo a sua acepção mais tradicional no direito privado, presente cada vez mais vezes em contratos comerciais. Isto porque a cláusula arbitral proposta pelas Requerentes submete eventual ponto controverso para um terceiro privado, que terá poderes para definir o objeto daquela lide específica, sem a possibilidade de rediscussão da matéria em âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido, entendo que a cláusula se diferencia de um mecanismo de arbitramento.” (Voto, Ex-Conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11).

<sup>525</sup> Pimenta (2017).

necessidade de que sua *clearing*<sup>526</sup> tenha acesso à Central depositária de Ativos da B3. A arbitragem foi instaurada na Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC) e o Tribunal Arbitral é composto pelos seguintes árbitros: Adriana Braghetta (presidente), Marcelo Huck (indicado pela B3) e Philip Mindlin (indicado pela ATS)<sup>527</sup>. Entretanto, como a arbitragem ocorre sob o manto do sigilo, não é possível obter informações, o que, conseqüentemente, inviabiliza qualquer análise.

#### **4.5.3.4 Caso At&T/Time Warner – 2017<sup>528</sup>**

O caso mais recente que inseriu cláusula compromissória é o Caso At&T/Time Warner, em que a *AT&T Inc.* buscava adquirir o controle unitário da *Time Warner Inc.*

Conforme abordado tanto na Nota Técnica da Superintendência-Geral (SG) quanto no voto proferido pelo Conselheiro-Relator, o ato de concentração ensejaria uma integração vertical entre as empresas requerentes no mercado das atividades de programação de canais de televisão por assinatura da empresa Time Warner e os serviços de televisão por assinatura prestados pela Sky que é empresa do Grupo AT&T. Isso porque, a Sky fornece serviço de TV por assinatura via satélite e, para tanto, necessita adquirir conteúdo das programadoras, por exemplo, da própria Time Warner. Assim, a compra da Time Warner pela AT&T permitiria que a Sky adotasse condutas discriminatórias, uma vez que se tornaria menos dependente do conteúdo programado por terceiros. Em outras palavras, a Sky poderia obter vantagens competitivas ao adquirir o conteúdo da Time Warner em condições mais vantajosas do que os seus concorrentes, bem como poderia discriminar as concorrentes da Time Warner ao adquirir apenas o conteúdo dos programas pertencentes a esta.

Nesse sentido, o ACC determinou a separação estrutural de forma a inviabilizar o alinhamento de comportamento no mercado, ou seja, a Sky Brasil e as programadoras de canais Time Warner deveriam se manter como pessoas jurídicas separadas e com estruturas administrativas independentes, proibindo a troca de informações concorrencialmente sensíveis. Tal separação, frisa-se, tem o objetivo de evitar a sobreposição vertical que ocorre pela possibilidade de discriminação das demais produtoras de conteúdo que não pertençam ao grupo

---

<sup>526</sup> A *clearing* é uma câmara de compensação e liquidação de ordens econômicas e transferências de ativos que precisa dos serviços de central depositária (depósito e registro) da B3 para operar no Brasil.

<sup>527</sup> Pimenta (2018).

<sup>528</sup> Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Data de Julgamento: 18.10.2017. (Doravante Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14).

da empresa compromissária AT&T. Os “[...] 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 da Time Warner à Sky Brasil”<sup>529, 530</sup>. Para auxiliar no monitoramento do cumprimento do ACC, foi estabelecido que as compromissárias deveriam nomear um consultor independente que deverá informar eventuais descumprimentos.

Para além do remédio que reforça a obrigação de não-discriminação e da nomeação de um consultor independente, o ACC estabelece o mecanismo de arbitragem cujo objetivo é solucionar controvérsias acerca das condições comerciais de contratação. Este conflito se caracteriza quando qualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadoras de serviços não pertencentes à AT&T ou à Sky obtiver preços, termos e condições contratuais desfavoráveis em comparação aos oferecidos à Sky Brasil.

É possível identificar três fundamentos para a inserção da cláusula compromissória. Um deles está relacionado com a preocupação do Cade em não ter que adotar um parâmetro fixo de preço para contratação, tendo em vista que a ausência de assimetria de informação poderia levar a uma decisão com alto nível de insegurança e de erro. Um segundo diz respeito a um elevado ônus de monitoramento decorrente de eventual estabelecimento de parâmetros fixos para a contratação. E um terceiro diz respeito à ineficiência e morosidade da solução de litígios pelo agente regulador<sup>531</sup>.

A Arbitragem deverá ser custeada pela AT&T, exceto nos casos de má-fé ou de informações falsas, e será conduzida pela CCBC (Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá), sendo que o Cade não se vincula e nem se obriga a se manifestar ou agir a cada decisão arbitral<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14.

<sup>530</sup> “Da forma como foi desenhado, o Acordo robustece de forma significativa o *enforcement* desse princípio, na medida em que impõe expressamente às Compromissárias o dever de conferir tratamento isonômico tanto nos contratos de licenciamento de canais de programação firmados pela Time-Warner com empacotadoras e prestadores de TV por Assinatura não afiliadas quanto nos contratos firmados pela Sky Brasil com programadoras concorrentes. Em todas essas dimensões, portanto, verifica-se que o ACC fortalece, do ponto de vista normativo, o *enforcement* da obrigação de não discriminação.” (Voto, Ex-conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14).

<sup>531</sup> “Além de robustecer a obrigação de não discriminação, o ACC traz a previsão de que qualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por Assinatura não afiliada à AT&T ou à SKY poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação. Especialmente em um contexto em que os espaços institucionais competentes têm se relevado ineficientes e morosos no arbitramento de litígios envolvendo programadoras e distribuidoras, a solução trazida no ACC afigura-se exatamente oportuna.” (Voto, Ex-Conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14).

<sup>532</sup> “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.” (Cláusula do ACC).

A cláusula compromissória prevê também uma fase prévia de negociação de três meses<sup>533</sup> e, além disso, pela primeira vez, foram estabelecidas no ACC a possibilidade de aplicação de sanções e outras cominações legais quando o Cade constatar o descumprimento dos compromissos assumidos pelas compromissárias com base na sentença arbitral ou em outras informações<sup>534</sup>. Dessa feita, cria-se um mecanismo de estímulo para o cumprimento das obrigações estabelecidas no ACC.

Por fim, no mesmo sentido do ACC “Bovespa/Cetip”, a cláusula compromissória determinou que a decisão do árbitro resolverá os conflitos relacionados às condições comerciais, consagrando uma das essências da arbitragem que é determinar a vinculação das partes à sentença arbitral que produzirá os mesmos efeitos da sentença prolatada no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, uma decisão de caráter definitivo e irrecorrível que vincula as partes. Em outras palavras, o Cade utiliza pela segunda vez de forma acertada a arbitragem de forma propriamente dita, demonstrando uma evolução na jurisprudência da autoridade antitruste<sup>535</sup>.

---

<sup>533</sup> Cláusula 6.5 do ACC: “A Arbitragem será suspensa se a parte interessada não demonstrar ter havido tentativa de negociação prévia durante 3 (três) meses, para que as partes tentem negociar por igual período antes de iniciar a Arbitragem”.

<sup>534</sup> “Caso o CADE, com base em sentenças arbitrais e/ou outras situações confirmadas de descumprimento deste Acordo (“Eventos”), constate a adoção de estratégias discriminatórias ou de fechamento de mercado por parte das Compromissárias, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica e das demais cominações legais, poderá aplicar penas de:

Advertência, [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES];

Multa [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]. A multa será calculada de forma proporcional, consoante o número de Eventos.

Prorrogação do prazo deste Acordo [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES].” (Voto, Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14).

<sup>535</sup> Na mesma direção é a compreensão do Ex-Conselheiro Paulo Burnier que constatou a evolução jurisprudencial do Cade e a assimilação e utilização da arbitragem de forma técnica: “Analisando a evolução da jurisprudência, é possível perceber que o Conselho tem cada vez mais se preocupado em fazer o uso da arbitragem de maneira técnica, sem descaracterizar a essência do instituto enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei nº 9.307/1996. Enquanto nos primeiros dois casos (ILC Brasil/Vale Fertilizantes e ALL/Rumo), o Cade previu a arbitragem como mecanismos de resolução de controvérsias entre concorrentes que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste, no ACC firmado no caso Bovespa/Cetip pela primeira vez outorgou-se poderes suficientemente amplos para uma decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível. No caso em análise, essa essência do instituto consagrada no Direito Privado é mais uma vez respeitada. Nos termos das cláusulas 6.1 e seguintes do ACC (SEI nº 0398711), poderá ser submetido à arbitragem qualquer litígio havido entre programadoras e prestadoras de SeAC que verse sobre condições de contratação. Assim, a princípio, o litígio levado ao juízo arbitral não necessariamente terá como causa de pedir disposição prevista no ACC, mas sim versará sobre qualquer direito patrimonial disponível, em consonância com o art. 1º da Lei nº 9.307/1996. Nessa perspectiva, portanto, o Acordo apenas facilita o ingresso no procedimento arbitral ao prever que o pagamento das custas correrá por conta das Compromissárias, na hipótese de o litígio envolver programadora ou distribuidora com participação de mercado inferior a 20% (vinte por cento).” (Voto, Ex-Conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14).

#### *4.5.3.5 Considerações sobre a análise dos casos*

Diante da análise apresentada, é possível extrair alguns elementos: i. todos os casos apresentam os mesmos objetivos: solucionar controvérsias no estabelecimento de relações contratuais não discriminatórias, tratando-se de direitos patrimoniais; ii. a ausência de delegação de competência pelo Cade; iii. a preocupação da autoridade antitruste brasileira com a funcionalidade e eficácia dos compromissos assumidos em sede de ACC quando se trata de remédios comportamentais, tendo em vista a dificuldade de monitorar o seu cumprimento.

##### *4.5.3.5.1 A arbitragem relacionada exclusivamente a direitos patrimoniais*

A primeira observação assente na análise dos casos é o fato de que em todos eles o Cade tem utilizado a arbitragem diante de medidas que dizem respeito à facilitação da entrada de contrainteresados ou terceiros interessados em um dado mercado, de forma a garantir acesso a determinados produtos, serviços e/ou infraestruturas, bem como a não-discriminação pela prática de preços abusivos ou mesmo a recusa em fornecê-los.

No caso ICL/Fosfobrasil, a preocupação residia na possibilidade de fechamento ao acesso do PPA e a estipulação de preços discriminatórios aos concorrentes da ICL Brasil ou eventuais entrantes. Desse modo, a arbitragem teve como objeto eventual o preço abusivo ou a recusa de venda do produto. Já no caso ALL/Rumo a preocupação referia-se ao abuso de preço na utilização de transporte ferroviário, por terceiros interessados, sendo o objetivo da utilização da arbitragem o desestímulo à prática de condutas discriminatórias e exclusionárias quando da contratação e prestação de serviço. No caso Bovespa/Cetip, a preocupação era com o acesso ao serviço de central depositária por terceiros interessados em atuar no mercado de bolsas de valores e o objeto da cláusula arbitral era a solução de conflitos sobre o preço e as regras de acesso a este serviço. A cláusula compromissória estipulada no ACC referente ao caso At&T/TimeWarner determinou como objeto da arbitragem a solução de controvérsias relacionadas às condições comerciais de contratação.

Portanto, todos os casos dizem respeito ao direito contratual entre as partes, na medida em que as controvérsias submetidas à arbitragem apresentam como objeto o preço de um determinado produto ou serviço e as condutas e regras que inviabilizam o acesso ou prejudicam a utilização do serviço ou de uma infraestrutura. Assim, estará o árbitro ou tribunal arbitral decidindo sobre um direito patrimonial, o que significa dizer que, em termos de arbitrabilidade,

as cláusulas arbitrais respeitam o critério da patrimonialidade, como também os limites quanto às competências exclusivas do Cade.

Ao tribunal arbitral ou ao(s) árbitro(s) cabe julgar as consequências civis da aplicação incorreta dos remédios ou da sua não aplicação, enquanto o Cade, conforme será verificado adiante, mantém o seu exclusivo direito de impor sanções e punições administrativas.

