

## ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE MONITORAMENTO DE REMÉDIOS ANTITRUSTE NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Levi Borges de Oliveira Veríssimo

**Resumo:** O presente trabalho visa investigar na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) a efetividade da utilização do procedimento arbitral como forma de monitoramento de remédios antitruste aplicados pela autarquia. Para tanto, foram analisados todos os precedentes do Cade que aplicaram a cláusula arbitral como meio de monitoramento de Acordo em Controle de Concentrações ao longo do período de vigência da Lei nº 12.529/2011. A metodologia de análise incluiu ainda a revisão de pareceres da Unidade de Cumprimento de Decisões do Cade para avaliar as repercussões e aplicações do instituto da arbitragem na prática. O estudo mapeou a crescente aplicação do instrumento como meio de monitoramento das medidas restritivas e revela que a prática permite uma maior maleabilidade da autoridade antitruste na definição dos remédios.

**Palavras-chave:** Direito Concorrencial; Arbitragem; Atos de Concentração; Remédios antitruste.

**Keywords:** Competition Law; Arbitration; Mergers; Antitrust Remedies.

### 1. Introdução

A utilização da arbitragem privada no âmbito de questões concorrenciais é ainda um cenário pouco explorado tanto na teoria quanto na prática antitruste brasileira. Nada obstante, tem sido crescente – embora ainda embrionária - a aplicação deste instituto no contexto de acordos firmados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e as empresas em atos de concentração econômica.

Naturalmente, ao falarmos em utilização de meios privados de resolução de conflitos para casos na seara antitruste, a questão da competência surge como um tema central. Nesse sentido, cumpre esclarecer desde logo que

esta discussão não será objeto da presente análise<sup>1</sup>, em que pese a pertinência da discussão acerca da aplicabilidade da arbitragem ao contexto concorrencial em geral ou apenas às controvérsias de ordem privada. Desse modo, o presente artigo possui como foco investigar a teoria e a prática da utilização da arbitragem como remédio em controle de concentrações.

Considerando-se que não apenas o Cade, mas autoridades de defesa da concorrência em todo mundo utilizam da arbitragem como meio de monitoramento de cumprimento de acordo em controle de concentrações<sup>2</sup>, partiremos da premissa de que essa abordagem específica já superou o debate relativo à competência. Com fundamento na experiência internacional consolidada, bem como nas recentes práticas do Cade, podemos deduzir que a arbitragem é meio aplicável para monitoramento de cumprimento de acordos em controle de concentração.

Em 2011, a OCDE (p.13) apontou que cláusulas de arbitragem têm sido utilizadas por autoridades de defesa da concorrência como meio de aliviar os custos de monitoramento da implementação de remédios. Nesses casos, as partes devem submeter eventuais controvérsias relacionadas à implementação das restrições concorrenciais à arbitragem. O documento aponta também que utilização deste tipo de cláusula é especialmente útil em casos que afetem terceiros, como medidas que envolvem acesso à infraestrutura ou instalações pertencentes à empresa resultante da operação, pois desonera a autoridade antitruste da competência de trazer um terceiro para se manifestar nos autos e avaliar suas alegações.

Nesse contexto, o presente estudo busca investigar (i) quais os diferentes papéis da arbitragem como meio de monitoramento no controle de concentrações, e (ii) em que medida a utilização da arbitragem pode ser considerada meio efetivo de monitoramento e garantia de cumprimento de acordos nesse âmbito. Para tanto, após breve análise do conceito de remédio antitruste e de sua aplicação, analisaremos a experiência do Cade com a aplicação do instituto, comparativamente a casos semelhantes na jurisprudência internacional, de modo a reunirmos as intenções e conclusões das próprias autoridades em relação ao objeto do estudo.

O recorte temporal considera o período de vigência da Lei 12.529/2011, de modo a viabilizar uma análise detalhada e condizente com a

---

<sup>1</sup> Especificamente sobre a questão da competência da arbitragem em matéria antitruste, vide Landolt, Phillip, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Klumer Law International, 2006.

<sup>2</sup> Analisaremos ao longo desse artigo especificamente a experiência do Cade, embora não desconsideremos os precedentes internacionais relevantes. Para explicação detalhada da metodologia empregada, vide item 3.1 abaixo.

posição contemporânea do Cade nesses casos. Ao final da análise, o presente estudo pretende mapear elementos que avaliem a efetividade da implementação da arbitragem como meio de monitoramento de medidas restritivas em ACs, bem como visa ainda a estimular a discussão acerca das motivações para escolha e efetividade econômica dos remédios comportamentais e estruturais na prática antitruste.

