

ORGANIZADORES
AMANDA ATHAYDE
MARIA AUGUSTA ROST
ALINE RANGEL
GABRIEL SPILLARI

ARBITRAGEM

TEORIA, PRÁTICA E AMBIENTE REGULADO

2024



Organizado por:
Amanda Athayde
Maria Augusta Rost
Aline Rangel
Gabriel Santana Spillari

Arbitragem: Teoria, Prática e Ambiente Regulado

Volume I (2024)

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Brasília

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UNB)

A664 Arbitragem [recurso eletrônico] : teoria, prática e ambiente regulado / organizado por: Amanda Athayde ... [et al.]. - Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2024.
134 p. : il.

Inclui bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web.
ISBN 978-85-87999-18-4.

1. Arbitragem. 2. Direito - Estudo e ensino. I. Athayde, Amanda (org.).

CDU 34

Heloiza dos Santos - CRB 1/1913

Sumário

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	7
SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES.....	9
APRESENTAÇÃO	13
CONSENSUALISMO E DISPUTE BOARDS: O QUE A EXPERIÊNCIA RECENTE DA ANTT PODE SINALIZAR DE TENDÊNCIA PARA O FUTURO?	18
<i>Amanda Athayde.....</i>	<i>18</i>
<i>Cynthia Ruas.....</i>	<i>18</i>
<i>Maria Augusta Rost.....</i>	<i>18</i>
(I) ARBITRAGEM E PROCEDIMENTO	29
OS DESDOBRAMENTOS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	30
<i>Fernanda Hellen Santana de Mesquita</i>	<i>30</i>
ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO DO INSTITUTO MILENAR NA CULTURA BRASILEIRA.....	37
<i>Lucas Araujo de Castro</i>	<i>37</i>
O PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA (KOMPETENZ-KOMPETENZ) EM ARBITRAGEM. UMA INTRODUÇÃO QUANTO A SUA PREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
<i>Caio Figueiredo Diniz.....</i>	<i>42</i>
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ÁRBITRO.....	48
<i>Lyandra Souza de Luccas</i>	<i>48</i>
DO DEVER DE REVELAR AO ÔNUS DE CONHECER: AS DUAS FACES DA CONFIANÇA DEPOSITADA NOS ÁRBITROS	55
<i>Vinicius de Lara Ribas.....</i>	<i>55</i>
PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM	61
<i>Livia Henriques Vasconcelos de Paiva.....</i>	<i>61</i>
A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A AUTONOMIA JURÍDICA DAS TRANSNACIONAIS: PROCESSO ARBITRAL COMO BASE DA AUTONOMIA JURÍDICA DA COMUNIDADE MERCANTIL	69

<i>João Victor Caribé da Costa Carvalho</i>	69
O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM ENTRE INVESTIDORES E ESTADOS: UMA ANÁLISE DO CASO PYRAMIDS OASIS PROJECT.....	76
<i>Roney Olímpio Barbosa Junior</i>	76
(II) ARBITRAGEM TEMÁTICA.....	86
ARBITRAGEM NO TCU: CONTROLE EXTERNO, EVOLUÇÃO E ADESÃO.	87
<i>Suelen de Lima Rocha</i>	87
O PROBLEMA DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL: A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS	93
<i>Rafaela Krauspenhar</i>	93
CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM.....	98
<i>Ana Livia Nazário da Silva</i>	98
DIREITO NO AGRONEGÓCIO E SUAS LIGAÇÕES COM A ARBITRAGEM	105
<i>André Eduardo Rocha de Oliveira</i>	105
ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO AGRONEGÓCIO	111
<i>André Peyneau Curcio</i>	111
ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS	116
<i>Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro</i>	116
ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES E ESTADO DA ARTE	123
<i>Rafael Luís Müller Santos</i>	123
(III) ARBITRAGEM SETORIAL.....	129
REGIME DE DIREITO PÚBLICO MITIGADO E O CASO PETRA ENERGIA S.A. X ANP: UM ESTUDO CRÍTICO	130
<i>Lucas Jobim Santi</i>	130
ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO: A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA.....	136
<i>Marcela de Marchi Dias</i>	136

ARBITRAGEM E ANATEL: A APLICAÇÃO DO MÉTODO NO SETOR PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL.....	143
<i>Beatriz Carvalho Wolski.....</i>	<i>143</i>