#### 4.5.3.5.2 Estrutura das cláusulas compromissórias

A disposição das cláusulas que tratam da arbitragem nos ACCs prevê a possibilidade de participação de terceiros que não celebraram a convenção de arbitragem na solução de litígios. A estrutura dessas cláusulas é diferente. Por um lado, há um compromisso comportamental por parte dos agentes econômicos signatários dos ACCs que é o de não discriminação na venda, na contratação, na prestação de serviços e/ou nos acessos a determinadas infraestruturas. As compromissórias unilateralmente concordam a se submeter a uma arbitragem sem saber quem será a outra parte em um eventual litígio.

Por outro lado, a arbitragem possibilita e facilita que terceiros contrainteressados possam garantir a efetividade dos compromissos assumidos nos ACCs e, eventualmente, requerer a condenação por perdas e danos<sup>536</sup>. Ao se apresentar como uma opção, não se vislumbra qualquer obrigação que vincule o terceiro, ou seja, que obrigue o terceiro a aderir à cláusula compromissória e solucionar eventual litígio pela arbitragem. A parte contrainteressada pode escolher denunciar o descumprimento do ACC para o Cade, que procederá com a análise no âmbito administrativo, e/ou optar pela solução do litígio referente a eventuais prejuízos no âmbito do judiciário.

Nesse passo, principalmente assumindo a dificuldade de monitoramento do ACC, a possibilidade de que o terceiro interessado possa solucionar a controvérsia por meio de um instrumento de solução de conflitos mais célere, conseqüentemente possibilitará o acesso a determinado serviço ou infraestrutura em condições justas e competitivas, em claro incentivo

---

<sup>536</sup> Esta possibilidade de pedir a condenação em perdas e danos no âmbito da arbitragem advinda da cláusula compromissória constante no ACC pode ser depreendida da análise da cláusula 6.1 do ACC At&T/Time Warner em que consta que o terceiro interessado “[...] poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação”. A cláusula não determina exatamente qual a controvérsia que poderá ser solucionada. Não há uma predeterminação de que o objeto submetido à arbitragem será apenas questão de preço ou de acesso, podendo, nesse passo, incluir pedido de reparação de danos. O objetivo direto e principal é solucionar a controvérsia entre as partes, impulsionando a solução de conflitos privados e, conseqüentemente, servindo de incentivo para o fortalecimento também do *enforcement* privado.

para que terceiros busquem efetivar seus direitos no âmbito da arbitragem<sup>537</sup>. Evita-se a procrastinação de uma possível discriminação e traz uma solução concreta que colocará fim à controvérsia e entregará para a parte contrainteressada um título executivo extrajudicial. Para além, é possível observar um estímulo à solução da controvérsia entre as partes, servindo de incentivo para o fortalecimento também do *enforcement* privado.

Além do mais, o fato de o Cade estipular negociações prévias nos casos “Bovespa/Cetip”<sup>538</sup> e “At&T/Time Warner”<sup>539</sup> demonstra a preocupação em se fazer cumprir o ACC de forma mais célere, privilegiando a sua garantia e eficácia e evitando de toda forma a perpetuação no tempo de condutas anticompetitivas. Demonstra-se, assim, a preocupação do Cade com a efetividade do ACC e com a tutela da concorrência.

Com efeito, além de ser um incentivo, é um incremento/reforço para que terceiros acabem por auxiliar na fiscalização do cumprimento dos ACCs, fator importante para majorar o bom funcionamento do sistema<sup>540</sup>. Um outro incentivo para que terceiros interessados utilizem

---

<sup>537</sup> A justificativa do Cade quando da inserção da arbitragem nos ACCs também evidencia o efeito positivo em termos de celeridade para solucionar uma possível discriminação: “Outrossim, a utilização da arbitragem é resultado do aprimoramento de cláusulas comportamentais antes adotadas pelo CADE como remédios antitruste, trazendo uma solução concreta e evitando a procrastinação da possível discriminação. Claro que a arbitragem nunca servirá para substituir ou suplantar a competência da autarquia para defesa da livre concorrência, porém pode ser vista como importante ferramenta para dar efetividade às decisões do Conselho e desestimular discriminações geradas pela concentração em análise” (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 - Trecho do Voto do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia).

<sup>538</sup> “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”.

<sup>539</sup> “A Arbitragem será suspensa se a parte interessada não demonstrar ter havido tentativa de negociação prévia durante 3 (três) meses, para que as partes tentem negociar por igual período antes de iniciar a Arbitragem”.

<sup>540</sup> Sobre a participação de terceiros como fator importante para o bom funcionamento e efetividade dos ACCs, verificar Forgioni (2018a, p. 441). Na mesma direção a Comissão Europeia aponta as vantagens e os efeitos positivos na utilização da arbitragem como remédio em acordos de ato de concentração: “*Access commitments are often complex in nature and necessarily include general terms for determining the terms and conditions under which access is granted. In order to render them effective, those commitments have to contain the procedural requirements necessary for monitoring them, such as the requirement of separate accounts for the infrastructure in order to allow a review of the costs involved, and suitable monitoring devices. Normally, such monitoring has to be done by the market participants themselves, e.g. by those undertakings wishing to benefit from the commitments. Measures allowing third parties themselves to enforce the commitments are in particular access to a fast dispute resolution mechanism via arbitration proceedings (together with trustees) or via arbitration proceedings involving national regulatory authorities if existing for the markets concerned. If the Commission can conclude that the mechanisms foreseen in the commitments will allow the market participants themselves to effectively enforce them in a timely manner, no permanent monitoring of the commitments by the Commission is required. In those cases, an intervention by the Commission would only be necessary in cases where the parties do not comply with the solutions found by those dispute resolution mechanisms. However, the Commission will only be able to accept such commitments where the complexity does not lead to a risk of their effectiveness from the outset and where the monitoring devices proposed ensure that those commitments will be effectively implemented and the enforcement mechanism will lead to timely results.*” (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 245).

a arbitragem para solucionar a controvérsia é o fato de esta ser custeada pelas compromissárias<sup>541</sup>.

O que se quer dizer é que os próprios agentes econômicos que atuam no mercado ou que tenham interesse de nele se inserir podem garantir que as obrigações e compromissos assumidos sejam devidamente cumpridos, aumentando a efetividade do remédio comportamental estipulado e, conseqüentemente, aumentando a efetividade da política pública de defesa da concorrência, posto que auxilia na consecução de seus objetivos.

#### 4.5.3.5.3 Da ausência de delegação de competência

Ao propor a solução pela via arbitral no âmbito do controle de estruturas e do *enforcement* público, estaria a autoridade antitruste delegando matéria de cuja competência é de sua exclusividade? Isso porque, de acordo com os Arts. 11<sup>542</sup> e 13<sup>543</sup> da Lei nº 9.784/99, salvo em casos admitidos em lei, a competência própria exercida por órgãos administrativos é irrenunciável e não pode ser objeto de delegação. Além do mais, se houver delegação significa dizer que o árbitro atuará na esfera administrativa e decidirá diretamente sobre questões inerentes ao *enforcement* público, o que vimos não ser possível no âmbito da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem.

As preocupações são de fato importantes. Todavia, foi possível observar na análise dos casos que o Cade possui a intenção de utilizar o resultado da sentença arbitral para que, se necessário, exerça as funções e competências que lhes são exclusivas. Todos os ACCs dispõem que o Conselho será cientificado sobre o teor da sentença arbitral<sup>544</sup>, o que lhe permitirá

---

<sup>541</sup> Cf. Anexo A com todas as cláusulas dos ACCs analisados. A título de exemplificação, trecho do voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos C. de Araujo: “Importante registrar também que a arbitragem será custeada, via de regra, pela AT&T, o que não apenas estimula a empresa a cumprir o ACC, mas também impede que elevados custos da arbitragem inibam os concorrentes das compromissárias e/ou entrantes de denunciarem os obstáculos a contratação, reforçando a efetividade do remédio. Dessa forma, as Compromissárias arcarão com as custas da câmara de arbitragem e os honorários dos árbitros se o grupo econômico da Prestadora de TV por Assinatura ou o grupo econômico da programadora de Canais de Programação não tiver mais de 20% de participação em qualquer mercado relevante, conforme definido no parecer da SG.” (Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14).

<sup>542</sup> “Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

<sup>543</sup> “Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade”.

<sup>544</sup> Neste sentido: Cláusula 6.7 do ACC AT&T/Time Warner, “A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral. O Tribunal Arbitral poderá prorrogar o prazo para emissão de sentença, caso haja circunstâncias excepcionais que justifiquem tal prorrogação.” (grifo nosso). Cláusula 2.16 do ACC Bovespa/Cetip: “As Compromissárias deverão enviar cópia da sentença arbitral ao CADE e à CVM em até 5 (cinco) dias contados da ciência da decisão arbitral.” (grifo nosso). Cláusula 2.32, §6º: “As decisões arbitrais serão fornecidas ao CADE no relatório de auditoria indicado no item “I” abaixo.” (grifo nosso). Cláusula 3.6.2 do caso ICL/Fosfobrasil: “A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) - que será



imprimir as soluções administrativas cabíveis ou mesmo manter uma atuação divergente, uma vez que não está vinculado ao resultado da arbitragem<sup>545</sup>.

Desse modo, as soluções e remédios desenhados pelo Cade não encontram óbice para utilizar a arbitragem como meio adequado de solução de controvérsias concorrenciais a fim de que, posteriormente, possa-se valer dos resultados advindos da sentença arbitral para exercer as suas exclusivas competências. A autoridade antitruste mantém consigo a chancela do *enforcement* público, de forma a sempre respeitar a sua competência exclusiva para decidir questões na esfera administrativa<sup>546</sup>.

A preocupação do Cade é com a concorrência e não com o concorrente, mantendo para si as decisões administrativas que tratam diretamente de interesses públicos. Ao contrário de um possível impedimento da utilização da arbitragem, o Cade passa a dispor de um “excelente instrumental probatório e jurídico para subsidiar suas análises, especialmente em questões de extrema complexidade”<sup>547</sup>.

De tal modo, não há dúvidas de que a previsão da arbitragem nos ACCs não substitui a competência exclusiva do Conselho quanto aos processos administrativos-concorrenciais e aplicação de sanções e penalidades administrativas, o que garante que as questões de interesse público (coletivo) continuem sob a tutela da autoridade administrativa.

#### 4.5.3.5.4 Da questão do sigilo

Em conjunto com o tema delegação de poderes, surge uma problemática quanto ao procedimento arbitral de questões de Direito Antitruste no que tange ao sigilo e a consequente ausência de transparência inerente ao procedimento arbitral, principalmente quando a solução de controvérsia pela arbitragem ocorre por meio de cláusula compromissória de um ACC.

---

apontado pela ICL Brasil e referendado pelo CADE - será então submetida ao CADE para que esse tome uma decisão fundamentada.” (grifo nosso).

<sup>545</sup> Nesse sentido, trecho do voto do Conselheiro Paulo Burnier no Caso At&T-TimeWarner: “Também em respeito aos contornos jurídicos do instituto, o CADE não se vinculará a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões. Isso porque a sentença arbitral terá força de título executivo extrajudicial fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/1996”. (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14). O fato de o Cade fazer constar que não é obrigado a concordar com a sentença arbitral é o mesmo que dizer que mantém sob sua guarda a decisão sobre o descumprimento do acordo.

<sup>546</sup> Frazão (2018c). Veríssimo (2017, p. 346) afirma que “[...] que eventual adoção de cláusula arbitral não significa a delegação do poder de política do Cade na imposição de eventuais punições por descumprimento de medidas restritivas”.

<sup>547</sup> Frazão (2018c). Trabuco e Gouveia, em estudo sobre a inserção da arbitragem em sede de controle de estruturas no âmbito da Comissão Europeia, apontam a mesma vantagem: “Neste sentido, a arbitragem, não apenas não põe em causa as competências da Comissão Europeia, como pode realmente representar uma vantagem do ponto de vista do controlo da execução dos compromissos”. (TRABUCO; GOUVEIA, 2011, p. 31).

Esta questão emerge, pois, em se tratando de questões de ordem pública, principalmente quando há interesses de terceiros (*stakeholders*) e interesses públicos, o sigilo ocasiona ausência de informação e segurança jurídica não apenas para as partes, mas também para terceiros. As questões de Direito Antitruste não impactam apenas os concorrentes, impactam mercados, consumidores, fornecedores, exatamente por ser um instrumento de política pública, gerando naturalmente custos sociais<sup>548</sup>.