## **2. Noções sobre controle de concentração e função do procedimento arbitral**

### *2.1. Competência do Cade e monitoramento de medidas restritivas*

A Lei 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”) estabelece em seus artigos 88 e 90 a competência do Cade para apreciar atos de concentração econômica (“AC”) que preencham os requisitos estabelecidos na norma. Cumpre lembrar que a previsão já existia em legislação anterior (Lei nº 8.884/1994), embora houvesse outros requisitos a serem observados.

Conforme aponta o Guia do Cade para Análise de Atos de Concentração Horizontal, nos casos em que os benefícios econômicos da operação não superarem os prejuízos aos mercados afetados pela operação, o Cade poderá aprovar o AC com restrições, que podem ser aplicadas de forma unilateral ou por meio de um acordo com as partes, desde que comprovado que a imposição das restrições/remédios será suficiente para restabelecer o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica.

Para fins deste estudo, denomina-se “remédio antitruste” (ou “medidas restritivas”) as medidas da autoridade de defesa da concorrência que visam a mitigar os efeitos anticompetitivos esperados de um ato de concentração econômica (CABRAL, 2016, p. 02). Os remédios são classificados quanto ao seu objeto em comportamental, quando se destinam a regular o comportamento (estratégia de preços, de *marketing*, entre outros) do agente econômico-alvo ou estrutural, quando objetivam alcançar a estrutura econômica (patrimônio, ativos, marcas) do agente econômico.

Nesse sentido, a Conselheira Ana Frazão ressaltou no âmbito do julgamento do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12<sup>3</sup> que os “*remédios estruturais alteram a organização das empresas, suprimindo ou reduzindo os incentivos para eventuais condutas anticompetitivas*”. Por outro lado, remédios comportamentais seriam recomendáveis nas situações nas quais,

---

<sup>3</sup> (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Anhanguera Educacional Participações S/A).

diante de “*consideráveis eficiências decorrentes da operação, a melhor solução é aprová-la, impondo restrições à conduta da empresa, de forma a evitar práticas anticompetitivas*”.

Uma frequente dificuldade enfrentada pelas autoridades antitruste diz respeito ao meio de monitoramento do cumprimento das obrigações firmadas como remédio a uma determinada operação. Na experiência do Cade, comumente o monitoramento tem se limitado à análise formal de relatórios apresentados pelas Requerentes. Este quadro se dá por diversos motivos, dentre eles a própria estrutura diminuta da autoridade antitruste brasileira ante a complexidade estrutural dos mercados que deve investigar/monitorar. Conforme lembra Patrícia Cabral (2014, p. 75), não raro o modo de monitoramento dos remédios antitruste é deixado de lado nas decisões do Cade, especialmente em casos de restrição unilateral.

Este quadro de dificuldade de monitoramento acaba limitando as possibilidades de imposição ou negociação de remédios, de modo que as autoridades optam frequentemente pelas medidas mais tradicionais, como a venda de uma unidade do negócio ou de um pacote de ativos, em detrimento a outras medidas alternativas<sup>4</sup>. Dentro da estrutura do Cade, na forma da Lei 12.529/2011, cabe à Superintendência-Geral monitorar o cumprimento de suas decisões, função esta que foi delegada à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“PFE-Cade”), que a exerce por meio da “Unidade de Cumprimento de Decisões” (“UCD”).

Conforme veremos adiante, o Cade não costuma monitorar<sup>5</sup> a efetividade econômica das medidas impostas, o que de certa forma mitiga o *enfocement* de suas decisões e torna a imposição de restrições comportamentais alternativa menos viável tanto do ponto de vista Cade quanto para os agentes econômicos. Por meio da análise dos casos concretos, perceberemos que a viabilidade do monitoramento é fator importante na escolha dos remédios, de modo que investigaremos como a arbitragem é implementada nesse contexto. Nesse sentido, a OCDE (2011, p. 24) observou que a necessidade de monitoramento para aplicação remédios comportamentais torna tais medidas de difícil implementação, de modo que medidas estruturais

---

<sup>4</sup> Segundo Cabral (2014, p., 78), em casos em que optou pela aplicação de remédios estruturais entre 1994 e 2013, o CADE determinou a venda de uma unidade ou pacote de ativos em 61% casos.

<sup>5</sup> O termo “monitoramento” é utilizado, portanto, tanto do ponto de vista de cumprimento em sentido estrito das obrigações assumidas/impostas aos agentes no âmbito da decisão do Cade, bem como no sentido de avaliação da efetividade da medida em relação aos efeitos anticoncorrenciais que a autoridade antitruste objetivou mitigar por meio da escolha das medidas restritivas.

são geralmente mais utilizadas.