SOBRE OS ORGANIZADORES

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrência, Compliance e Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora e organizadora de livros, autora, também, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 e abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Maria Augusta Rost é Advogada. Sócia Fundadora do escritório Fenelon, Barretto e Rost Advogados. Autora da obra "Arbitragem como Política Pública". Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (2018). Especialização em Regulação e Economia pela FGV (2022). Especialização em Processo Civil nos Tribunais Superiores pelo Centro Universitário de Brasília (2015). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2006). Chefe de Gabinete do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2015). Sócia do escritório Justen, Pereira, Oliveira Talamini (2011 - 2015). Assessora Especial do Secretário Executivo do Ministério da Justiça (2010). Assessora do Desembargador José Laurindo no Tribunal de Souza Netto no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2009). Representante legal no escritório Nabas Legal Consultancy em Londres, Reino Unido (2008 - 2009). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem: CBAr. Listada como árbitra em diversas Câmaras. Professora de Online Dispute Resolution do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP (2022). Professora de Arbitragem do Instituto Brasiliense de

Direito Público IDP (2019). Coordenadora de programa de arbitragem doméstica e internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília UnB (2016 2017). Professora voluntária da disciplina de arbitragem na Universidade de Brasília UnB - enfoque nos procedimentos com a Administração Pública (2024). Membro da rede Womens Leadership Network Program da Universidade de Columbia, NYC.

Aline Rangel é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília - PPGD/UnB, pós-graduada em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP. É servidora pública no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Gabriel Santana Spillari é estudante de Direito na Universidade de Brasília - UNB. Pós-graduando em Direito Aeronáutico na Faculdade Unyleya. Graduado em nível tecnológico no curso de Gestão de Serviços Jurídicos e Notarias pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduado em Direito Privado e em Direito Público pelo Instituto Legale. Possui interesse nas áreas de Direito Comercial, Direito Empresarial, Mercado de Capitais, Aviação e Setor Aéreo. Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Aline Rangel é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília - PPGD/UnB, pós-graduada em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP. É servidora pública no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrência, Compliance e Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora e organizadora de livros, autora, também, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 e abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Ana Livia Nazário da Silva é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

André Eduardo Rocha de Oliveira é graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Atua como estagiário no Escritório Franceschini Oliveira Advogados Associados. Monitor de Teoria Geral do Estado, sob a docência do professor Menelick de Carvalho Netto.

André Peyneau Curcio é graduando em Direito na UnB e estagiário de Comércio Exterior no escritório Barral, Parente e Pinheiro Advogados.

Beatriz Carvalho Wolski é graduanda em Direito pela Universidade de Brasília.

Caio Figueiredo Diniz é natural de Belo Horizonte, Minas Gerais. Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Com mobilidade acadêmica ANDIFES na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Cynthia Ruas é Especialista em Regulação da ANTT - Direito, desde 2013. Atualmente, é Chefe de Gabinete e Superintendente Substituta da Superintendência de Concessão da Infraestrutura. Já ocupou cargos na ANTT de Coordenadora Substituta de Defesa da Concorrência, Coordenadora de Relações Internacionais, Gerente de Relacionamento Internacional e com o Mercado, Gerente de Regulação Aplicada e Superintendente Executiva Interina. Anteriormente, teve experiências profissionais em direito da concorrência no CADE e no Trench Rossi Watanabe, com ênfase em carteis e leniências. É advogada e detém pós-graduação em Direito do Estado e MBA em Economia Comportamental.

Fernanda Hellen Santana de Mesquita é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Gabriel Santana Spillari é estudante de Direito na Universidade de Brasília - UNB. Pós-graduando em Direito Aeronáutico na Faculdade Unyleya. Graduado em nível tecnológico no curso de Gestão de Serviços Jurídicos e Notarias pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduado em Direito Privado e em Direito Público pelo Instituto Legale. Possui interesse nas áreas de Direito Comercial, Direito Empresarial, Mercado de Capitais, Aviação e Setor Aéreo. Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.

João Victor Caribé da Costa Carvalho é graduando em Direito na Universidade de Brasília e estagia no 13º gabinete, do Desembargador Federal Eduardo Martins, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Livia Henriques Vasconcelos de Paiva é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Lucas Araujo de Castro é aluno da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Membro do grupo de estudos de direito empresarial e arbitragem da UnB.