A questão é muito relacionada ao ‘como’ deve ser a transposição de práticas arbitrais para o Direito Antitruste e vice-versa, importando o ‘como’ deve ocorrer esta inter-relação de forma a superar o risco de o sigilo isolar decisões que, em determinados momentos, devem ser de conhecimento de terceiros. Mais uma vez, a questão é de compatibilização entre necessidade de oferecer conhecimento a terceiros e a confidencialidade<sup>549</sup>.

Sustenta-se que o sigilo deve ser graduado e regulado no procedimento arbitral não pelo procedimento, mas pela finalidade a que serve a arbitragem, para o fim a que se visa, bem como de forma a compatibilizar a finalidade buscada pela própria regra normativa objeto da controvérsia e seus princípios informativos<sup>550</sup>. No caso: proporcionar caminhos para uma maior efetividade do Direito Antitruste em sua essência.

A proposta é que existam duas versões da sentença, uma com conteúdo completo destinada exclusivamente às partes e outra que seria publicizada, excluindo as informações

---

<sup>548</sup> Ana Frazão (2017b) aponta que ausência de publicidade das decisões arbitrais impossibilita a formação de uma jurisprudência arbitral e deixa de atender a alguns propósitos como: “(i) direito à informação por parte da coletividade, especialmente quando as controvérsias forem de interesse público ou tiverem repercussão sobre relevantes interesses de stakeholders; (ii) aprendizado coletivo e prevenção de futuros litígios; (iii) legitimidade social das decisões arbitrais, submetendo-as ao escrutínio público (social, acadêmico e profissional); (iv) segurança jurídica e previsibilidade; (v) consolidação de entendimentos que poderiam servir de diretrizes de comportamento em nível micro e macro (*lex mercatoria*); (vi) garantia de isonomia e segurança jurídica para partes e para terceiros; e (vii) estabelecimento de concorrência saudável entre as câmaras arbitrais a partir não apenas da reputação dos seus árbitros, mas sobretudo a partir da qualidade de suas decisões”. A questão do sigilo importa, também em dificuldade das pesquisas acadêmicas, já que não há acesso às decisões, o que dificulta a análise do tema, como no caso da arbitragem envolvendo a empresa ATS e a B3 (empresa que resultou da fusão entre a BM&FBovespa e a Cetip), fato que dificulta inclusive a presente pesquisa. Forgioni (2018b) chega a afirmar que a decisão da arbitragem, envolvendo matéria de ordem pública e que interessam a terceiros é resolvida em uma sala “aonde o sol não entra” (Informação verbal).

<sup>549</sup> Cf. seção 3 sobre a confidencialidade não ser uma característica intrínseca da arbitragem e, portanto, pode ser mitigada.

<sup>550</sup> No mesmo sentido, foi o parecer da Comissão Especial que analisou o Projeto de Lei nº 7.108/2014, de relatoria do então Deputado Edinho Araújo, que originou a Lei nº 13.129/2015: “Princípios também têm limites, e ao árbitro caberá decidir a amplitude da publicidade a ser dada ao processo. Em havendo trato de questão sensível ou da existência de fato que justifique o segredo de justiça, esse será concedido, até porque o princípio da publicidade sempre deve ser aplicado em conjunto com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Cabe considerar ainda que o sigilo pode ser de interesse do ente público, e não somente do ente privado.” (BRASIL. COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI N.º 7.108, DE 2014). Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1260569&filename=PRL+1+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569&filename=PRL+1+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

confidenciais e conteúdo desnecessários para a proteção do interesse público ou para *stakeholders*. A versão confidencial deve ser encaminhada, inicialmente, para as partes que podem se manifestar fundamentadamente quanto ao sigilo de algum elemento ou fato. Com base na manifestação das partes, o juízo arbitral elabora uma nova versão<sup>551</sup>. Na verdade, a proposta é a de que o tribunal arbitral siga o modelo de confidencialidade dos processos administrativos perante o Cade<sup>552</sup> que já se provou um modelo de sucesso.

#### 4.5.3.5.5 Do auxílio ao monitoramento ao reforço da eficiência do enforcement antitruste: ciclo virtuoso

Da análise dos julgados é possível verificar ainda a preocupação do Cade com os custos e com a dificuldade de monitoramento e da própria eficácia dos remédios comportamentais quando se trata de condutas discriminatórias ou exclusionárias ao afirmar que “[...] o estabelecimento de parâmetros mais específicos de não-discriminação imputaria ao CADE um elevado ônus de monitoramento, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança e

<sup>551</sup> Esta é a compreensão de Kuyven ao defender a ampla divulgação de precedentes (KUYVEN, 2014, p. 1034).

<sup>552</sup> “Art. 51. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto nº 7.724/12), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a: I - escrituração mercantil; II - situação econômico-financeira de empresa; III - sigilo fiscal ou bancário; IV - segredos de empresa; V - processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; VI - faturamento do interessado; VII - data, valor da operação e forma de pagamento;

VIII - documentos que formalizam o ato de concentração notificado; IX - último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; X - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras; XI - clientes e fornecedores; XII - capacidade instalada; XIII - custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou XIV - outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitados os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto nº 7.724/12.

Art. 52. Não será deferido o acesso restrito de informações e documentos por parte do Cade quando: I - notadamente tenham natureza pública em virtude de lei, inclusive em outras jurisdições, ou que forem de domínio público, no País ou no exterior, ou que tiverem sido previamente divulgados pelo interessado; II - em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o tratamento de acesso restrito das informações puder implicar cerceamento de defesa; ou III - forem relacionados, dentre outras, às seguintes categorias de informações: a) composição acionária e identificação do respectivo controlador; b) organização societária do grupo econômico de que façam parte; c) estudos, pesquisas ou dados compilados por instituto, associação, sindicato ou qualquer outra entidade que congregue concorrentes, ressalvados aqueles encomendados individualmente ou com cláusula de sigilo; d) linhas de produtos ou serviços ofertados; e) dados de mercado relativos a terceiros; f) quaisquer contratos celebrados por escritura pública ou arquivados perante notário público ou em junta comercial, no País ou no exterior; e g) informações que a empresa deva publicar ou divulgar em virtude da norma legal ou regulamentar a que esteja sujeita no Brasil ou em outra jurisdição. Parágrafo único. O pedido de acesso restrito de informação de caráter manifestamente público poderá sujeitar o requerente às penalidades previstas no art. 40 ou no art. 43 da Lei nº 12.529, de 2011, conforme o caso.” (Esta é a redação do “Novo Ricade” aprovado no dia 19 de junho de 2019). Também considerando o sucesso do modelo utilizado pelo Cade que pode ser seguido pela arbitragem, *cf.* Muniz e Silva (2018, p. 166).

erro, diante da assimetria de informação”<sup>553</sup>. E, exatamente para evitar esses problemas e dificuldades, é que a autoridade antitruste previu a cláusula arbitral, ou seja, como uma forma de auxiliar tanto no monitoramento quanto na efetividade do ACC<sup>554</sup>, que se afigura como uma solução para os problemas relacionados aos remédios comportamentais.

Neste exato sentido, segundo o Ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo:

A intersecção entre direito antitruste e arbitragem pode ser extremamente frutífera, sendo, há algum tempo, um tópico relevante do direito internacional. A arbitragem é aqui vislumbrada como um auxílio ao cumprimento do ACC, especialmente no tocante à não discriminação de entrantes e no atingimento de parâmetros negociais razoáveis e desprovidos de vieses potencializados pela posição monopolística detida pela BVMF/Cetip no contexto pós-operação<sup>555</sup>.

Com efeito, é possível observar que a arbitragem, ao instrumentalizar o cumprimento do ACC e o próprio *enforcement* público, mitiga os problemas relacionados com a aplicação dos remédios comportamentais que, conforme visto, dizem respeito à necessidade de um monitoramento constante, alto custo de fiscalização, informações imprecisas e dificuldade na sua implementação<sup>556</sup>. A arbitragem, assim sendo, pode facilitar o alcance do objetivo ínsito aos ACCs, qual seja, suprimir os efeitos negativos dos atos de concentração identificados pelo Cade, promovendo uma efetiva concorrência em um determinado mercado.

---

<sup>553</sup> Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (Trecho do Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo). Ademais, este mesmo fundamento foi anteriormente utilizado para explicar a adoção da utilização da arbitragem no ACC “ICL/Fosbrasil”.

<sup>554</sup> A Comissão Europeia adverte esta possibilidade como incremento e auxílio no monitoramento, reconhecendo a utilidade da arbitragem para instrumentalizar o *enforcement* do antitruste, na medida em que sinaliza como uma boa ferramenta de auxílio para o cumprimento dos compromissos assumidos, além de representar o rompimento das dificuldades inerentes aos remédios comportamentais: “*However, given the long duration of non-divestiture commitments and their frequent complexity, they often require a very high monitoring effort and specific monitoring tools in order to allow the Commission to conclude that they will effectively be implemented. Therefore, the Commission will often require the involvement of a trustee to oversee the implementation of such commitments and the establishment of a fast-track arbitration procedure in order to provide for a dispute resolution mechanism and to render the commitments enforceable by the market participants themselves. In past cases, the Commission has often required both the appointment of a trustee and an arbitration clause. In those circumstances, the trustee will oversee the implementation of the commitments, but will also be able to assist in arbitral proceedings to the effect that they may be finalized in a short period of time.*” (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 257).

<sup>555</sup> Trecho do Voto do Ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11). Esse fragmento também fortalece a assertiva de que o Cade não delega função que lhe é exclusiva.

<sup>556</sup> Veríssimo (2017, p. 345) afirma que “[...] é possível concluir que a arbitragem possui um importante papel na mitigação do problema de determinação *ex ante* de remédios comportamentais que não poderiam ser monitorados adequadamente ao longo do tempo pela autoridade antitruste”.

Este papel da arbitragem é confirmado pela OCDE<sup>557</sup> quando compreende que a utilização de cláusulas compromissórias alivia o custo de monitoramento da implementação de remédios comportamentais. Entretanto, a OCDE ainda soergue uma outra utilidade relacionada ao fato de a arbitragem ser aplicada para solucionar direitos de terceiros ao acesso a serviços, produtos e infraestruturas que são controlados pela empresa resultante do ato de concentração.

Em outras palavras, a arbitragem soluciona a controvérsia sobre a discriminação quanto aos preços e condições de uso. Assim, é possível identificar, ainda, aquela que talvez seja sua face principal, qual seja, a de impulsionar o *enforcement* privado ao ser utilizada no controle de estruturas próprio do *enforcement* público.

De fato, a instrumentalização deste, de forma a garantir o respeito aos compromissos assumidos e proporcionar uma maior efetividade do ACC, é um objetivo que apenas é alcançado pela arbitragem de forma indireta, uma vez que deve estar em harmonia com o *enforcement* privado<sup>558</sup>.

No plano puramente jurídico, estas arbitragens não correspondem a um novo instrumento de supervisão oferecido às autoridades da concorrência. Pelo contrário, o seu propósito é o da resolução de eventuais litígios entre privados por privados, embora tais litígios resultem de situações de desrespeito de deveres assumidos perante a autoridade pública competente<sup>559</sup>.

Assim, o principal objetivo da utilização da arbitragem é solucionar controvérsias entre agentes econômicos privados<sup>560</sup> e, conforme demonstrado, apenas auxiliar no monitoramento e no *enforcement* público. Tanto assim o é, que ficou claro que o Cade não delega suas funções para a arbitragem, mantendo-se livre para, em qualquer momento e de forma totalmente independente, analisar o cumprimento dos compromissos assumidos.

A finalidade da arbitragem no presente ACC não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre

---

<sup>557</sup> “To alleviate the cost of monitoring the implementation of remedies some authorities have made use of arbitration clauses, whereby the merged entity must submit any disputes related to the implementation of the remedies for arbitration. The use of arbitration is particularly useful when the crafted remedy is designed to give rights to third parties, such as access to a facility or infrastructure controlled by the merged entity.” (OCDE, 2011, p. 13).

<sup>558</sup> Nessa direção, cf. Brozolo (2013, p. 225). “Admittedly, the arbitrations also serve to ensure the respect of the commitments, which is the concern of the competition authority. This goal, however, is achieved by the arbitrations only indirectly, and in line with the spirit of private enforcement, recourse to which has been enhanced in EU competition law after its modernization as a result of Regulation (EC) 1/2003.”

<sup>559</sup> Trabuco e Gouveia (2011, p. 28).