## *2.2 Função da arbitragem no monitoramento de restrições competitivas*

Partiremos da premissa, ao longo da presente análise, de que é competência exclusiva do Cade apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, conforme previsão da Lei 12.529/2011 (art. 9º, X), inclusive firmar acordos em controle de concentração (“ACC”), de modo que não cabe às câmaras de arbitragem exercerem tais competências mesmo que sob anuência de seus arbitrados. Desse modo, a função da arbitragem no contexto do presente artigo pode ser exercida de duas maneiras: (i) consultiva ou (ii) decisória.

Nesse contexto, por meio do exercício da função consultiva, as câmaras de arbitragem possuem a competência de opinar ou atestar o cumprimento ou descumprimento de determinado remédio antitruste. Por sua vez, no exercício da função decisória, a câmara de arbitragem poderia subordinar a empresa resultante do ato de concentração às suas decisões relativas à implementação do remédio antitruste definido pelo Cade.

A utilização deste instituto no âmbito do controle de concentrações tem encontrado precedentes na jurisprudência internacional e aos poucos esta prática é introduzida também na experiência do Cade, de modo que investigaremos em que medida esta prática tem sido eficaz no exercício dessas funções no âmbito da implementação de restrições às concentrações econômicas.

Importante ressaltar, como veremos adiante, que os precedentes de aplicação de cláusulas arbitrais são encontrados apenas em acordo com as empresas, de modo que eventual imposição unilateral desse tipo de cláusula ainda é tema controverso e debatido pela doutrina. Nesse sentido, Carmona (2009, p. 36) ensina que “a escolha do meio alternativo de solução de controvérsias é sempre voluntária, ou facultativa, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória”.

## **3. Precedentes do Cade**

### *3.1. Breve nota metodológica*

Para assegurar a análise de todos os precedentes do Cade que tivessem aplicado a cláusula arbitral como meio de monitoramento ao longo do presente estudo, foram analisados no Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”) todos os precedentes do Cade aprovados com restrição no período compreendido

entre 30/05/2012 (data de entrada em vigor da Lei 12.529/2011) e 15/08/2017 (data final da realização da pesquisa empírica).

Para obtenção da lista de casos, foram consideradas as informações disponíveis nos relatórios de gestão anual do Cade nos anos de 2012 a 2016, bem como o sistema “Cade em números<sup>6</sup>” para o ano de 2017. Não foram considerados casos em que o procedimento arbitral desempenhou outro papel no âmbito do ato de concentração que não o de elemento de monitoramento de remédios concorrenciais. Ilustrativamente, casos em que a notificação da operação se deu em razão de determinação por sentença arbitral estrangeira não foram analisados.

Dessa forma, analisou-se um total de 121 precedentes<sup>7</sup> aprovados com restrições nesse período, para que chegássemos ao número total de 05 casos<sup>8</sup> em que a arbitragem foi utilizada como meio de resolução de conflitos relativos ao ACC. Importante observar que dentre os casos aprovados com restrições, 53 restrições (44% dos casos) eram relativas apenas a ajustes na cláusula de não concorrência, de modo que não há que se falar em monitoramento.

Por fim, para comentários acerca da efetividade das medidas de monitoramento aplicadas, em cada caso foram consideradas as informações disponibilizadas nas versões públicas dos pareceres jurídicos da PFE-Cade sobre o cumprimento das cláusulas dos respectivos acordos em concentração.

### 3.2. AC ICL/Fosbrasil (2014)<sup>9</sup>

O caso da dissolução da *joint venture* Fosbrasil, à época detida pelas empresas ICL Brasil e Vale Fertilizantes, marca a primeira experiência do Cade na utilização de arbitragem como meio de monitoramento de restrições impostas no âmbito do controle de concentrações (nesse caso, uma desconcentração). A Superintendência-Geral opinou pela impugnação do caso, que afetava o mercado nacional de ácido fosfórico, por entender que a concretização da operação conferiria à ICL a capacidade de discriminar o

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br>.

<sup>7</sup> 2012: 39 casos; 2013: 47 casos; 2014: 20 casos; 2015: 7 casos; 2016: 5 casos; 2017: 3 casos (até agosto).

<sup>8</sup> São eles: Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47 (Requerentes: ICL e Fosbrasil); Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 (Requerentes: Rumo e ALL); AC nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: Dow e Dupont); AC nº 08700.004211/2016-10 (Requerentes: Latam, Iberia e British Airways); e AC nº 08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&F Bovespa e Cetip).

<sup>9</sup> Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47.

fornecimento de ácido fosfórico de grau alimentício (“PPA”), que é utilizado em vários segmentos industriais, no mercado nacional.