Lucas Jobim Santi é aluno da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Estagiário no Santiago Meneses & Oliveira Advocacia.

Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro é graduando em Direito na Universidade de Brasília.

Lyandra Souza de Luccas é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Marcela de Marchi Dias é estudante da Graduação de Direito da UnB e cursa o 5º semestre. Estagia atualmente na Assessoria da Diretoria (ASD) da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Maria Augusta Rost é Advogada. Sócia Fundadora do escritório Fenelon, Barretto e Rost Advogados. Autora da obra "Arbitragem como Política Pública". Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (2018). Especialização em Regulação e Economia pela FGV (2022). Especialização em Processo Civil nos Tribunais Superiores pelo Centro Universitário de Brasília (2015). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2006). Chefe de Gabinete do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2015). Sócia do escritório Justen, Pereira, Oliveira Talamini (2011 - 2015). Assessora Especial do Secretário Executivo do Ministério da Justiça (2010). Assessora do Desembargador José Laurindo no Tribunal de Souza Netto no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2009). Representante legal no escritório Nabas Legal Consultancy em Londres, Reino Unido (2008 - 2009). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem: CBAr. Listada como árbitra em diversas Câmaras. Professora de Online Dispute Resolution do Instituto Brasileiro de Direito Público IDP (2022). Professora de Arbitragem do Instituto Brasileiro de Direito Público IDP (2019). Coordenadora de programa de arbitragem doméstica e internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília UnB (2016 2017). Professora voluntária da disciplina de arbitragem na Universidade de Brasília UnB - enfoque nos procedimentos com a Administração Pública (2024). Membro da rede Womens Leadership Network Program da Universidade de Columbia, NYC.

Rafael Luís Müller Santos é graduando em Direito na Universidade de Brasília.

Rafaela Krauspenhar é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Roney Olímpio Barbosa Júnior é graduando em Direito na Universidade de Brasília.

Suelen de Lima Rocha é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Vinicius de Lara Ribas é estudante de Direito na Universidade de Brasília. Sociólogo e Cientista Político, Mestre em Ciência Política e Doutor em Ciência Política pela

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com a tese “Dinâmicas e Formatos dos Sistemas Partidários Estaduais Brasileiros (1982-2018)”, defendida em 2020. É Coordenador-Geral da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, desde 2023. E-mail: viniciusdelaribas@gmail.com.

(II) Arbitragem

temática

ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES E ESTADO DA ARTE

Rafael Luís Müller Santos

INTRODUÇÃO

Em contexto inicial, ao se analisar a literalidade das Leis de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), pode-se pensar, em primeira avaliação, que a convergência entre os temas propostos neste breve artigo não seria lícita, tampouco possível, tendo em vista o Direito Antitruste tutelar direitos difusos¹, em especial, a defesa da concorrência, enquanto a arbitragem ser direcionada expressamente para direitos patrimoniais disponíveis².

Entretanto, para além da dimensão pública tutelada pela Lei 12.529/2011, não há a necessária exclusão da dimensão privada, nas suas diversas formas para solução de conflitos. Em meio às discussões travadas diariamente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Autarquia Federal que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, há uma série de problemáticas e lides privadas na seara econômica e até mesmo contratual de diversos mercados, que podem ser endereçados, em certa medida, pelo mecanismo da arbitragem. Logo, esse meio é um dos caminhos a serem desenvolvidos no *fortalecimento* privado da Defesa da Concorrência, que ainda precisa ser trilhado com mais ênfase no Brasil.

A Arbitragem pode ser mecanismo para dar efetividade ao sistema privado quando usada de forma bem aplicada, com objeto bem definido e com adequada delimitação de efeitos. Dessa forma, este breve trabalho visa explorar a utilização desse mecanismo no ordenamento brasileiro, as principais discussões atinentes ao tema e o cenário atual legislativo e jurisprudencial da Autoridade.

¹ Art. 1º da Lei nº 12.529/2011: 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. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

² Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

REFLEXÕES INICIAIS

O debate da arbitragem na seara concorrencial não é simples, tampouco permissiva de se chegar a conclusões em abstrato e fechadas. A análise do caso concreto se faz essencial para melhor compreender como será utilizado mecanismo, qual sua finalidade e se seria realmente efetivo para atender esta, além de verificar sua legalidade e constitucionalidade.

