

## **A ARBITRABILIDADE DO DIREITO CONCORRENCIAL: UMA INTERFACE ENTRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS**

*Douglas Telpis Ferrante,  
Vicente Bagnoli*

**Resumo:** Um inédito e recentíssimo caso ocorrido em 4 de setembro de 2019, envolvendo Arbitragem e Direito Concorrencial nos Estados Unidos, vem gerando controvérsias e debates intensos entre juristas e especialistas pelo mundo. Trata-se da submissão à Arbitragem da questão da definição do mercado relevante relacionado a aquisição da Aleris pela Novelis.

O presente artigo examinará referido caso, ainda que sucintamente, de modo a demonstrar que este, embora inovador, apenas evidencia a evolução histórica de uma tendência já existente no mundo jurídico há anos e mais recentemente no Brasil: a tendência da aproximação entre Direito Concorrencial e Arbitragem, de modo a se aumentar os mecanismos de efetivação da tutela do Direito Concorrencial e, em grande parte, também da expansão dos limites da chamada “arbitrabilidade objetiva”.

Palavras-chaves: Arbitragem. Concorrência. Direito Concorrencial. Antitruste. Acordos em Controle de Concentração. Cláusulas Arbitrais.

**Abstract:** A very recent and unprecedented case on September 4, 2019, involving arbitration and competition law in the United States, has been generating intense controversy and debate among jurists and experts around the world. It deals with the submission to arbitration of the definition of the relevant market related to the acquisition of Aleris by Novelis.

This paper proposes to analyze this case, albeit succinctly, in order to demonstrate that this case, although innovative, only highlights the historical evolution of a trend already existing in the legal world for years and more recently in Brazil: the tendency of the approximation between competition law and arbitration, in order to increase the mechanisms for the enforcement of competition law and, to a large extent, also the expansion of the limits of the so-called “objective arbitrability”.

**Keywords:** *Arbitration. Competition. Competition Law. Antitrust. Merger Control Agreements. Arbitration Clauses.*

## 1. Introdução

A notícia<sup>1</sup> publicada no *website* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, DoJ na sigla em inglês, em 4 de setembro de 2019, causou grandes controvérsias e polêmicas no mundo jurídico. O DoJ ingressou em referida data perante o poder judiciário norte-americano, questionando a aquisição da Aleris pela Novelis, e submetendo, no mesmo dia, à Arbitragem a questão da definição do mercado relevante relacionado ao caso.

A controvérsia e polêmica residiria na questionabilidade da viabilidade jurídica de submissão, a um tribunal arbitral, da delimitação do mercado relevante em sede de um ato de concentração submetido a uma autoridade antitruste, o que, para muitos, não poderia ser arbitrável, pois relacionada ao Direito Concorrencial que, supostamente, por sua natureza própria de ramo do direito público dotado de normas cogentes de ordem pública e tendo por objeto a proteção a direitos difusos e coletivos, seria indisponível e, portanto, inarbitrável.

Até poucos anos atrás, no Brasil, e até algumas décadas atrás, no mundo, a possibilidade de utilização de Arbitragem – método alternativo de resolução de conflitos por meio de árbitro ou árbitros dotados de jurisdição e reconhecidos como juízes de fato e de direito – no âmbito do Direito Concorrencial parecia improvável, ou, até mesmo, impossível.

De fato, em 1968, um importante precedente judicial nos Estados Unidos denominado Corp v. J P Maguire & Co<sup>2</sup> demonstrava o entendimento jurídico até então dominante nos Estados Unidos e, em geral, no mundo, no sentido de que “o interesse público generalizado na aplicação das leis antitruste e a natureza das pretensões que surgem em tal caso, combinam-se para fazer das pretensões antitruste inapropriadas para a Arbitragem.”<sup>3</sup>. Esse

---

<sup>1</sup> ESTADOS UNIDOS, Department of Justice, Justice Department Sues to Block Novelis's Acquisition of Aleris. Notícia publicada em 04.09.2019 no *website* oficial do Department of Justice, acessível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-noveliss-acquisition-aleris-1>>. Acesso em 04.09.2019.