<sup>560</sup> “The arbitration panel is empowered to grant the aggrieved party private law remedies, while the authority maintains the power to impose traditional public law sanctions such as fines. Alternatively, as discussed in the Korean submission, the authority can simply assign the task of monitoring compliance and effectiveness to a committee comprised of interested third parties such as competitors and customers.” (OCDE, 2011, p. 13).

concorrência, porquanto a arbitragem presta-se a trazer a um terceiro independente a discussão parametrizada por premissas privadas e que, em última instância, acabam por impactar a concorrência como um todo no mercado de bolsas. Em outras palavras, decisões arbitrais sobre atos de concentração ou infração à ordem econômica que possuam efeitos anticompetitivos sistêmicos não substituem o crivo de análise do CADE<sup>561</sup>.

O voto acima confirma a compreensão de que a arbitragem traz como objetivo direto a solução de conflitos privados e como objetivo indireto o auxílio ao monitoramento e conseqüentemente uma maior eficácia do *enforcement* público. Sua análise detida nos traz que o objetivo da arbitragem “não é a substituição dos reguladores ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência”, pois tal competência continua com a autoridade antitruste.

O objetivo direto da arbitragem é vislumbrado na seguinte passagem supracitada: “porquanto a arbitragem presta-se a trazer a um terceiro independente a discussão parametrizada por premissas privadas” que, indiretamente “em última instância, acabam por impactar a concorrência como um todo [...]”.

Isto não significa que o Cade está primeiramente protegendo os concorrentes, antes utiliza da arbitragem para que os concorrentes solucionem suas controvérsias relacionadas a direito patrimonial de forma privada (arbitragem) e mantém sob o seu âmbito as decisões administrativas. Em verdade, cria mecanismos de incentivos, por meio da utilização da arbitragem, para alcançar o objetivo principal do controle de estruturas que é a prevenção, de forma a garantir o respeito às normas de Direito Antitruste e, assim, contribuir para a consecução de seus objetivos.

O que se quer dizer é que a possibilidade de maior eficiência do *enforcement* público não está exatamente vinculada à decisão arbitral. Não é a sentença arbitral que trará esta maior eficiência, uma vez que ela apenas cuida do *enforcement* privado. A instrumentalização do *enforcement* público está vinculada aos incentivos criados pelo Cade por meio da inserção de cláusula compromissória nos ACCs (por meio da utilização da arbitragem).

A arbitragem no âmbito dos ACCs cria um duplo incentivo que readéqua o ciclo vicioso<sup>562</sup> para torná-lo virtuoso e de retroalimentação<sup>563</sup>. De um lado, cria-se um estímulo às empresas contrainteressadas, que podem ser prejudicadas pelas eventuais condutas

---

<sup>561</sup> Trecho do Voto do Ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11). Esse fragmento também fortalece a assertiva de que o Cade não delega função que lhe é exclusiva.

<sup>562</sup> O ciclo vicioso, anteriormente apresentado, é formado pela dificuldade do monitoramento e da implementação do ACC ínsitos aos remédios comportamentais, que reduz a eficiência do *enforcement* e ocasiona uma maior probabilidade de adoção de práticas anticompetitivas.

<sup>563</sup> A compreensão de que criação de um duplo incentivo criado pela arbitragem que estabelece um ciclo virtuoso e de retroalimentação é explicada pelo Conselheiro do Cade, Maurício Oscar Bandeira Maia (2017).

anticompetitivas, no sentido de que elas possam se interessar na resolução do conflito de forma mais célere, técnica, segura e efetiva<sup>564</sup> para buscar tanto a reparação civil quanto a efetividade ao acesso a determinados produtos, serviços e infraestruturas. Em outras palavras, o que pode incentivar as empresas contrainteressadas a aderirem à cláusula compromissória é uma maior probabilidade de serem ressarcidas por eventuais prejuízos sofridos e a possibilidade de evitar que a discriminação se prolongue no tempo. O estímulo também é fortalecido pelo fato de que os interessados não são responsáveis pelo pagamento das custas do tribunal arbitral e dos honorários dos árbitros que ficam a cargo das compromissórias do ACC<sup>565</sup>.

Por outro lado, criam-se incentivos para as empresas compromissórias não praticarem condutas anticompetitivas e concretizar as obrigações e compromissos assumidos<sup>566</sup>. Tendo a parte contrainteressada maior interesse em solucionar a controvérsia, gera-se uma maior probabilidade de detecção do descumprimento do ACC, uma vez que, conforme visto, o Cade conhece da decisão arbitral, fundamentada em um juízo cognitivo, que poderá indicar o descumprimento do ACC. Essa informação que chega até a autoridade antitruste faz com que ela possa adotar sanções e/ou punições referentes às compromissórias pelo seu descumprimento<sup>567</sup>. Soma-se que as custas com o tribunal arbitral e com os honorários dos árbitros devem ser suportadas pelas compromissórias, o que, certamente, também é um estímulo para cumprir o ACC e não se ver obrigada a ter que arcar com tais despesas.

Assim, tem-se uma somatória de ocorrências que induzem o aumento do custo da prática do ato ilícito consubstanciado no seguinte: i. a probabilidade de condenação no *enforcement* privado, que pode ensejar a condenação na reparação de danos civis; ii. maior probabilidade de detecção do descumprimento do ACC; iii. suporte dos custos do tribunal arbitral e dos honorários dos árbitros; iv. possibilidade de sanções e penalizações no âmbito administrativo.

Dessa forma, a decisão de cometer um ilícito tende a ser reduzida. Em outras palavras quanto maior o estímulo para os interessados solucionarem a controvérsia pela via arbitral,

---

<sup>564</sup> A efetividade ocorre porque a sentença arbitral é irrecurável e entrega um título executivo extrajudicial.

<sup>565</sup> Todos os ACCs que preveem a utilização da arbitragem determinam que as custas e honorários dos árbitros são de responsabilidade das Compromissórias. Cf. o Anexo 01 das cláusulas arbitrais.

<sup>566</sup> Tao logo, é um mecanismo que também acaba por estimular o cumprimento voluntário das obrigações assumidas no ACC.

<sup>567</sup> “Caso o CADE, com base em sentenças arbitrais e/ou outras situações confirmadas de descumprimento deste Acordo (“Eventos”), constate a adoção de estratégias discriminatórias ou de fechamento de mercado por parte das Compromissórias, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica e das demais cominações legais, poderá aplicar penas de:

Advertência, [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES];

Multa [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]. A multa será calculada de forma proporcional, consoante o número de Eventos.

Prorrogação do prazo deste Acordo [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES].” (Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14 - Trecho do Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo).

maior a possibilidade de sua eficácia, maiores as possibilidades de detectar e responsabilizar os infratores pelos prejuízos causados e, por conseguinte, maior é a dissuasão de práticas anticompetitivas e a possibilidade de respeito às normas de Direito Antitruste. Nesse passo, tanto o *enforcement* público quanto o *enforcement* privado são impulsionados em um sentido de maior efetividade e de alcance dos seus objetivos.

Diante dos estímulos criados, a previsão da arbitragem nos ACCs constitui uma estrutura de incentivos para que a relação negocial entre as empresas compromissárias e os terceiros interessados não afronte o Direito Antitruste e seja propensa a uma maior pró-competitividade. A arbitragem se apresenta como elemento facilitador na implementação da política pública de defesa da concorrência resguardando o interesse público.

Sendo assim, a arbitragem cria mecanismos de incentivos, os quais reorganizam os interesses econômicos para que haja uma maior perspectiva de cumprimento voluntário do ACC e, assim, o aumento da probabilidade da eficiência do *enforcement*. Com isso, constitui-se um ciclo virtuoso apresentado abaixo (Figura 2), no qual há menos incentivos para fechar mercado e há mais incentivos para demandar.

Figura 2 – Ciclo virtuoso da utilização da arbitragem em ACCs



Fonte: Elaborada pelo autor.



Portanto, observa-se a efetividade trazida pela arbitragem para a instrumentalização do *enforcement* público e privado e para a garantia de uma concorrência mais saudável. A utilização da arbitragem pode ser compreendida como instrumento de indução ou incentivos dos objetivos de políticas públicas, ou seja, como instrumento que oportuniza a efetivação das políticas públicas de defesa da concorrência. Dito de outra forma, a arbitragem é um instrumento que assegura o *enforcement* das regras concorrenciais e, por conseguinte, a consecução dos seus objetivos; a arbitragem funcionaliza as finalidades do Antitruste.

A realidade da inter-relação entre Direito Antitruste e arbitragem supera, na sua síntese, a compreensão de que a arbitragem é mera técnica de resolução de conflitos. A sua função instrumental como vetor de possibilidade de efetivação do *enforcement* antitruste se insere como relevante na compreensão desta inter-relação.

## 5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou buscar evidências para rejeitar ou comprovar a hipótese principal de que a arbitragem é instrumento da política pública de defesa da concorrência, perpassando por uma hipótese secundária: a de que a arbitragem é instrumento de política pública.

Na primeira parte do trabalho, buscamos compreender o *telos* (a finalidade) do Direito Antitruste. A perspectiva e o caminho adotado indicaram a necessidade de superação da compreensão – influenciada pela teoria da Escola de Chicago – da política pública de defesa da concorrência como sinônimo de eficiência econômica e pautada em único objetivo (bem-estar do consumidor).

Isto porque a premissa metodológica de que a política antitruste é desenhada apenas para atingir a finalidade do bem-estar do consumidor traz consigo a ideia de que a política pública antitruste é também orientada para atingir ganhos de eficiência, o que, conforme demonstrado, exclui a preocupação com a sua redistribuição ou mesmo com a efetividade da redistribuição. Desse modo, foi possível observar que o objetivo exclusivo do Direito Antitruste pautado no bem-estar do consumidor exclui variáveis importantes para a aplicação e efetividade da política pública de defesa da concorrência, negligenciando questões como os critérios de justiça social, desigualdade e redistribuição de riqueza. Assim, tal política pública é distorcida a partir da adoção de suposições e crenças bastantes simplificadas, com fundamento na autorregulação do mercado, racionalidade econômica e irrelevância distributiva.

Para além, foi possível identificar que a Escola de Chicago adota como premissa epistemológica a substituição da racionalidade jurídica pelo critério da racionalidade econômica sob o argumento de ser esta a única forma de alcançar uma maior previsibilidade e segurança na aplicação do Direito Antitruste, deixando em um segundo plano a teoria jurídica e, por conseguinte, afastando-se da consecução dos objetivos jurídicos constitucionalmente garantidos. Em uma clara “desconstitucionalização metodológica”<sup>568</sup>, distanciando-se de uma perspectiva de uma ordem jurídica, econômica e social.

Nesse sentido, apresentou-se a necessidade de uma aproximação à Constituição Federal para extrair a compreensão do Direito Antitruste com base no conteúdo normativo-constitucional que representa os valores de uma sociedade. Trata-se de uma necessária reorientação metodológica, tendo como ponto de partida obrigatório o texto constitucional,

---

<sup>568</sup> Schartz (2008, p. 15).

levando em consideração a livre iniciativa, a valorização social do trabalho, a justiça social e o valor fundante da dignidade da pessoa humana. Essa abordagem apontou a principal característica do Direito Antitruste, qual seja: instrumento de política pública direcionado à tutela do mercado, do consumidor e do ambiente concorrencial, à proteção e estímulo à inovação, bem como a promoção dos objetivos constitucionais. O que, por fim, possibilitou concluir que o Direito Antitruste possui pluri-objetivos que se vinculam ao interesse público e conforma regras de ordem pública.

Em seguida, apresentamos uma concepção da arbitragem como um instituto que pode ser utilizado para instrumentalizar o alcance de novas exigências sociais e econômicas relacionadas, principalmente, às suas reconhecidas vantagens, como o reduzido formalismo, celeridade, expertise dos árbitros; bem como a sua possibilidade de concretização de valores constitucionais como o acesso à justiça, a razoável duração do processo e eficiência. Tal fato indicou um caminho para a utilização da arbitragem para também auxiliar na instrumentalização de outras normas de Direito. Em uma perspectiva de possibilitar soluções de controvérsias com maior probabilidade de efetividade e adaptação às transformações socioeconômicas, oriundas de um Estado informacional.