Dentre essas discussões, pode ser citada, em primeiro lugar, o alerta da OCDE sobre a inafastabilidade e/ou irredutibilidade da competência da Autoridade Concorrencial frente a arbitragem, sendo que não se poderia restringir o *enforcement* do Cade, mas apenas ser um mecanismo de forma a facilitar e complementar a sua atuação.

Essa discussão pode se dar em duas situações principais: a primeira diz respeito aos casos em que o Cade já analisou a conduta anticompetitiva ou ato de concentração econômica e seu Tribunal Administrativo já emitiu decisão. No modo descrito, utilizar-se da arbitragem para aplicar a decisão da Autoridade seria, de forma evidente, uma maneira de complementar o *enforcement* público.

Situação a ser pensada com mais cautela seria aquela em que ainda não houve *enforcement* público, o que torna a discussão mais difícil e complexa, tendo como base uma possível desarmonia entre decisões, problema este que não é específico da arbitragem e poderia ocorrer no âmbito do judiciário também, mas que devem ser endereçados na tentativa de utilizar a arbitragem com maior harmonia no ponto de vista de unidade do sistema entre as esferas pública e privada.

Mesmo diante das nuances e limites a serem estabelecidos, tem-se como baliza que a decisão arbitral não vincula o Cade, tampouco interfere na competência da Autoridade, que diz respeito a uma questão de arbitrabilidade objetiva é um ponto de partida em tal aspecto. Cabe pontuar, entretanto, que, nessa mesma linha, deve-se pensar quais questões deveriam estar, a priori, fora do âmbito da arbitragem, de forma a preservar aquilo que não pode ser afastado do caráter mandatório do *enforcement* público, além de limite de competência de árbitros e como equacionar a relação das Câmaras Arbitrais com a Autoridade.

Além disso, vale mencionar também preocupações no que tange a atuação de agentes dominantes e com alta participação de mercado, sendo que o resultado de uma

arbitragem envolvendo tais agentes podem gerar repercussões mais extensas do que apenas entre os componentes da lide, além repercussão no restante do mercado também discussões como eventual intervenção de terceiros no processo arbitral, publicidade das decisões a partir da mitigação do sigilo do processo arbitral.

E no âmbito propriamente da arbitragem, deve-se pensar como as partes poderiam afastar o direito cogente para o tribunal arbitral aplicar ou não o direito concorrencial, não alterando a competência do Cade, mas um exercício da autonomia privada na escolha das normas que iriam reger o procedimento arbitral. Reflexão esta que ainda gera dúvidas se seria lícita, ineficaz (arbitragem seguiria sem a aplicação da cláusula) ou até inválida, sendo, neste último caso, cancelada a arbitragem.

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A mais recente alteração legislativa em sede do Direito da Concorrência está inserida no âmbito do *enforcement* privado e o incentivo do legislador para melhor viabilizar tal instrumento. Nessa linha, a Lei 14.470/2022 realizou a alteração de alguns dispositivos da Lei 12.529/2011 para incentivar as Ações Cíveis de Reparação de Danos Concorrenciais, possibilitando direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos decorrentes de ilícito anticoncorrencial, que seria o caso daqueles que não colaboraram em sede da política de acordo da Autarquia.

Dessa forma, em curta análise, percebe-se que a nova norma tem como intuito, além do efeito dissuasório para o cometimento de ilícitos antitruste, incentivar o *enforcement* privado e a política de acordos (Termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Leniência) que são implementados pelo Cade na persecução de Cartéis e outras condutas ilícitas no âmbito concorrencial.

Diante dessa contextualização inicial da referida atualização legislativa, cabe mencionar que o projeto de lei³ referente tinha previsão da obrigatoriedade de submissão de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) ao juízo arbitral, conforme redação:

³ Projeto de Lei nº 11.275, de 2018 (Projeto de Lei nº 283, de 2016, no Senado Federal).