<sup>2</sup> ESTADOS UNIDOS, American Safety Equipment Corp v. J P Maguire & Co, 391 F 2d 821, second circuit Court of Appeal, decidido em 1968.

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS, American Safety Equipment Corp v. J P Maguire & Co, 391 F 2d 821, second circuit Court of Appeal, decidido em 1968.

entendimento, como será visto, só começaria a ser superado nos Estados Unidos ao menos na década de 1980 e, no Brasil, ao menos na década de 2010.

Do ponto de vista brasileiro, essa problemática iria historicamente além, pois os primórdios da utilização do instituto da Arbitragem no Brasil, por si só, já eram cercados de controvérsias: isso é ilustrado por meio do *leading case* Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, julgado em 12 de dezembro de 2001, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, foi instado a se manifestar sobre a susposta inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei Brasileira de Arbitragem).

Como será visto adiante, no entanto, importantes evoluções ocorreram no mundo e no Brasil ao longo das últimas décadas, levando não só a uma superação da desconfiança em relação à utilização da Arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos como também a superação da ideia generalizada de que a Arbitragem não poderia ser utilizada para a resolução de questões relacionadas ao Direito Concorrencial.

O presente artigo enveredar-se-á em apresentar e analisar, de maneira objetiva, o caso ora sob análise para, após, abordar sucintamente as discussões sobre a arbitrabilidade do Direito Concorrencial e alguns dos precedentes mais relevantes sobre o tema existentes no Brasil e no mundo. Para tanto, o presente artigo será dividido em três partes, além da introdução e conclusão: a primeira parte terá por objeto o exame do caso ora sob análise, a segunda, uma breve análise da evolução histórica da arbitrabilidade do Direito Concorrencial e dos precedentes mais importantes relacionados a essa evolução em âmbito mundial, e a terceira parte a arbitrabilidade do Direito Concorrencial no Brasil.

## **2. O caso “alericis/novelis” e a definição do mercado relevante por um tribunal arbitral em auxílio à autoridade antitruste**

A supramencionada notícia publicada no website do Departamento de Justiça dos Estados Unidos – DoJ, em 4 de setembro de 2019, relatou que o DoJ ingressou judicialmente com medida questionando a fusão entre as empresas Novelis Inc. e Aleris Corporation.

Isso porque, de acordo com referida notícia, o ato de concentração em questão combinaria dois dos únicos quatro produtores norte-americanos de chapas de carroçaria de alumínio para automóveis, e o interesse na medida

judicial teria por objetivo “preservar a concorrência no mercado norte-americano de chapas de alumínio laminado para aplicações automotivas, comumente referido como chapa de corpo de alumínio para automóveis”<sup>4</sup>.

A Divisão Antitruste do DoJ concordou com os requerentes (Novelis/Aleris) em submeter a questão à Arbitragem, atendidas algumas condicionantes, sendo que a Arbitragem resolveria a questão da definição do mercado relevante envolvida no ato de concentração em questão. De acordo com referida notícia, seria a primeira vez na história dos Estados Unidos que a Arbitragem seria utilizada para tanto, ou seja, para a definição de mercado relevante como subsídio para uma análise antitruste da autoridade concorrencial.

A justificativa para a utilização da Arbitragem foi a de que esta garantiria a eficiência e eficácia na definição do mercado relevante, além de propiciar a economia dos recursos dos contribuintes, de modo que a solução alternativa de disputas por meio da Arbitragem se afiguraria como maximização de recursos de aplicação da lei para proteger os consumidores americanos<sup>5</sup>.

Conforme exposto na medida judicial interposta pelo DoJ, “a Aleris é um concorrente agressivo cuja expansão no mercado norte-americano teve um impacto imediato nos preços na América do Norte”. A mesma notícia menciona que, se esse acordo fosse permitido, “a Novelis bloquearia 60% da capacidade doméstica total projetada e a grande maioria da capacidade não comprometida”, de modo a permitir “que a empresa aumentasse preços, reduzisse a inovação e fornecesse termos de serviço

---

<sup>4</sup> ESTADOS UNIDOS, Department of Justice, Justice Department Sues to Block Novelis's Acquisition of Aleris. Notícia publicada em 04.09.2019 no *website* oficial do Department of Justice, acessível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-noveliss-acquisition-aleris-1>>. Acesso em 04.09.2019.