Delineamos, então, um estudo acerca dos critérios de arbitrabilidade estipulados no Art. 1º da LArb: patrimonialidade e disponibilidade. Em vista da ausência de grandes questionamentos a respeito do critério de patrimonialidade, a pesquisa apresentou um debate acerca do critério da disponibilidade que trouxe os seguintes apontamentos:

- i. A superação da compreensão histórica e tradicional da arbitrabilidade objetiva a partir da dicotomia público-privado que afasta a possibilidade de arbitrabilidade de normas de interesse público e/ou de ordem pública, compreendendo nelas um caráter de indisponibilidade.
  - a) A possibilidade de arbitrabilidade de normas de ordem pública foi comprovada pelo fato de que sequer se trata de um dos critérios de arbitrabilidade estipulado no Art. 1º da LArb;
  - b) A possibilidade de arbitrabilidade de normas que tutelam interesses públicos foi consignada sob a compreensão de que inexistente uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado que justificaria a indisponibilidade do primeiro e a conseqüente inarbitrabilidade. Defendeu-se que a compreensão pela superioridade do interesse público, fundamentada na própria finalidade do Estado, que teria como obrigação principal a proteção da coletividade, é equivocada diante de três argumentos: b1. da análise sistemática da Constituição Federal foi possível extrair uma preocupação com a tutela dos interesses individuais (liberdade, igualdade, direito à saúde, direito à moradia, direitos trabalhistas) de forma

a que qualquer compreensão sobre a supremacia do interesse público parte de uma pressuposição abstrata sobre a qual deve prevalecer uma ponderação entre os interesses privados e públicos em cada caso concreto; b2. se o interesse público não é sempre predominante, uma vez que pendente de um juízo de ponderação com o interesse privado, refuta-se a tese de ser ele uma característica intrínseca da indisponibilidade e admite-se a possibilidade de arbitrabilidade de determinados direitos de natureza pública; b3. a supremacia do interesse público não pode ser depreendida como princípio exatamente pelo fato de que se há uma pressuposição de superioridade, afasta-se o juízo de ponderação característico dos princípios.

- c) A partir da consideração sobre a possibilidade de arbitrabilidade de direitos que tutelam os interesses públicos ou que possuem natureza de ordem pública, desde que não sejam afrontados, foi definida a inexistência de um sentido lógico na escolha da disponibilidade como critério de arbitrabilidade;
  - d) É possível solucionar pela via arbitral questões afetas a direitos indisponíveis, direitos cuja natureza jurídica traz consigo a tutela de interesses públicos e/ou a ordem pública, desde que esses direitos não sejam afrontados e possibilitem o alcance de seus objetivos;
  - e) O que foi possível extrair da análise das normas de ordem pública e de interesse público é que ambas dizem respeito a limites, consubstanciados no dever do árbitro de sempre aplicá-las e respeitá-las, sob pena de um controle em sede de anulação ou execução da sentença arbitral.
- ii. A compreensão da expansão da arbitrabilidade objetiva no Direito brasileiro foi demonstrada com base em três exemplos/argumentos:
- a) A análise da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) possibilitou observar que o legislador permitiu que controvérsias sobre direitos disponíveis que admitam transação, desde que homologada em juízo e com a participação do Ministério Público, podem ser objeto de mediação. Esta alteração trouxe a possibilidade de uma compreensão analógica nos casos de arbitrabilidade;
  - b) Áreas do Direito antes compreendidas como incompatíveis à arbitrabilidade, diante de alguns requisitos e em alguns casos, passaram a entender pela sua possibilidade: Direito Trabalhista, Direito Tributário e Direito Ambiental;
  - c) O conteúdo do Art. 852 do Código Civil, que dispõe sobre a possibilidade da arbitrabilidade de direitos indisponíveis cujo conteúdo seja a patrimonialidade, derogou o do Art. 1º da LArb. Tal fato nos permite considerar que o único critério da arbitrabilidade é a patrimonialidade, excetuando-se os casos que envolvam a Administração Pública direta ou indireta.

A seguir, foi apontado o encaminhamento da arbitragem como um instrumento de política pública, pois a indicação sobre a arbitrabilidade de normas de ordem pública e/ou de interesse público, a expansão da arbitrabilidade objetiva, a utilização da arbitragem em matérias que antes eram consideradas inarbitráveis e a consideração de que direitos indisponíveis podem ser arbitrados, encaminha a utilização da arbitragem em um sentido de proporcionar o alcance

de objetivos legais e constitucionais de um determinado direito, promovendo ainda o alcance de objetivos sociais e econômicos.

Dessa feita, ao ser destinada à concretização tanto de valores constitucionais como dos objetivos incertos em outras normas, a arbitragem não pode ficar adstrita a uma compreensão e conceituação abstrata, estritamente normativa, em que a sua conceituação é retirada apenas do conteúdo legal, reduzindo a compreensão de sua conceituação e de sua finalidade. Assim, é possível afirmar que a arbitragem não é apenas uma técnica de solução de litígios que mitiga o déficit da prestação jurisdicional. Outrossim, em sua natureza é encontrada a característica de instrumento de política pública.

Por consequência da caracterização da arbitragem como instrumento de política pública e do fato de que o Direito Antitruste também o é, podemos asseverar que o léxico comum pressuposto dessa inter-relação é o de natureza de “política pública”. No mesmo sentido, afirmamos que a compreensão da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem deve permear um diálogo, erigido exatamente a partir da compreensão desse léxico comum.

Da seção 4 do presente trabalho, que analisa o diálogo prático entre a arbitragem e o Direito Antitruste, foi possível depreender os seguintes apontamentos:

- i. A tutela do Direito Antitruste compreende a repressão e a prevenção de condutas anticompetitivas e é organizada e dividida em três esferas independentes e com atribuições e competências legalmente distintas: administrativa, cível e penal. As esferas administrativa e penal formam o *enforcement* público, enquanto a esfera cível representa o *enforcement* privado;
- ii. Dessa divisão foi verificada a possibilidade de determinar o critério de arbitrabilidade da inter-relação entre o Direito Antitruste e a arbitragem: a patrimonialidade. Isso porque, a arbitragem não pode invadir as competências exclusivas do Cade (esfera administrativa) e do Ministério Público e Judiciário (esfera criminal). Assim, fica adstrita a solucionar controvérsias que dizem respeito apenas ao âmbito civil;
- iii. Está estabelecido que os prejudicados por uma prática competitiva podem ingressar em juízo arbitral para requerer a cessação da conduta anticompetitiva e a reparação por eventuais danos no âmbito na esfera cível, uma vez que o objeto da lide possui repercussão no âmbito patrimonial, obedecendo o critério de arbitrabilidade;
- iv. A aplicação da arbitragem deve sempre respeitar os limites da arbitrabilidade na sua inter-relação com o Direito Antitruste: i. impossibilidade de decidir contrariamente à ordem pública e ao interesse público; ii. impossibilidade de submeter à arbitragem pedidos relacionados às esferas administrativa e penal, uma vez que são de competência exclusiva do Cade e do Judiciário, respectivamente;
- v. No âmbito do *enforcement* privado, aferimos que é possível o árbitro decidir sobre a reparação por danos tanto na hipótese em que já houve condenação na esfera judicial ou no âmbito do Cade quanto na hipótese em que as condutas

- anticompetitivas não foram decididas pelo Cade ou pelo Judiciário. Nesta última hipótese, verificamos que, mesmo nos casos de pedido de reparação civil decorrente de um delito, é possível que o árbitro decida sobre a controvérsia. Tal possibilidade vincula-se ao fato de que o árbitro não se manifestará sobre a ocorrência de um ilícito penal e também não aplicará sanção penal. Ele deve se limitar à análise sobre a conduta lesiva e se esta causou danos ou prejuízos para o requerente, aferindo, por fim, o nexo causal e o valor da sanção civil;
- vi. A pesquisa também demonstrou que a arbitragem contribui para a superação das dificuldades relacionadas ao estímulo e fortalecimento da reparação civil, posto que: i. a possibilidade de escolher árbitros com expertise na matéria de Direito Antitruste, inclusive economistas ou peritos, auxilia na análise e na elaboração dos cálculos referentes à apuração dos danos; ii. a maior celeridade do Direito Antitruste é uma vantagem que estimula a escolha das partes pela via arbitral; iii. a flexibilidade do procedimento arbitral enseja a possibilidade de adequar as regras, fases, prazos, audiências à complexidade do caso. O que nos permite afirmar que a arbitragem é um instrumento adequado para o fortalecimento do *enforcement* privado e, conseqüentemente do próprio Direito Antitruste. Comprova-se, dessa feita, que a arbitragem é um instrumento capaz de catalisar o *enforcement* privado e permitir a consecução dos seus objetivos.
- vii. Também foi possível estabelecer que a estipulação no PLS 283/2016 da possibilidade do signatário do TCC obrigatoriamente submeter à arbitragem os conflitos referentes à reparação de danos está vinculada ao reconhecimento de que a arbitragem, por ser mais célere, é um incentivo para a indenização do dano em um prazo condizente e também um fator de dissuasão à prática de condutas anticompetitivas. Nesse passo, é possível concluir que há um reconhecimento por parte do legislador quanto à arbitrabilidade do Direito Antitruste e à funcionalidade da arbitragem, ou seja, certifica-se que a arbitragem é instrumento capaz de proporcionar o fortalecimento do *enforcement* privado;
- viii. A partir da análise da Consulta Pública 05/2016, foi possível depreender que a comprovação do ressarcimento dos danos pela via arbitral, pelos participantes da infração concorrencial, conduz a uma redução da contribuição pecuniária. Tal fato possibilita uma decisão mais acertada (dada a expertise dos árbitros) e célere, evitando-se a procrastinação no tempo da redução da multa administrativa ou contribuição pecuniária no âmbito dos TCCs e também no âmbito dos Acordos de Leniência.
- ix. Todas as possibilidades de maior efetividade do Direito Antitruste no âmbito do *enforcement* privado contribui para a assertiva de que a arbitragem é confirmada como um instrumento do *enforcement* privado e como instrumento da política pública de defesa da concorrência;
- x. Do estudo dos quatro casos que estipularam a utilização da arbitragem no âmbito do Acordo em Controle de Concentração foi possível observar:
- a) Que o Cade não delega a sua competência ao inserir a cláusula arbitral nos ACCs;
  - b) A preocupação da autoridade antitruste brasileira com a funcionalidade e eficácia dos compromissos assumidos em sede de ACC quando se trata de remédios comportamentais, em vista da dificuldade de monitoramento;
  - c) Que todos os casos dizem respeito a solução de controvérsias no campo das relações contratuais entre as partes, tratando-se de direitos patrimoniais;

- d) A existência de um “Ciclo Virtuoso”, na medida em que a utilização da arbitragem cria um duplo incentivo para o *enforcement* do Direito Antitruste. Um deles relacionado aos estímulos aos contrainteresados, que possam vir a ser prejudicados pelo descumprimento do ACC, a aderir à cláusula arbitral. Isso porque, a arbitragem contribuirá para uma solução mais célere e efetiva para a reparação dos danos e evitará eventual procrastinação no tempo ao acesso a determinado serviço, produto ou infraestrutura; bem como as custas com o tribunal e com os honorários dos árbitros são de responsabilidade das compromissárias. O outro incentivo está relacionado ao estímulo às empresas compromissárias em cumprir com o ACC e a atuar de forma pró-competitiva e pode assim e pode ser explicados pelos seguintes fatores: i. o fato de a parte contrainteresada receber estímulos para aderir à solução arbitral aumenta a possibilidade de detecção do descumprimento do ACC, uma vez que a sentença arbitral é encaminhada ao Cade e este pode adotar sanções ou punições administrativas; ii. as custas com o Tribunal Arbitral e com os honorários dos árbitros são suportadas pelas compromissárias. Dessa feita, esse duplo incentivo induz a um aumento do custo para as compromissárias em caso de descumprimento do ACC representado: i. pela maior probabilidade de condenação no âmbito do *enforcement* privado que pode culminar em uma condenação em reparação no âmbito civil; ii. pelos custos com o Tribunal Arbitral e com os honorários dos árbitros; iii. aumento da possibilidade de sanções e penalizações na esfera administrativa.

Os incentivos apontados proporcionam uma maior efetividade tanto para o *enforcement* público quanto para o *enforcement* privado e, por conseguinte, uma maior efetividade do próprio Direito Antitruste, uma vez que impulsiona a consecução de seus pluri-objetivos. Assim, o papel da arbitragem em sede de controle de estruturas pode ser compreendido como o de indução, por meio de incentivos, dos objetivos do Antitruste.