Art. 1º do Projeto de Lei, na parte em que altera o § 16 do art. 85 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

“§ 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. ”

Essa imposição de previsão de cláusula arbitral foi objeto de veto presidencial⁴, com a justificativa de que tal medida contraria o interesse público, aumentando os custos para as partes. Apesar de não adequadamente fundamentado, o veto presidencial foi uma decisão acertada, na medida que não se considerou os diferentes perfis de casos (variados mercados e cenários) e perfis de Compromissários (aqueles que firmam TCCs com o Cade).

Nessa linha, a questão não deve ser impositiva de forma a onerar de pronto as partes, mas sim pensada no caso concreto. Exemplo de cartéis considerados “pequenos”, como regionais no mercado de combustíveis, ou o Cartel de Padarias do DF que envolveram empresas pequenas com caráter sobretudo familiar, e que não teriam condições de arcar com os custos de arbitragem.

Dessa forma, entende-se que, como incentivo, a arbitragem pode ser utilizada como um benefício e ser colocada ao dispor para as partes. Já como imposição, conforme previa a reforma legal, não se alcançaria os benefícios pretendidos, além de gerar eventuais prejuízos ao *enforcement* público e a política de acordos que é muito prezada pelo Cade, tendo em vista que essa permite a persecução de novos casos e a robustecer conjuntos probatórios com informações trazidas pelos colaboradores.

⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm.

JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Há alguns exemplos de casos que mostram a evolução da utilização das cláusulas arbitrais pelo Cade na última década – Grupo ICL/Fosbrasil (2014)⁵, All/Rumo (2015)⁶, Tam/Iberia/British (2017)⁷, Bovespa/Cetip (2017)⁸, AT&T/Time Warner (2017)⁹, Petrotemex/Petrobrás (2017)¹⁰, Oi Móvel (2022)¹¹, REAM/ATEM –Petrobrás (2022)¹².

No primeiro caso em que foi adotada a solução da arbitragem, em sede de controle de estruturas, de relatoria da Conselheira Ana Frazão, havia um conflito que tinha uma dimensão privada - pontual em relação aos efeitos e objetos. Dessa forma, entendeu-se que a arbitragem poderia subsidiar com informações se o compromisso comportamental de não discriminação estaria sendo cumprido, sendo que o Cade utilizaria a arbitragem como entendesse aplicável ao caso no âmbito do *enforcement* público, podendo até discordar da decisão arbitral.

A título de exemplo, no caso REAM mencionado acima, que é uma das previsões mais recentes da cláusula arbitral, observa-se cuidadoso detalhamento nos termos do acordo de forma a endereçar algumas questões discutidas no presente artigo, como: o fato de, sem prejuízo das competências regulatórias da ANATEL e das competências do Cade, a Compromissária poder iniciar procedimento arbitral privado para buscar a solução de controvérsias decorrentes das obrigações previstas no acordo; a definição prévia de Câmara e seu respectivo regulamento; delimitações sobre a competência do tribunal arbitral e os respectivos objetos de análise e decisão deste; a obrigação de envio das decisões arbitrais ao Cade e a não vinculação deste e da ANATEL às deliberações da arbitragem.

⁵ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47.

⁶ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65.

⁷ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10.

⁸ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11.

⁹ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14.

¹⁰ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32.

¹¹ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

¹² Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.006512/2021-37.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, compreende-se que estamos diante de um assunto complexo, que envolve a tentativa de equilibrar o âmbito público e privado em medidas diferentes a depender do caso concreto, não se tendo uma regra pré-estabelecida acerca das bases de celebração de acordos contendo essas cláusulas.

Nos próprios ACCs mencionados, nota-se que a redação das cláusulas tem sido feita com cada vez mais detalhe, justamente nessa tentativa de equacionar de forma clara os limites das esferas e da atuação da solução arbitral.

Nesse sentido, observa-se que é necessário cuidado para não se ultrapassar questões intransponíveis do Direito Concorrencial enquanto tutela da coletividade, mas ao mesmo tempo incentivar a possibilidade de uso do mecanismo da arbitragem, de forma optativa, aos agentes econômicos que entenderem viável tal forma resolutiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direito Concorrencial e Arbitragem. Canal Arbitragem. Convidada Professora Ana Frazão. <https://www.youtube.com/watch?v=aaB8jI26BNk>. Acesso em junho/2024.

Signorelli, Ana Sofia Monteiro, Pereira, Cesar. Arbitragem concorrencial em perspectiva. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2023. pp. 59 – 116.