<sup>5</sup> ESTADOS UNIDOS, Department of Justice, Justice Department Sues to Block Novelis's Acquisition of Aleris. Notícia publicada em 04.09.2019 no *website* oficial do Department of Justice, acessível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-noveliss-acquisition-aleris-1>>. Acesso em 04.09.2019.

menos favoráveis em detrimento das montadoras e, finalmente, consumidores americanos”<sup>6</sup>.

Como bem abordado por ALFORD<sup>7</sup>, nos termos do acordo relacionado à Arbitragem no caso ora sob análise, o árbitro determinará a definição do mercado do produto, e, se o árbitro decidir que o mercado relevante é mais amplo que o alumínio, a Divisão Antitruste do DoJ exercerá seu poder de acusação e negará provimento à reclamação, permitindo o fechamento da fusão. Se, por outro lado, o árbitro decidir que o mercado relevante é o alumínio, as partes incorporadas concordarão em alienar a parte dos ativos que suscita preocupações competitivas para um comprador aceito pelo DoJ.

Prossegue ALFORD<sup>8</sup> explicando que esse acordo estará sujeito a revisão judicial nos termos da Lei Tunney, que exige que qualquer julgamento de consentimento proposto seja apresentado ao tribunal federal para notificação pública e comentário para determinar se o julgamento é de interesse público.

---

<sup>6</sup> ESTADOS UNIDOS, Department of Justice, Justice Department Sues to Block Novelis's Acquisition of Aleris. Notícia publicada em 04.09.2019 no *website* oficial do Department of Justice, acessível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-noveliss-acquisition-aleris-1>>. Acesso em 04.09.2019.

<sup>7</sup> ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. (Notre Dame Law School)/September 15, 2019. Disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

<sup>8</sup> ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. (Notre Dame Law School)/September 15, 2019. Disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

Ainda de acordo com ALFORD<sup>9</sup>, recentemente houve um discurso proferido por DELRAHIM<sup>10</sup>, *Assistant Attorney General* da *Antitrust Division* do *DoJ*, no qual este levantou a questão sobre qual seria a melhor opção – um juiz generalista ou um árbitro especializado – para casos antitrustes (concorrenciais) complexos.

Na análise de DELRAHIM, a Arbitragem permite um essencial auxílio de um terceiro neutro – o árbitro ou os árbitros – que pode ser, por exemplo, um especialista em Direito Concorrencial ou mesmo um ex-juiz, com treinamento em economia ou com uma vasta experiência em casos concorrenciais complexos, de modo que a autoridade antitruste poderá se valer dos benefícios da Arbitragem e especialização dos árbitros para ajudar não apenas a própria autoridade na tomada de decisões mas para também garantir que a sociedade americana seja beneficiada por uma resolução rápida e sólida dos direitos previstos nos Sherman Act e Clayton Act<sup>11</sup>.

Nesse sentido, conclui DELRAHIM, os casos envolvendo controle de estruturas ou de condutas podem se beneficiar e estarem prontos para a utilização da Arbitragem, e a autoridade antitruste americana poderá explorar a utilização das Arbitragem nesses casos nas seguintes condições: (1) se isso puder “economizar tempo e dinheiro significativos”, (2) se a questão contestada “for clara e puder ser acordada pelas partes”, e (3) “se a

---

<sup>9</sup> ALFORD, Roger. U.S. Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger. (Notre Dame Law School)/September 15, 2019. Disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

<sup>10</sup> DELRAHIM, Makan. “Special, So Special” - Specialist Decision-Makers in, and the Efficient Disposition of, Antitrust Cases. Discurso proferido no 7th Bill Kovacic Antitrust Salon, George Washington University Law School Washington, DC, em 9 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1201301/download>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

<sup>11</sup> DELRAHIM, Makan. “Special, So Special” - Specialist Decision-Makers in, and the Efficient Disposition of, Antitrust Cases. Discurso proferido no 7th Bill Kovacic Antitrust Salon, George Washington University Law School Washington, DC, em 9 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1201301/download>>

Arbitragem não resultar em uma oportunidade perdida de criar um precedente legal valioso”<sup>12</sup>.