Tão logo, não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de instrumentalidade da utilização da arbitragem como alternativa útil para o incremento do *enforcement* do Direito Antitruste. A arbitragem é um instrumento que pode contribuir para uma maior efetividade deste, na medida em que potencializa a consecução dos seus objetivos. Dito de outra forma, confirma-se a hipótese principal: a arbitragem como instrumento da política pública de defesa da concorrência. Sua utilização como meio de solução de conflitos alternativos é, indiscutivelmente, um grande passo na política antitruste brasileira e a sua evolução está associada a avanços legislativos e da própria jurisprudência que ainda não enfrentou o assunto.

**REFERÊNCIAS<sup>569</sup>**

ABRUCIO, F. L. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**, v. 41, p. 67-86, 2007. Número especial. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122007000700005>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ALLSOPP, V. Economics, canonizing discourse and the case for interdisciplinarity. **Journal of Contemporary European Studies**, v. 5, n. 11, p. 83-103, 1997. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02613539708455811>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ALVES, R. F. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro. In: WALD, A. (Org.). **Doutrinas Essenciais: arbitragem e mediação - Elementos da arbitragem e medidas de urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 962-963.

ANDRADE, J. M. A. de. **Economização do direito concorrencial e positivismo jurídico: entre a teoria da decisão e das provas**. 2013. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo -USP, São Paulo, 2013.

ANDRADE, J. M. A. de. **Economização do direito concorrencial**. São Paulo: Quartie Latin, 2014.

APRIGLIANO, R. de C. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, A. S. de. Arbitragem no direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set., 2017. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935/1674>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

AREEDA, P.; TURNER, D. F. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 4, p. 697-733, fev., 1975. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340237>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

AVILA, H. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 11, set./out./nov., p. 1-30, 2007. Disponível em: <<http://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

---

<sup>569</sup> De acordo com as Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: parte I (ABNT). 3a ed. rev., ampl. e mod. S o Paulo: SIBiUSP, 2016. (Cadernos de estudos 9). doi: 10.11606/9788573140606.



AZEVEDO, Á. V. Arbitragem. In: WALD, A. (Org.). **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e mediação – A Arbitragem, Introdução e Histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 647-648.

BAPTISTA, L. O. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BECKER, B. B. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v. 1, n. 2, p. 239-270, 2015. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

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

BERCOVICI, G. **Direito econômico aplicado: estudos e pareceres**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

BERCOVICI, G. **Desigualdades regionais, estados e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, n. 2, p. 27-63, 2005. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

BOIESSESON, M. de. As *anti-suit injunction* e o princípio da competência-competência. **Revista de Arbitragem e mediação**, v. 2, n. 7, p. 138-145, out./dez., 2005. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000759641>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

BORK, R. H. **The antitrust paradox a policy at war with itself**. New York: Free Press, 1993.

BORK, R. H.; BOWMAN, W. S. The Crisis in Antitrust. **Columbia Law Review**, v. 64, n. 3, p. 363-376, mar., 1965. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1120380>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011**. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado seja parte e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2011. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&ano=2011>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004.** Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas (PPP) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2004. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2004/lei-11688-19.05.2004.html>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução Normativa nº 109, de 26 de outubro de 2004.** Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução Normativa nº 109, de 26 de outubro de 2004.** Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.** Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica \_ CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Gabinete do Ministro, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Particular/Downloads/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016 (Texto Final Revisado).** Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897415&ts=1559280733655&disposition=inline>. Acesso em: 15 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Parecer (SF) nº 122, de 2018.** Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, do Senador Aécio Neves, que altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&ts=1559280733551&disposition=inline>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 7.108, de 2014.** Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2014. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1260569&filenome=PRL+1+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569&filenome=PRL+1+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014)>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 11.275, de 2018.** Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BREKOULAKIS, S. The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to Be Negative. **Austrian Arbitration Yearbook**, n. 22, p. 238-258, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1414325](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325)>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRIDGEMAN, J. The arbitrability of competition law disputes. **European Law Review**, v. 19, n.1, p.147-174, 2008.

BROZOLO, L. G. R. di. Arbitragem e direito da concorrência. **Revista de Arbitragem e mediação**, v 7, n. 27, out./dez., p. 162-194, 2010.

\_\_\_\_\_. EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italian v. Sky Italia. **Arbitration Internation**, v 29, n. 2, p. 223-242, 2013. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/272990908\\_EU\\_Merger\\_Control\\_Commitments\\_and\\_Arbitration\\_Reti\\_Televisive\\_Italiane\\_v\\_Sky\\_Italia](https://www.researchgate.net/publication/272990908_EU_Merger_Control_Commitments_and_Arbitration_Reti_Televisive_Italiane_v_Sky_Italia)>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCHAIN, L. C. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFRGS**, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43133>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BUDZINSKI, O. Monoculture versus diversity in competition economics. **Cambridge Journal of Economics**, n. 32, out., 2008, p. 295-324. Disponível em:

<[http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/010920154823\\_Budzinski2008.pdf](http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/010920154823_Budzinski2008.pdf)>. Acesso em: 5 dez. 2018.

CABRAL, P. S. **Remédios em atos de concentração: uma análise da prática do CADE**. 2014.105f. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público –MESP) - Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2014.

CABRAL, P. S.; MATTOS, C. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 57-94, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Particular/Downloads/247-970-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

CADE. **Guia de programas de compliance: orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Alu%C3%ADsio/Downloads/Guia%20Compliance%20-%20Vers%C3%A3o%20oficial%20janeiro-2016.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/copy\\_of\\_regimento-interno/regimento-interno-do-cade-ricade-aprovado-pela-resolucao-no-01\\_2012.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/copy_of_regimento-interno/regimento-interno-do-cade-ricade-aprovado-pela-resolucao-no-01_2012.pdf/view)>. Acesso em: 5 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14 de 2017**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=protocolo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em: 11 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n.º 08700.004860/2016-11 de 2017**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOr9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD\\_\\_jWNZZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOr9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XIK8ynD__jWNZZ)>. Acesso em: 11 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n.º 08700.005719/2014-65 de 2014**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=protocolo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em: 11 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração n.º 08700.000344/2014-47 de 2014**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em:

<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C\\_WYx8-DLg3Asdb\\_5X6gWUEG46fh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQLOx1zSd5Ar7d64C_WYx8-DLg3Asdb_5X6gWUEG46fh)>. Acesso em: 11 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32 de 2015.**

Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em:

<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8E2PNJOdnfgAcZ5TLmFCZ6hEnHU2wjo4vDKDbCUPVUBljV4kzaXV0BomZ9zUYGqdPwv4Y66v8p4GHYgjFLOHn9](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8E2PNJOdnfgAcZ5TLmFCZ6hEnHU2wjo4vDKDbCUPVUBljV4kzaXV0BomZ9zUYGqdPwv4Y66v8p4GHYgjFLOHn9)>.

Acesso em: 11 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Minuta Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica**

**Resolução nº [°], [°].** Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessaçao (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão. Fomenta as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais no Brasil de 2016a. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em:

<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNS2TN8xNfuL-ZV0Igz7M6mDWKP7op4-FuFchHuiIngcZvdA-s7T8TchSZFdhYJeW6a4Bea8Pj9RiqABwqjIWDP](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNS2TN8xNfuL-ZV0Igz7M6mDWKP7op4-FuFchHuiIngcZvdA-s7T8TchSZFdhYJeW6a4Bea8Pj9RiqABwqjIWDP)>.

Acesso em: 14 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Minuta de Exposição de Motivos de 2016b.** Brasília, DF: Ministério da Justiça,

2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste/20161125\\_exposicao\\_de\\_motivos\\_resolucao\\_acesso\\_rev\\_final.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste/20161125_exposicao_de_motivos_resolucao_acesso_rev_final.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Nota técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE de 2016c.** Articulação

entre as persecuções pública e privada a condutas anticompetitivas: estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil. Brasília, DF:

Ministério da Justiça, 2016. Disponível em:

<[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1\\_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuh01cgx-BuAiGIIdXH0CI2pcjLZznRWzf0X](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuh01cgx-BuAiGIIdXH0CI2pcjLZznRWzf0X)>.

Acesso em: 14 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Guia para análise de atos de concentração horizontal de 2016d.** Brasília, DF:

Ministério da Justiça. Disponível em:

<<file:///C:/Users/Alu%C3%ADsio/Downloads/Guia%20para%20An%C3%A1lise%20de%20Atos%20de%20Concentra%C3%A7%C3%A3o%20Horizontal%20julho-2016.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view)>. Acesso em: 15 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo n.º 08700009588/2013-04 de 2013**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <Processo Administrativo n.º 08700009588/2013-04 >. Acesso em: 15 jun. 2019.

CAHALI, F. J. **Curso de Arbitragem**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAM-CCBC. **RA 15/2016**. Publicidade em procedimentos com a Administração Pública Direta. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CAPONI, R. Natureza da arbitragem e controvérsias arbitrais. In: WALD, A. (Org.). **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e mediação – A Arbitragem, Introdução e Histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1143-1154.

CARAMELO, A. S. A competência da competência e a autonomia do tribunal. In: WALD, A. (Org.). **Arbitragem e mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33-62.

CARAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*. **Revista de arbitragem e mediação**, n. 27, p. 129-161, 2010.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHOSA, M. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 6. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2014.



CASSIDY, J. Interview with Richard Posner. **The New Yorker**, New York, 13 jan. 2010. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 17.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTRO, B. B. de. **Eficiência e rivalidade**: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento. 2017. 252f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Minas Gerais, 2017.

CASTRO, B. B. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 23, n. 2, p. 58-94, 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/410/201>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CAVALCANTI, R. de C. Acordos em controle de concentração e o instituto da arbitragem. **Revista IBRAC**. v. 3, n. 2, p. 28-45, nov., 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/222/112>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre ações de indenização por descumprimento de regras comunitárias no domínio antitruste**. Bruxelas, 2008. Disponível em: <[https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc\\_library=CIE01&doc\\_number=000040919&line\\_number=0001&func\\_code=WEB-FULL&service\\_type=MEDIA](https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000040919&line_number=0001&func_code=WEB-FULL&service_type=MEDIA)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control Situation as at 1st December 2014**. European Union, 2014 Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>>. Acesso em: 10 maio 2019.

COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO. **Concessão patrocinada para a exploração da operação de serviços de transporte de passageiros da linha 4 – Amarela do metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra**. 3ª via – Companhia do Metrô, 2006. Disponível em: <[www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2186](http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=2186)>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CONDADO, E. C. G. **A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça**. 2008. 253f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Londrina - UEL, Londrina, 2008.

CONGRESSO DOS EUA. **Arbitration Fairness Act of 2013**. EUA, 2013. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/878/text>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

CONOR, T. Arbitration and Competition Law: The Potential Role of Ireland in the Privatisation of Competition Law. **Hibernian Law Journal**, n. 1, p. 137-158, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2464619>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

CORDEIRO, A. Arbitragem na concorrência. **JOTA**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/arbitragem-na-concorrencia-26052017>>. Acesso em 14 de mar. 2019.

COOTER, R.; ULEN, T. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, A. Arbitragem, ordem pública econômica e antitruste. (informação verbal) In: **Arbitragem e Questões Econômicas Complexas** (Evento). São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 19 de abril de 2018.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUE, E.; FARIA, C. A. P. de. (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp, 2013. p. 181-200.

CRAIG, W. L.; PARK, W. W.; PAULSSON, J. **International chamber of commerce arbitration**. 2. ed. Paris: Oceana Publications Inc. 1990.

CRETELLA NETO, J. Quão sigilosa é a arbitragem? In: WALD, A. (Org.). **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e mediação – A Arbitragem, Introdução e Histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 125-152.