Em razão dos problemas concorrenciais descritos pela relatora do caso, Conselheira Ana Frazão, bem como da necessidade de instrução complementar relativa aos efeitos da operação, as requerentes propuseram um ACC com vistas a mitigar os potenciais efeitos nocivos à concorrência nos mercados afetados. No caso, o remédio comportamental acordado obrigou a Fosbrasil a oferecer contratos de fornecimento de longo prazo de ácido fosfórico a todos os produtores de sais de fosfato localizados no Brasil por um período de até oito anos. Além disso, o preço cobrado não poderia ser superior àquele praticado à época da celebração do acordo e deveria ser fixado “com base nas regras usuais de mercado e em atenção à boa-fé objetiva”<sup>10</sup>.

Justamente em relação aos critérios de fixação de preços que surgiram questionamentos da empresa habilitada como terceira interessada, Innophos. Assim, com vistas a desincumbir o Cade do ônus de estabelecer critérios de fixação de preços pelas requerentes, acordou-se pela adoção de arbitragem para a solução de eventuais controvérsias relativas à negociação de preço. Nesse sentido, a Conselheira Ana Frazão destacou que “o recurso à arbitragem também reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo CADE, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro, cuja escolha deverá ser aprovada pelo CADE”<sup>11</sup>.

O caso manteve algumas prerrogativas do Cade em relação ao cumprimento do ACC, dentre as quais se destacam a de escolha dos árbitros e a decisão final sobre descumprimento do ACC, independentemente do resultado da arbitragem. Registre-se ainda que o acordo previu ainda que a ICL Brasil deveria arcar com os custos da arbitragem, de modo a impedir que tal custo recaísse sobre os concorrentes.

Após o julgamento do caso, ocorrido em dezembro de 2014, até a realização desta pesquisa em agosto de 2017, a Unidade de Cumprimento de Decisões da PFE-Cade havia exarado três pareceres jurídicos<sup>12</sup> relativos ao cumprimento do ACC firmado pelas Requerentes. Não há na versão pública dos mencionados pareceres informações a respeito da ativação ou não da cláusula arbitral, e conseqüentemente faltam também informações sobre os possíveis efeitos econômicos da medida nos mercados relevantes afetados.

---

<sup>10</sup> Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47, fls 2.2494-95.

<sup>11</sup> Idem, fl 2.297.

<sup>12</sup> Documentos disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”) do Cade, respectivamente sob os números 0144762, 0263528 e 0299069.

Nada obstante, percebe-se que as justificativas da conselheira relatora para aplicação do instituto da arbitragem no caso foram acolhidas pelo Tribunal como pertinente. A partir dessa decisão, o Cade passou a aplicar o método em outros casos de complexo monitoramento.

### 3.3. AC ALL/Rumo (2015)<sup>13</sup>

A operação envolveu a incorporação, pela Rumo Logística (integrante do grupo Cosan), das ações da América Latina Logística (“ALL”). O AC afetou os mercados de ferrovia para transporte de carga de açúcar e combustível, bem como a cadeia logística de exportação de grãos vegetais pelo Porto de Santos. A aprovação do negócio foi condicionada à celebração de ACC em março de 2015.

Por se tratar de um mercado regulado, a autoridade antitruste demonstrou preocupação em viabilizar que as medidas restritivas permitissem mobilidade às empresas, de modo que o compasso regulação/concorrência não tenha “mais zonas de confronto do que convergência<sup>14</sup>”. Assim, o plenário estabeleceu critérios de precificação objetivos, cujas variáveis de cálculo seriam definidas unicamente pela empresa resultante da operação, tendo que, no entanto, aplicar o mesmo preço indistintamente entre as empresas do grupo econômico da nova companhia e empresas concorrentes.

No caso, o relator Gilvandro Araújo determinou a criação do cargo de “supervisor” pela empresa resultante para que o uma empresa usuária dos serviços de logística que eventualmente se sinta discriminada possa reportar formalmente o ocorrido, de modo a assegurar a isonomia na prestação dos serviços. Assim, o usuário eventualmente discriminado poderá receber uma resposta fundamentada nos termos previstos no ACC. A chamada “solução arbitral” é descrita da seguinte forma:

Nesse sentido, caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços por ALL/Rumo, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação, e deverá receber uma resposta fundamentada em até 15 dias úteis sobre qualquer alegada prática discriminatória. No entanto, caso o usuário não se contente com a resposta, **a companhia se submeterá a todos os pedidos de arbitragem propostos por usuários do serviço de transporte ferroviário**, como uma alternativa a mais de ação dos usuários além da hipótese de arbitragem pela ANTT já prevista na regulação.

---

<sup>13</sup> Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65

<sup>14</sup> Trecho do voto do conselheiro relator no caso ALL/Rumo.