Como será visto abaixo, referido caso apenas evidencia uma relevantíssima evolução histórica de uma tendência já existente no mundo jurídico há anos, ao menos desde 1985 nos Estados Unidos, e desde 2014 no Brasil: a tendência da aproximação entre Direito Concorrencial e Arbitragem de modo a se aumentar os mecanismos de efetivação da tutela do Direito Concorrencial e, em grande parte, também da expansão dos limites da chamada “arbitrabilidade objetiva”.

### 3. A arbitrabilidade do direito concorrencial no mundo

O ponto de partida para o reconhecimento da arbitrabilidade de questões ligadas ao Direito Concorrencial ocorreu em 1985, a partir do *leading case* *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*<sup>13</sup>, julgado pela Suprema Corte Americana, que rompeu com o entendimento anterior até então vigente<sup>14</sup> e exposto no precedente *American Safety Equipment Corp v. J P Maguire & Co*<sup>15</sup> no sentido de inarbitrabilidade de questões relacionadas ao Direito Concorrencial.

Em suma, no caso *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que certos litígios contratuais guardando relação com o Direito Concorrencial são arbitráveis, desde que as pretensões específicas estejam enquadradas dentro dos termos da convenção de Arbitragem dispendo sobre eventuais litígios

---

<sup>12</sup> DELRAHIM, Makan. “Special, So Special” - Specialist Decision-Makers in, and the Efficient Disposition of, Antitrust Cases. Discurso proferido no 7th Bill Kovacic Antitrust Salon, George Washington University Law School Washington, DC, em 9 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1201301/download>.>

<sup>13</sup> SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

<sup>14</sup> LEW, Julian D. M. *Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority*. in MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009, p. 250.

<sup>15</sup> ESTADOS UNIDOS, *American Safety Equipment Corp v. J P Maguire & Co*, 391 F 2d 821, second circuit Court of Appeal, decidido em 1968.

entre as partes, ressaltando-se, no entanto, a possibilidade do poder judiciário poder rever decisões arbitrais que contrariem o a aplicação do Direito Concorrencial<sup>16</sup>.

Na Europa, nesse mesmo sentido, cita-se o precedente *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*<sup>17</sup>, da Corte de Justiça da União Europeia, pelo qual se reconheceu inclusive a possibilidade de anulação, pelo poder judiciário, de sentenças arbitrais violadoras de questões de ordem públicas relacionadas ao Direito Concorrencial.

Não há, no entanto, um conflito de competências entre as autoridades antitruste e os árbitros. Isso porque, de um lado, as autoridades antitruste continuam com suas competências exclusivas na aplicação do Direito Concorrencial, na aplicação de multas em decorrência da violação do Direito Concorrencial, por exemplo. De outro lado, os árbitros podem, por exemplo, declarar a nulidade de cláusulas contratuais violadoras de normas concorrenciais. Podem, ainda, dependendo de certas circunstâncias, estabelecer uma indenização por perdas e danos em decorrência de alguma das partes ter violado uma cláusula contratual em desacordo com as leis concorrenciais<sup>18</sup>.

O documento da OCDE “*Arbitration and Competition*”, de 2010, expõe o fato de que há jurisdições no qual os árbitros possuem o poder-dever de aplicar, de ofício, *ex-post*, disposições constantes de normas de Direito Concorrencial e reconhecer, por exemplo, a nulidade de cláusulas contratuais que contrariem normas cogentes do Direito Concorrencial, desde que não haja interferência nas competências exclusivas das autoridades

---

<sup>16</sup> LEW, Julian D. M. *Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority*. in MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009, p. 250.

<sup>17</sup> EUROPEAN COURT OF JUSTICE, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* (Case C-126/97) of 1 June 1999, [2000] 5 CMLR 816. European Court of Justice – ECJ.

<sup>18</sup> LEW, Julian D. M. *Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority*. in MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009, p. 253-254.



concorrenciais, que continuam com sua competência *ex ante* da aplicação de normas do Direito Concorrencial<sup>19</sup>.