CVM. **Instrução Normativa n.º 358/2002**. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado, revoga a Instrução CVM no 31, de 8 de fevereiro de 1984, a Instrução CVM no 69, de 8 de setembro de 1987, o art. 3º da Instrução CVM no 229, de 16 de janeiro de 1995, o parágrafo único do art. 13 da Instrução CVM 202, de 6 de dezembro de 1993, e os arts. 3º a 11 da Instrução CVM no 299, de 9 de fevereiro de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst358.html>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo CVM nº RJ 2008/0713**. Diretor Relator Otávio Yazbek, DJ, 2010. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/0005/6517-0.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

DAMIANO, H. **Formas extrajudiciais de solução dos conflitos individuais do trabalho**. 2002. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79070019.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

DANTAS, Y. P. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n.1, p. 231-246, mai., 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/321/156>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

DI PIERRO JUNIOR, M. T. A indisponibilidade do interesse público e a participação da administração pública na conciliação. In: MARQUES-NETO, F. de A. et al. (Orgs.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem à Marua Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 188-204.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M.; MIELE, A. de F. “Delatar é preciso, punir não é preciso”: aspectos essenciais dos institutos que inovaram os processos sancionadores no Brasil. In: GOMES, L. F.; SILVA, M. R. da.; MANDARINO, R. P. (Orgs.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 239-269.

DOMINGUES, J. O.; MIELE, A. de F. **Definição e delimitação da notificação dos contratos associativos e uma possibilidade de boas práticas de controle de estruturas de patents pool pelo CADE: entre a “terceira-via” da teoria da organização industrial e a quarta fase do direito comercial**. [no prelo].

ESTADOS UNIDOS. US Court of Appeals for the Second Circuit - 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968). **Justia Us Law**, 20 mar. 1968. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/391/821/134195/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985). **Justia Us Supreme Court**, 2 jul. 1985. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

FARIA, J. E. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FARINA, F. M. Ações coletivas [privadas] como instrumento de efetividade na defesa da concorrência. **Revista do Ibrac**, v. 22, n. 1, p. 30-55, 2016.

FERRAZ JR. T. S. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, p. 11-31, nov., 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75/68>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

FERREIRA, O. A. V. A.; ROCHA, M. L.; FERREIRA, D. C. F. **Lei de arbitragem**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Jus Podivm, 2019.

FLYINN, J. J. Antitrust policy, innovation efficiencies, and the suppression of technology. **Antitrust Law Journal**, v. 66, n. 2, p. 487-525, 1998. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/40843407?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/40843407?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

FLYINN, J. J. Antitrust policy and the concept of a competitive process. **New York Law School Review**, v. 35, n. 4, p. 893-916, 1990. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nyls35&div=43&id=&page=>>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018a.

FORGIONI, P. A. Arbitragem, ordem pública econômica e antitruste. (informação verbal) In: **Arbitragem e Questões Econômicas Complexas** (Evento). São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 19 de abril de 2018b.

FOX, E. The efficiency paradox: how the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on u.s. antitrust. In: PITOFSKY, R. **NYU Law and Economics Research Paper**. Oxford, 2008. p. 77-101.

FOX, E. M. Against goals. **Fordham Law Review**, v. 81, n. 5, p. 2157-2161, 2013. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=4879&context=flr>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

FRANCESCHINI, J. I. G.; BAGNOLI, V. Tratado de direito empresarial: direito concorrencial. In: CARVALHOSA, M. (Coord.). **Tratado de direito empresarial**: direito concorrencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANZONI, D. **Arbitragem societária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, A. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017a.

\_\_\_\_\_. Arbitragem, confidencialidade e transparência: perspectivas e desafios para a formação de uma jurisprudência arbitral. **Jota**. 2017b. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-mercado/arbitragem-confidencialidade-e-transparencia-01112017>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e Concorrência: questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? – Parte I. **Jota**. 2018a. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-21032018>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e Concorrência: questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? – Parte II. **Jota**. 2018b. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-2-04042018>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e Concorrência: questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? – Parte III. **Jota**. 2018c. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/questoes-concorrenciais-podem-ser-resolvidas-pela-arbitragem-3-18042018>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (Coords.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139-158.

\_\_\_\_\_. A análise de eficiência em atos de concentração sob o enfoque do princípio retributivo. In: CARVALHO, V. M. de. (Org.) **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 181-199.

GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GABBAY, D. M.; PASTORE, R. F. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 43, p. 7-32, 2014. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Journals&mode=bypub&level=5&values=Journals%7E%7ERevista+Brasileira+de+Arbitragem%7EVolume+11+%282014%29>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

GAJARDONI, F. da F. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. **Revista Direito em (Dis)Curso**, v. 4, n. 2, p. 55-66, ago./dez, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rdd/article/view/10660/12451>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

GARCEZ, J. M. R. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. In: WALD, A. (Org.). **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e mediação – A Arbitragem, Introdução e Histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 456-457.

GERADIN, D. Public policy and breach of competition law in international arbitration: a competition law practitioner's viewpoint. **Tilec Discussion Paper**, n. 29, mai., p. 1-31, 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2786370>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

GIBBON, E. **A história do declínio e queda do império romano**. São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

GONÇALVES, E. D. **Arbitrabilidade Objetiva**. 2008. 183f. Tese (Doutorado). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2008.

GRAU, E. R. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 21, p. 141-148, mar., 2002. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72370/40935>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, E. R.; FORGIONI, P. A. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, A. P. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GRUNER, D. Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 41, n. 3, p. 923-964, 2003. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/298067329\\_Accounting\\_for\\_the\\_public\\_interest\\_in\\_international\\_arbitration\\_The\\_need\\_for\\_procedural\\_and\\_structural\\_reform](https://www.researchgate.net/publication/298067329_Accounting_for_the_public_interest_in_international_arbitration_The_need_for_procedural_and_structural_reform)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

GUERRERO, L. F. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRERO, L. F. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUIMARÃES, B. S. Direito privado na administração pública brasileira atual: algumas perspectivas. In: MARRARA, T. (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

HANOTIAU, B. The law applicable to arbitrability. **Singapore Academy of Law Journal**, n. 26, 2014. Disponível em: <<https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/336/Citation/JournalsOnlinePDF>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

HANOTIAU, B. The law applicable to arbitrability. In: VAN DEN BERG, A. J. **International Council for Commercial Arbitration Congress Series**. The Hague: Kluwer, 1999. p. 146-167.

HOVENKAMP, H. The Harvard Schools and the dominant firm. Penn Law: Legal Scholarship Repository. **SSRN**, 21 jun. 2007. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1014153](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014153)>. Acesso em: 11 dez. 2018.

HOVENKAMP, H. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.

HOVENKAMP, H. Antitrust's protected classes. **Michigan Law Review**, v. 88, n. 1, p. 1-48, out., 1989. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/1289134?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1289134?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 11 dez. 2018.

IDOT. L. Hearings Arbitration and Competition. In: **Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE)**. Competition Law & Policy OECD, 2010. p. 51-87. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

JACOBS, M. S. An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics. **UNC School of Law**, v. 74, n. 1, p. 220-266, 1995. Disponível em: <[https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/studia\\_szkolenia/07/artykul1.pdf](https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/studia_szkolenia/07/artykul1.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

JIMENEZ, L. M. A aplicação do direito concorrencial na arbitragem internacional. In: FINKESLSTEIN, C. (Org.). **Direito e Arbitragem**: estudos acadêmicos. Série Trabalhos Premiados, v. II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 202-249.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KORZUN, V. Arbitrating antitrust claims: from suspicion to trust. **International Law And Politics**, v. 48, ago., 2016. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1005&context=sjd>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

KUYVEN, L. F. M. O necessário precedente arbitral. In: WALD, A. (Org.). **Doutrinas Essenciais**: Arbitragem e mediação – A Arbitragem, Introdução e Histórico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1015-1033.

LEMES, S. M. F. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001.

LEMES, S. M. F. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? **CBAR**, 2004. Disponível em: <[http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

LEMES, S. M. F. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, S. M. F. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, C.; VITA, J. B.; CASADO FILHO, N. (Coords.). **Arbitragem internacional**: unidroit, cisp e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1-19.

LEMES, S. F. **Arbitragem em números e valores**: seis câmaras, 8 anos. Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.), 2018. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

LESLIE, C. R. Antitrust Made (too) simple. **Antitrust Law Journal**, v. 79, n. 3, p. 917-940, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2589598](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589598)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

LEVY, F. R. L. **Cláusulas escalonadas**: A mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.



LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KRÖLL, S. M. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LEW, J. D. M. Competition laws: limits to arbitrators' authority. In: MISTELIS, L. A.; BREKOULAKIS, S. L. (Eds). **Arbitrability: international and comparative perspectives**. The Hague: Kluwer, 2009. p. 241-262.

LIMA, B. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHÃES JUNIOR, D. B. de. **Arbitragem e direito concorrencial. A arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no Direito Brasileiro**. 2018. f. 196. Dissertação. (Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Porto Alegre, 2018.

MARRARA, T. A experiência do direito administrativo alemão: o que os brasileiros devem saber? In: SUNDFELD, C. A.; JURKSAITS, G. J. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARRARA, T.; TORELLI PINTO, J. O. Arbitragem e administração pública In: MUNIZ, J. de P.; BONIZZI, M. J. M.; FERREIRA, O. A. V. A. (Coords.). **Arbitragem e administração pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 341-370.

MARQUES NETO, F. de A. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, C. A.; JURKSAOTIS, G. J. (Orgs.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353-425.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, P. J. C. Existe uma regra da supremacia do interesse público? In: CARVALHO, F. L. de L. (Coord.) **Direito Administrativo Inovador**. São Paulo: Editora Juruá, 2015. p. 333-351.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, P. F. de. **Arbitragem e transação tributárias**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014a.

MENDONÇA, P. F. de. Arbitragem e transação tributárias. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014b. p. 341-370.

MONTEIRO, A. L. Q. Arbitragem e direito da concorrência: a contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, p. 226-247, 2018.

\_\_\_\_\_. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem petrobrás v. anp: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e convenção de Nova Iorque. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.15, n. 57, p. 57-98, abr./jun., 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-arbitragem-e-mediacao-2013-rarb/2018-v-15-n-57-abr-jun>> Acesso em: 18 ago. 2018.

MOREIRA NETO, D. de F. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 81-90, jul./set., 1997. Disponível em: <<file:///C:/Users/Particular/Downloads/47043-95003-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

MOTTA, M. **Competition Policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MOURRE, A. Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives. In: BLANKE, G.; LANDOLT, P. (Eds.). **EU and US Antitrust Arbitration: a handbook for practitioners**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 3-68.

MUNIZ, J. de P.; SILVA, J. M. R. M. da. Arbitragem com entes públicos: questões controvertidas. In: MUNIZ, J. de P.; BONIZZI, M. J. M.; FERREIRA, O. A. V. A. (Coords.). **Arbitragem e administração pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 149-172.

NERY, A. L. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **O que é interesse público numa sociedade complexa e plural não pode ser definido abstratamente, pois a velocidade das mudanças sociais e as particularidades de cada caso podem rapidamente tornar inadequadas as soluções pensadas casuisticamente pelo legislador**. 2015. f.408. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), São Paulo, 2015.

NUSDEO, F. **Curso de economia**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OCDE. Hearings: arbitration and competition 2010. **Competition Law & Policy OECD**, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Relationship between public and private antitrust enforcement – Brazil. **Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement**, 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En)>. Acesso em: 10 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Remedies in Merger Cases 2011. **Competition Law & Policy OECD**, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

OI, S.A. Em Recuperação Judicial. **Fato Relevante**, 2018. Disponível em: <[https://www.oi.com.br/ri/conteudo\\_pt.asp?idioma=0&tipo=43090&conta=28&id=252056](https://www.oi.com.br/ri/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=43090&conta=28&id=252056)>. Acesso em: 09 fev. 2019.

OLIVEIRA, G. J. de. Governança pública e parcerias do estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, n. 23, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-GUSTAVO-JUSTINO-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, edição 1, abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

OSTI, C. Antitrust: a Heimlich manoeuvre. **European Competition Journal**, v. 11, n. 1, p. 221-264, 2015. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/321512631\\_Antitrust\\_a\\_Heimlich\\_manoeuvre](https://www.researchgate.net/publication/321512631_Antitrust_a_Heimlich_manoeuvre)>. Acesso em: 29 jan. 2019.

PEREIRA, C. G. Arbitragem e Administração. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, edição 1, maio de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

PERITZ, R. J. A Counter-History of Antitrust Law. **Duke Law Journal**, p. 263-320, 1990. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol39/iss2/3>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

PERITZ, R. J. R. Toward a Dynamic Antitrust Analysis of Strategic Market Behavior. **N.Y. L. Sch. L. Rev.** v. 47, n. 101, 2003. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nyls47&div=11&id=&page=>>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

PFEIFFAER, R. A. C. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. 305f. Tese (Doutorado em direito econômico e financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP, São Paulo, 2010.