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. Como garantia de celeridade, o processo arbitral não poderá ter duração maior do que 6 meses, sendo que os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela nova companhia caso a decisão arbitral ateste discriminação. Todas as decisões arbitrais serão comunicadas ao CADE em relatórios de auditoria anuais<sup>15</sup>. (Grifou-se).

Segundo os termos do ACC, o supervisor deverá ser eleito pelos conselheiros independentes do conselho de administração (que também possui a incumbência de garantir o tratamento isonômico na precificação do serviço), conforme os padrões de independência previstos no Regulamento de Listagem do Novo Mercado da Companhia de Valores Mobiliários (“CVM”). A obrigação de eleição do supervisor é também será extensível a outros mercados além de açúcar, combustíveis e serviços logísticos, na hipótese de ocorrer expansão da atuação da empresa resultante. Além disso, o supervisor deverá prestar compromisso junto ao Cade, sujeitando-se a multas que vão de R\$ 50 mil a R\$ 1 milhão, caso descumpra as obrigações fixadas no acordo.

Note-se que nesse caso o ACC prevê expressamente a possibilidade de instauração de juízos arbitrais para solução de demandas de natureza privada entre as compromissárias e usuários. No entanto, a deliberação arbitral não vincula o Cade para formação de suas decisões, na forma do item 2.33 do ACC, dispositivo que pode dar margem a controvérsias no contexto de eventuais inconformismos das partes diante decisões arbitrais que entendam ser negativas.

Entre a aprovação da operação e a realização da presente pesquisa, a PFE-Cade exarou oito pareceres<sup>16</sup> jurídicos sobre o cumprimento das cláusulas do acordo pelas compromissárias. Em três ocasiões, as conclusões da PFE são de acesso restrito, de modo que não é possível tecer comentários quanto aos aspectos específicos da análise da procuradoria, enquanto nos cinco outros casos o órgão opinou pelo cumprimento formal das obrigações pelas compromissárias, sem menção específica ao compromisso arbitral firmado com o Cade.

Cumprе ressaltar que em seu primeiro parecer após a aprovação a operação, em junho de 2015, a PFE-Cade foi suscitada por um terceiro interessado acerca de um suposto descumprimento dos termos do ACC. Note-se que a controvérsia em questão já era objeto de procedimento arbitral

---

<sup>15</sup> Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, voto do conselheiro relator, p. 58.

<sup>16</sup> Docs. SEI nº 0072971, 0125544, 0140517, 0175315, 0178400, 0193403, 0275808 e 0372660.

instaurado em 2013 (antes, portanto, da aprovação da operação pelo Cade). Em resposta, a Procuradoria respondeu que “a autoridade antitruste a princípio não se ocupará de questões privadas entre concorrentes, atendo-se apenas aos termos do ACC quando da análise dos aspectos concorrencialmente sensíveis envolvidos na dinâmica do mercado pós celebração do acordo, sendo que apenas em caso de uma eventual circunstância que possa comprometer sua eficácia (de maneira concreta) e, como no caso, eventualmente atestada pelo juízo arbitral, passaria agir”.

Assim, o Cade delimitou de maneira clara qual o escopo de atuação da autoridade antitruste nos eventuais litígios relativos ao ACC, quais sejam, aqueles que possam inviabilizar o comportamento isonômico quanto aos níveis de atendimento das demandas dos clientes da empresa resultante da operação. Em conclusão, a PFE opinou na ocasião pelo cumprimento integral da obrigação pela compromissária.

### 3.4. *AC Dow/Dupont (2016)*<sup>17</sup>

O caso da fusão entre Dow Chemical e Dupont, empresas atuantes nos mercados de plásticos, químicos de desempenho e outros produtos químicos ligados ao setor agrícola foi aprovado com restrições mediante celebração de ACC negociado com a Superintendência-Geral e homologado pelo Tribunal.

Dentre as medidas restritivas acordadas, destacamos o desinvestimento de ativos relacionados ao negócio de sementes de milho da Dow no território brasileiro. Diferentemente dos demais casos analisados, a ferramenta de monitoramento aplicada se deu em relação a medidas estruturais – e não comportamentais –, algo incomum na jurisprudência internacional antitruste<sup>18</sup>. Ressalte-se, ainda, que a solução de monitoramento adotada não foi expressamente a arbitragem, mas sim um “*trustee* de monitoramento<sup>19</sup>”,

---

<sup>17</sup> AC nº 08700.005937/2016-61

<sup>18</sup> Nesse sentido aponta Blessing (2003, p. 161): “certain operations cannot be divested in whole or in part, such as e.g. networks. In other cases, structural remedies may not be sufficient to remove concerns, or would not offer the required measure of flexibility. Hence, other – and more creative – remedies must be devised and, in recent years, the European Commission has gone quite far in requiring and imposing carefully fine-tuned behavioural commitments which will have to be observed by the notifying party (or the parties to a concentration) over a period of time (sometimes, as we have seen above, three years, sometimes up to ten years). Landmark decisions of the Commission, such as Boeing/McDonnell Douglas, come to mind”. (Grifos no original).