A possibilidade da utilização de Arbitragem no âmbito do Direito Concorrencial, portanto, passou a ser uma realidade em diversas jurisdições tão distintas como Estados Unidos, Nova Zelândia, França, Itália e Suíça<sup>20</sup>.

#### **4. A arbitrabilidade do direito concorrencial no Brasil**

Conforme mencionado, o Supremo Tribunal Federal brasileiro chegou a ser instado a se manifestar, no começo da década de 2000, sobre a suposta inconstitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem, o que evidenciava a desconfiança no mundo jurídico, por alguns, não apenas do instituto da Arbitragem em si, como também em relação à extensão dos litígios que poderiam ser submetidos à Arbitragem.

Em 12 de dezembro de 2001, por meio do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu que não apenas a Arbitragem é constitucional como também não implica no afastamento do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou universalidade da jurisdição do poder judiciário insculpido no art. 5, XXXV, da Constituição Federal Brasileira, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O caminho a ser percorrido em relação ao reconhecimento da importância e abrangência da Arbitragem no Brasil, e principalmente em relação a quais questões poderiam ser submetidas à Arbitragem – o que é conhecido como “arbitrabilidade objetiva” – no entanto, ainda era longo. Isso porque a Lei Brasileira de Arbitragem determina, em seu art. 1º, que apenas os litígios que sejam patrimoniais e disponíveis poderiam ser submetidos à Arbitragem – daí as incontáveis discussões e controvérsias acaloradas presentes na doutrina e jurisprudência para se definir o que poderia ser

---

<sup>19</sup> OCDE, *Arbitration and Competition*, 2010, disponível em <[www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf](http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf)>, p. 9

<sup>20</sup> YOUSSEF, Karim. *Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 3 - The Death of Inarbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009, p.54-55

considerado “patrimonial” e “disponível” e, mais do que isso, discutir a extensão e definição dos critérios de patrimonialidade e disponibilidade.

As conquistas nesse sentido foram lentas, é verdade, mas foram ocorrendo paulatinamente.

Algumas provas dessas conquistas graduais foram, por exemplo, a Lei Federal nº 13.129/2015, que introduziu o §1º no art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem para reconhecer que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da Arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” – o que, como será visto adiante, foi apenas a positivação de uma realidade fática já ocorrida e reconhecida amplamente no Brasil pelos tribunais superiores e no âmbito da administração pública, por exemplo, no âmbito do Cade – uma autarquia federal que, portanto, integra a administração pública indireta brasileira. Mais recentemente, a Lei nº 13.848/2019, a “Lei das Agências Reguladoras” reconheceu inclusive as competências arbitrais das agências reguladoras em seu art. 34, e em seu art. 29, §2º, a possibilidade de utilização de Arbitragem por comissão integrada para solução de controvérsias decorrentes da aplicação de atos normativos conjuntos estabelecidos entre agências reguladoras.

O Cade inovou e introduziu no Brasil, em 2014, com o precedente Ato de Concentração 08700.000344/2014-47 (também conhecido como caso “BROMISA/ICL”), o reconhecimento de que questões ligadas ao Direito Concorrencial podem, sim, ser arbitráveis, sem que isso signifique desrespeito aos critérios de arbitrabilidade objetiva estabelecidos pela Lei Brasileira de Arbitragem ou mesmo desrespeito à ordem pública.

Atualmente, há pelo menos 9 precedentes do Cade nos quais este se valeu da figura da Arbitragem em Acordos em Controle de Concentração.

Referidos precedentes são os seguintes, na ordem decrescente de ocorrência: caso “Praxair/Linde”<sup>21</sup>, caso “GSK/Pfizer”<sup>22</sup>, caso

---

<sup>21</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.007777/2017-76, Requerentes Praxair, Inc. e Linde AG. Julgado em 13 de junho de 2018. Relator Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia.