PITOFISKY, R. The political content of antitrust. **University of Pennsylvania Law review**, v. 127, n. 4, abr., 1979. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn_law_review)>. Acesso em: 22 dez. 2018.

POMBO, B.; DANTAS, I. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. **Jota**, 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas-06032015>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

POSNER, R. The Chicago school of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 925-948, 1979. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol127/iss4/15/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/15/)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

POSNER, R. **Economic analysis of law**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

QUEIROZ, P. A. de. **Direito antitruste: os fundamentos da promoção da concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

RAGAZZO, C. E. J.; BINDER, M. Defesa da concorrência e arbitragem internacional. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 2, p. 307-342, 2016.

REALE, M. Crise da justiça e arbitragem. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e mediação – A Arbitragem, Introdução e Histórico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2014.

RIBEIRO, A. C. TJPA incentiva conciliação fiscal. **Portal de notícias do TJPA**, Pará, 14 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/896846-tjpa-incentiva-conciliacao-fiscal.xhtml>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

RICCI, E. F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem. In: LEMES, S. F.; CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. (Coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernadno da Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 402-412.

ROST, M. A. **Arbitragem como componente de uma política pública de combate a carteis em licitação no Brasil**. 2018. 139f. Mestrado (Dissertação). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2018.

SALAMA, B. M. A Economia da Arbitragem. In: Luciano B. T. (Org.). **Manual de Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382-390.

SALLES, C. A. de. A confidencialidade possível: a administração pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 18, n. 1, p. 156-173, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28489>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SALLES, C. A. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SALOMÃO, C. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SALOMÃO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHERER, F. M. Conservative Economics and Antitrust: A variety of influences. In: PITOFISKY, R. (Org.). **How the Chicago School overshot the mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, New York: Oxford University Press, 2008. p. 30-39.

SCWARTZ, L. F. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. **FGV Direito Rio**, 2008. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/A\\_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o\\_Do\\_Direito\\_Da\\_Concorr%C3%A2ncia.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/A_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_Do_Direito_Da_Concorr%C3%A2ncia.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SEN, A. k. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, C. L. da.; CASTELLA, G. M. Acordo de Leniência e procedimentos arbitrais. **Jota**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-leniencia-e-procedimentos-arbitrais-25062019>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

SMEUREANU, I. M. **Confidentiality in International Commercial Arbitration**. Alphen Aan de Rijn: Kluwer Law International, 2011.

SOUZA, J. R.; GAMA, L. da. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). **Revista de Direito Administrativo**, n. 241, p. 121-157, jul./set., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

STEIN, R. **Arbitrabilidade no direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

STUCKE, M. E. Reconsidering Antitrust's Goals. **Boston College Law Review**, v. 53, n. 2, p. 551-629, mar., 2011. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol53/iss2/4/>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

STUCKE, M. E. Behavioral economists at the gate: antitrust in the twenty-first century. *Legal Studies Research Paper Series*. **The University of Tennessee College of Law**, v. 38, p. 513-591, 2007. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=981530](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981530)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. O Cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, mai./ago., 2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/Particular/Downloads/41529-86601-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TALAMINI, E. Competência-competência e as medidas arbitrais pretendidas pela administração pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, p. 127-153, 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RArbMed\\_n.50.09.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.09.PDF)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TALAMINI, E. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, E.; JUSTEN, M. S. (Coords.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TALBOT, C. Arbitration and Competition Law: The Potential Role of Ireland in the Privatisation of Competition Law. **Hibernian Law Journal**, v. 1, p. 137-158, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2464619>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TIBURCIO, C. Arbitragem envolvendo a administração pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual. In: MUNIZ, J. de P.; BONIZZI, M. J. M.; FERREIRA, O. A. V. A. (Coords.). **Arbitragem e administração pública**: temas polêmicos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 111-130.

TIBURCIO, C. Arbitragem envolvendo a administração pública: estado atual no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, v. 11, n. 58, p. 62-82, 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2559>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TIMM, L. B.; SILVA, T. T.; RICHTER, M. de. S. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. In: MUNIZ, J. de P.; BONIZZI, M. J. M.; FERREIRA, O. A. V. A. (Coords.). **Arbitragem e administração pública**: temas polêmicos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 13-34.

TOWNLEY, C.; CARDINALI, A. L. A utilização dos precedentes da União Europeia no direito concorrencial brasileiro. In: RODAS, J. G. (Coord.). **Direito econômico e social**: atualidades e reflexões sobre o direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 127-202.

TRABUCO, C.; GOUVEIA, M. F. A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts. In: DUARTE, R. P. et al. (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1-53. Disponível em: <[https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScholarsTexts/miscellaneus/A\\_arbitrabilidade\\_das\\_questoes\\_de\\_concorrencia\\_\\_C\\_Trabuco\\_e\\_M\\_Gouveia.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScholarsTexts/miscellaneus/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrencia__C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Opinion of Advocate General Saggio. **Case EcoSwiss v. Benetton International**, 1999. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-126/97#>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

TRUBEK, D. M.; COUTINHO, D. R.; SHAPIRO, M. G. New State activism in Brazil and the challenge for law. In: TRUBEK, D. M.; COUTINHO, D. R.; GARCÍA, H.; SANTOS, Á. (Orgs.). **Law and the New Development State**: The Brazilian Experience in Latin America Context. New York: Cambridge University Press, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do tribunal de justiça**. Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, [1999] ECR I-3055, 1999. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0126&from=EN>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

UNCITRAL. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**, New York 1958. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>. Acesso em: 28 set. 2017.

VAZ, I. Arbitrabilidade do Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n.1, p. 353-385, 2009.

VENTURI, E. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan., 2016. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod\\_resource/content/0/TRANSACAO\\_DE\\_DIREITOS\\_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

VERÍSSIMO, L. B. de O. Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do Cade. **Revista do IBRAC**, v. 23, n.2, p. 331-346, 2017.

VISCUSI, K. W.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JUNIOR, J. E. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4 ed. Cambridge, Massachusetts : The MIT Press, 2005.

WALD, A. **Arbitragem e mediação**: arbitragem internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WARAT, L. A. **O ofício de mediador**. Florianópolis: Habistus, 2001

WEISBROD, B. A. Conceptual perspective on the public interest: an economic analysis. In: WEISBROD, B. A. et al. (Orgs.). **Public interest in law**: an economic and institutional analysis. Berkley: University of California, 1978. p. 4-29.

WU, T. **The curse of bigness**: antitrust the new gilded age. New York: Columbi Global Reports, 2018.

YOUSSEF, K. The death of inarbitability. In: MISTELIS, L. A.; BREKOULASKIS, S. L. (Eds.). **Arbitrability**: International & comparative perspectives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. p. 47-68.

ZIERBATH, J. A. B. de M. **Estado, políticas públicas e governança democrática**: uma contribuição jurídica para a interface entre a política de concorrência e outras políticas públicas à luz de um novo modelo de intervenção estatal no Brasil. 2013. 291f. Mestrado (Dissertação) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.



ZIMMERMANN, D. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos a luz dos princípios da eficiência e do acesso a justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 4, n. 12, p. 69-93, jan./mar., 2007.

## ANEXOS

### ANEXO A – CLÁUSULAS ARBITRAIS

#### **Caso “ICL/Fosbrasil” - 2014 - (Acordo em Controle de Concentração nº 08700.000344/2014-47)**

3.6. No caso de uma alegada recusa pela Fosbrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que tenha submetido pedido de boa-fé à Fosbrasil, e caso esse produtor alegue que a recusa da Fosbrasil não teve justificativa objetiva, o CADE poderá, se apropriado, solicitar à ICL Brasil que dê início a processo de arbitragem para dirimir a questão, de acordo com práticas usuais de negócio.

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

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

3.6.3 Os custos do árbitro(s) serão pagos pela ICL Brasil, exceto se no fim do processo for estabelecido que a reclamação foi feita pelo produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil alegadamente prejudicado de má-fé e/ou foi baseada em informações falsas ou enganosas, caso em que esse produtor que reclamou deverá reembolsar a ICL Brasil pelos custos do árbitro(s).

3.6.3.1 A má-fé e/ou falsidade/enganosidade deverá ser atestada pelo CADE, que deverá para isso levar em consideração a opinião não vinculante exarada pelo(s) árbitro(s).

3.6.4 Se o CADE decidir pelo início de um processo de arbitragem, o produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que protocolou a reclamação deve ser

notificado dos termos das cláusulas 3.6.2 e 3.6.3 acima e deve expressamente concordar em se vincular a eles para o prosseguimento do procedimento.

**Caso ALL/RUMO - 2015 (Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32)**

**H. SOLUÇÃO ARBITRAL**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

## **Caso Bovespa/Cetip – 2017 (Acordo em Controle de Concentração n.º 08700.004860/2016-11)**

### II.3. Solução de Controvérsias por Arbitragem

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

2.9. Para efeitos desse ACC “Prestação de Serviços de CSD” significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal.

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

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

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

2.13. O Tribunal Arbitral terá poderes para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso à Prestação de Serviços CSD, desde que esses elementos tenham sido objeto de efetiva negociação entre as partes durante o período de negociação, com vistas a obter um acordo que seja comercialmente razoável.

2.14. A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral.

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

2.16. As Compromissárias deverão enviar cópia da sentença arbitral ao CADE e à CVM em até 5 (cinco) dias contados da ciência da decisão arbitral.

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

2.18. A arbitragem não vincula a CVM, que poderá, no âmbito do seu mandato legal e a seu exclusivo critério, aguardar o desfecho da arbitragem, mesmo que já lhe tenham sido submetidos assuntos relativos a políticas, regras, preços ou condições de acesso.

**Caso At&T/TimeWarner- 2017 (Acordo em Controle de Concentração nº 08700.001390/2017-14)**

**6. DA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONTROVÉRSIAS.**

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”).

6.2. A Arbitragem será conduzida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CCBC”) e de acordo com as regras de arbitragem (“Regras”) do CCBC vigentes à época do pedido de Arbitragem. A sede da Arbitragem será na cidade de São Paulo, mas procedimentos poderão ser realizados em outras localidades, inclusive audiências, bem como a assinatura de sentença pelos árbitros.

6.3. As Compromissárias arcarão com as custas da CCBC e os honorários dos árbitros se o grupo econômico da Prestadora de TV por Assinatura ou o grupo econômico da programadora de Canais de Programação não tiver mais de 20% de participação em qualquer mercado relevante, conforme definido no parecer da SG.

6.4. A arbitragem será conduzida por tribunal arbitral de reputação incontestável composto por 1 (um) ou 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”), nomeados de acordo com as Regras, com experiência em contratos desta natureza, autorizada a nomeação de árbitros que não façam parte da lista do CCBC. É aconselhável ter 1 (um) árbitro, ao menos que o valor sob disputa seja acima de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) e a CCBC entenda que o conflito é especialmente complexo. A nomeação dos árbitros pelos co-árbitros ou pela CCBC será precedida de consulta às partes com, no mínimo, indicação de nomes em potencial, estando as partes autorizadas a vetar pelo menos um dos nomes.

6.4.1. Havendo indicação pelo Tribunal Arbitral de reclamação de má-fé e/ou baseada em informações falsas ou enganosas no final do procedimento, o reclamante deverá reembolsar a AT&T pelos custos da Arbitragem, incluindo às custas da CCBC e os honorários dos árbitros.

6.5. A Arbitragem será suspensa se a parte interessada não demonstrar ter havido tentativa de negociação prévia durante 3 (três) meses, para que as partes tentem negociar por igual período antes de iniciar a Arbitragem.

6.6. 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.

6.7. A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral. O Tribunal Arbitral poderá prorrogar o prazo para emissão de sentença, caso haja circunstâncias excepcionais que justifiquem tal prorrogação.

6.8. Enquanto não houver solução definitiva, a AT&T e as suas Afiliadas, bem como a SKY e suas Afiliadas, deverão manter as condições contratuais vigentes sem solução de continuidade dos serviços prestados. A sentença arbitral será aplicada retroativamente à data de expiração do prazo originalmente prevista no acordo então vigente das partes.

6.9. 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.