<sup>19</sup> Casos semelhantes são encontrados na jurisprudência da comissão europeia (por exemplo, caso British Petroil/E.ON) e norte-americana (caso Glaxo Wellcome plc and

definido como “uma ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, que foram aprovadas pelo CADE e indicadas pela Dow e que possuam como dever supervisionar o cumprimento, pela Dow, das condições e obrigações previstas neste ACC<sup>20</sup>”.

Embora a solução adotada não seja a opção pelo procedimento arbitral tradicional, o *trustee* possui a função de arbitrar “qualquer conflito resultante do não cumprimento das regras internas” relativas ao negócio de sementes de milho desinvestido. Tem-se, portanto, que em alguns casos a figura de um terceiro “guardião” do ACC não necessariamente envolve o procedimento arbitral previsto em lei. Vide, por exemplo, que papel semelhante foi atribuído ao “terceiro independente” no ato de concentração entre Reckitt e Hypermarcas<sup>21</sup>.

Como o ACC deixou de prever a cláusula compromissória<sup>22</sup>, eventual litígio surgido nesse caso deverá se valer do compromisso arbitral por meio de comunicação formal de uma parte à outra, conforme previsão do artigo 6º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Em junho de 2017, o Cade aprovou a indicação de pessoa (natural ou jurídica) responsável por exercer a função de *trustee* de monitoramento. No fim do mesmo mês, o *trustee* apresentou ao Cade parecer fundamentado sugeriu a aprovação dos nomes dos potenciais compradores apresentados para os mercados de defensivos agrícolas e copolímeros de ácido/ionômeros.

Em seguida, o Tribunal do Cade homologou o parecer da PFE-Cade que aprovou a indicação do potencial comprador, fundamentado na análise do *trustee* de monitoramento. Em nossa análise, essa decisão marca a primeira informação pública acerca da efetiva atuação de um terceiro no âmbito do cumprimento do ACC, exercendo função consultiva. O *trustee* sugeriu

---

SmithKline Beecham plc). Contudo, a experiência americana geralmente opta pela seleção do trustee diretamente pela autoridade antitruste, diferentemente da postura que o Cade vem adotando.

<sup>20</sup> Doc. SEI 0343896, item 1.20.

<sup>21</sup> AC nº 08700.003462/2016-79. Nesse caso, contudo, o terceiro independente não incumbiu ao terceiro independente papel ativo como o trustee de monitoramento, de modo que optamos por não dedicar um tópico específico sobre o caso. Cite-se, por exemplo, que no caso em questão coube à própria PFE-Cade analisar (doc. SEI 0289617) se potencial comprador preencheria os requisitos estabelecidos no ACC em relação aos desinvestimentos acordados. Além disso, não há a previsão de instauração de procedimento arbitral para solução de eventuais controvérsias no âmbito do cumprimento do ACC.

<sup>22</sup> 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. 4º da Lei 9.307/1996).

novamente, em julho, a aprovação dos nomes dos potenciais compradores apresentados para os mercados de sementes de milho. Tal sugestão foi aceita pela PFE-Cade e homologada pelo Cade na 108ª sessão ordinária de julgamento.

Importante notar que a atuação do *trustee* nesse caso retira um grande ônus do Cade, em especial da Procuradoria Federal Especializada, relativo ao papel de analisar eventuais descumprimentos do acordo firmado pelas compromissárias, bem como de verificar cumprimento de requisitos necessários para compra dos ativos a serem desinvestidos. Por estas razões, a experiência do Cade nesse precedente pode significar um marco importante na utilização de terceiros como meio de monitoramento do cumprimento de medidas restritivas.

### 3.5. AC Tam/Iberia/British Airways (2017)<sup>23</sup>

O negócio denominado “Acordo de Negócio Conjunto” celebrado entre Tam e Grupo Latam, de um lado, e Iberia e British Airways (“BA”), de outro, que envolve o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas entre Europa e América do Sul, foi também relevante do ponto de vista de monitoramento das restrições acordadas entre as empresas e o Cade. Nesse caso, o papel de “monitor” também é exercido por um *trustee*, nomeado e custeado pelas partes, mediante prévia aprovação da autoridade antitruste.

O ACC negociado com o conselheiro João Paulo Resende estabeleceu, dentre outros pontos relevantes, a formalização de acordo de *interline* (SPA)<sup>24</sup> com potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros, para as cidades de São Paulo e de Londres. Os termos do ACC preveem que, caso o potencial entrante entenda que a classe tarifária oferecida pela compromissária não atende aos requisitos firmados, o prejudicado poderá solicitar ao Cade que “dê início a um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia<sup>25</sup>”.

---

<sup>23</sup> AC nº 08700.004211/2016-10.

<sup>24</sup> Num acordo de interline, o sistema de reservas das Companhias Aéreas celebrantes se comunica com os dois sistemas de inventário, obtém as tarifas de cada uma das companhias, e emite conjuntamente o bilhete a ser operado por uma das duas companhias. Os acordos de interline permitem que os passageiros reservem diferentes trechos em várias companhias aéreas e a bagagem seja transferida entre as companhias aéreas. Outro acordo comumente firmado por Companhias aéreas nesse sentido é o chamado codeshare, em que companhias parceiras “partilham” a mesma rota com números de voos distintos.

<sup>25</sup> Cláusula III.11.1 do ACC.

Ao determinar a aplicação do remédio em seu voto<sup>26</sup>, o Conselheiro João Paulo de Resende ressaltou que a obrigação de firmar acordos *interline*

é um remédio de **maior dificuldade de monitoramento**, tendo em vista que envolve a assinatura de um contrato entre as Requerentes e um rival, e os detalhes das condições exigidas por ambas as partes podem acabar levando à não efetivação do acordo. Para isso, espera-se que o Trustee cumpra sua função a contento. Ainda assim, especificamente quanto às negociações sobre classes tarifárias, **o CADE poderá, ao final de um processo de arbitragem, dirimir eventuais conflitos**. (Grifos aditados).

A referida solução arbitral é aplicável somente no caso de disputa relacionada à compatibilidade com os Compromissos da classe tarifária oferecida à qual se aplicará Acordo Especial *Pro Rata* (SPA), na medida que todos os outros meios de solução negocial entre as partes tenham sido exauridos. Ressalte-se nesse precedente duas peculiaridades em relação à utilização da arbitragem como meio de monitoramento: (i) a instauração do procedimento arbitral nesse caso depende de autorização da autoridade antitruste para acontecer; e (ii) a aplicação do instituto se aplica especificamente a um remédio aplicado e não a todos.

Outros elementos são estabelecidos em relação à arbitragem, como prazo máximo de duração (3 meses), o exercício do papel de árbitro pelo *trustee*, a exemplo do caso *Dow/Dupont*<sup>27</sup> e a previsão de não vinculação do Cade à deliberação arbitral para a formação das suas decisões, o que de certa forma esvazia o fundamento da utilização dessa ferramenta neste caso.

Cabe ainda destacar que a PFE-Cade não emitiu pareceres jurídicos acerca do cumprimento das obrigações acordadas até o momento de realização desta pesquisa, de modo que não foi possível auferir se o mecanismo foi ativado no âmbito de alguma negociação.

### 3.6. AC Bovespa/Cetip (2017)<sup>28</sup>

A análise da fusão das atividades da BM&F Bovespa e da Cetip Mercados Organizados foi o mais recente precedente do Cade a incluir cláusulas arbitrais no âmbito de controle de concentrações. A operação envolvia a reestruturação societária que resultou na união das atividades das empresas requerentes.

Pelo acordo homologado pelo Tribunal do Cade, as compromissárias

---

<sup>26</sup> Doc. SEI nº 0313066.

<sup>27</sup> Vide item 3.4 acima.

<sup>28</sup> AC nº 08700.004860/2016-11.

concordaram em estabelecer um período de negociação de até 120 dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços de central depositária<sup>29</sup> e, no caso de fracasso nas negociações, o potencial entrante poderá acionar mecanismo de arbitragem para solucionar controvérsias.

Conforme item 2.12 do ACC, a arbitragem deverá ser conduzida por Tribunal Arbitral composto por três árbitros e será realizada na cidade de São Paulo, devendo observar o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. De acordo com o mecanismo, cada parte deverá indicar um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais apontarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como presidente.

O ACC determina que 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 de CSD. A deliberação do Tribunal Arbitral é irrecurável e terá caráter vinculante para as compromissárias, que deverão enviar cópia da sentença arbitral ao Cade e à Comissão de Valores Mobiliários – CVM em até cinco dias contados da ciência da decisão. Nesse sentido, a decisão do Cade nesse precedente é a primeira a determinar expressamente que “a decisão do Tribunal Arbitral é irrecurável e terá caráter vinculante para as Compromissárias”.

A PFE-Cade não realizou análise do cumprimento dos termos do ACC firmado pelas compromissárias até o momento de realização desta pesquisa. Em matéria publicada no sítio eletrônico do Cade<sup>30</sup>, o conselheiro Paulo Burnier explicou que a finalidade do mecanismo arbitral é “solucionar eventual disputa privada na definição do preço e/ou das regras de acesso para a contratação dos serviços a serem prestados pelo agente monopolístico”.

#### 4. Conclusões

Ao longo do presente estudo, pudemos observar que a adoção de procedimento arbitral e espécies de “terceirização” da atividade de monitoramento de cláusulas de ACC são gradativamente encontradas na experiência do Cade. Nesse sentido, notamos que a adoção se faz tanto por

---

<sup>29</sup> Diz o item 2.9 do ACC (doc. SEI nº 0316944): “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”.

<sup>30</sup> Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-com-restricoes-operacao-entre-bm-fbovespa-e-cetip>. Acesso em 14 de agosto de 2017.

razões de ordem prática, uma vez que o Cade não possui estrutura para analisar de maneira pormenorizada todos os elementos dos acordos firmados, bem como pelo próprio cumprimento do dever de proteção à livre concorrência.

Por se tratar de prática recente na experiência do Cade, alguns casos não apresentaram ainda resultados práticos analisáveis, ao menos publicamente. A replicação de modelos semelhantes, como nos casos Dow/Dupont e Tam/Iberia/BA indicam um movimento do Cade no sentido de permitir às partes que levem à arbitragem controvérsias surgidas no âmbito dos ACC.

Paralelamente, nota-se que a adoção de medidas de monitoramento permite à autoridade antitruste a aplicação de remédios comportamentais de maior complexidade, e que podem vir a ser mais efetivos que os tradicionais remédios estruturais – embora estes últimos ainda sejam predominantemente preferidos. Estes elementos foram evidenciados, por exemplo, no caso do tribunal arbitral com competência de definição de preços na operação entre Cetip/Bovespa ou mesmo o tribunal arbitral destinado a dirimir controvérsias relativas ao SPA no negócio entre Tam, Iberia e BA.

Como em todos os casos analisados a identidade do monitor/*trustee*/árbitro é indefinida ou de acesso restrito às partes, não é possível tecer comentários acerca da capacidade técnica e relação destes terceiros com o mercado relevante que devem monitorar. Cabe ressaltar que tal ponto é fundamental à efetividade do instrumento e *enforcement* dos remédios, conforme lembra Patrícia Cabral (2014, p 30): “quando esses agentes têm interesses diretamente afetados pela correta aplicação do remédio, eles passam a ter incentivos a relatar à autoridade eventuais desvios de cumprimento por parte das requerentes”.

Dessa forma, a consolidação dessa prática dependerá do sucesso dos casos em andamento e da efetiva colaboração dos agentes de monitoramento, o que contribui para um maior diálogo entre institutos de arbitragem e os órgãos e profissionais ligados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A partir das observações realizadas, 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.

Questões como o momento adequado para escolha da entidade arbitral (se no momento da celebração do ACC ou *ad hoc*), resolução de casos em que o prazo estabelecido pelo Cade não seja observado pela entidade arbitral e outras questões já debatidas no cenário internacional serão eventualmente enfrentadas no Brasil. Nesse ponto, é necessário que a autoridade antitruste busque promover um ambiente de segurança jurídica aos agentes de mercado.

Por fim, importante ressaltar que eventual adoção de cláusula arbitral não significa a delegação do poder de polícia do Cade na imposição de eventuais punições por descumprimento de medidas restritivas. Como visto, medidas como a designação de árbitros para o monitoramento do cumprimento e efetividade dos remédios já encontram precedentes bem-sucedidos e que afastam riscos de eventual discussão acerca do conflito de competência.

## 5. Referências

BLESSING, Marc. **Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues**. In: Swiss Commercial Law Series, Vol. 14. Zurique, 2003.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios em Atos de Concentração: uma análise da prática do CADE**. Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Economia do Setor Público -MESP, da Universidade de Brasília - UnB, 2014.

CABRAL, Patrícia Semensato; MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. Em: Revista de Defesa da Concorrência, v. 4, nº 1, 2016.

CADE. **Relatórios Anuais de Gestão de 2012 a 2016**. Disponíveis em: <http://www.cade.gov.br/>

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

LOURES, Bernardo de Andrade da Rocha. **O Enforcement Privado das Normas da Concorrência em Portugal e na União Europeia e a Nova Diretiva nº 2014/104/EU**. Revista Jurídica vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016. pp.656 – 672.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**. Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2012.