<sup>22</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.001206/2019-90, Requerentes: GlaxoSmithKline plc. (“GSK”) e Pfizer Inc. (“Pfizer”). Julgado em 11 de junho de 2018. Relatora Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

“Petrotemex/Petrobrás”<sup>23</sup>, caso “AT&T/Time Warner”<sup>24</sup>, caso “Bovespa/Cetip”<sup>25</sup>, caso “TAM/Iberia/British Airways”<sup>26</sup>, caso “Dow/Dupont”<sup>27</sup>, caso “Rumo/ALL”<sup>28</sup> e, por fim, caso “Bromisa/ICL”<sup>29</sup>.

A partir da síntese e metodologia elaborada por MAGALHÃES JÚNIOR<sup>30</sup>, apresenta-se a seguir uma tabela contendo síntese das

---

<sup>23</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32, Requerentes Grupo Petrotemex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Julgado em 7 de junho de 2018. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

<sup>24</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Julgado em 18 de outubro de 2017. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

<sup>25</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11, Requerentes BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Julgado em 22 de março de 2017. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

<sup>26</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.004211/201610, Requerentes TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc. Julgado em 8 de março de 2017. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

<sup>27</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61, Requerentes The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company. Julgado em 17 de maio de 2016. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.

<sup>28</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A. Julgado em 25 de fevereiro de 2015. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

<sup>29</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A. Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A. Julgado em 18 de dezembro de 2014, Relatora Conselheira Ana Frazão.

<sup>30</sup> MAGALHÃES JÚNIOR, DANILO BRUM. *Arbitragem e Direito Concorrencial: a arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro*. Dissertação

preocupações concorrenciais e aspectos mais relevantes relacionados à arbitragem para todos os precedentes acima mencionados:

| Caso            | Preocupação Concorrencial  | Objetivo da Arbitragem  | Relator                          | Data do Julgamento |
|-----------------|--|---|----------------------------------|--------------------|
| “Praxair/Linde” | Sobreposições horizontais. preocupações derivadas da integração vertical entre os mercados de fornecimento de gases industriais e especiais a granel, por cilindros e no segmento de plantas onsite e manutenção das condições de rivalidade | Resolução de controvérsias relacionadas ao Negócio Desinvestido pelo Trustee de Monitoramento (“O Gerente dos Negócios Desinvestidos deverá gerenciar o negócio em seu Curso Ordinário, cumprindo com todas as regras internas estabelecidas pela Linde e legislação aplicável. Qualquer conflito resultante do não cumprimento das regras internas pelos Negócios Desinvestidos deverá ser arbitrado pelo Trustee de Monitoramento”) | Maurício Oscar Bandeira Maia     | 13/06/2018         |
| “GSK/Pfizer”    | Sobreposição horizontal no mercado de antiácidos simples e preocupações derivadas da alta concentração que o Negócio Combinado teria no referido mercado   | Resolução de controvérsias relacionadas ao Negócio Desinvestido pelo Trustee de Monitoramento (O Gerente do Negócio Desinvestido deverá, durante o Período de Hold-Separate, gerenciar o negócio em seu Curso Ordinário, cumprindo com todas as regras internas estabelecidas pela Pfizer e legislação aplicável. Qualquer conflito resultante  | Paula Farani de Azevedo Silveira | 11/06/2019         |

de mestrado apresentado perante a Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2018.

| Caso                   | Preocupação Concorrencial   | Objetivo da Arbitragem  | Relator                                | Data do Julgamento |
|------------------------|---|---|--|--------------------|
|                        |   | do não cumprimento das regras internas pelo Negócio Desinvestido deverá ser arbitrado pelo Mandatário de Monitoramento")  |  |                    |
| "Petrotemex/Petrobras" | Fechamento de mercado vertical para a venda de <i>Purified Terephthalic Acid</i> ("PTA") para a terceira interessada M&G Polimeros Brasil S A ("M&G"); e condutas discriminatórias no fornecimento de PTA à M&G | Resolução de controvérsia relativa a preço e volumes de fornecimento de PTA ("O Grupo Petrotemex apresentará à M&G uma proposta do Novo Acordo, seguindo os termos e condições previstos neste ACC [...] Caso a M&G não aceite a oferta do Novo Acordo, o Grupo Petrotemex iniciará o fornecimento de PTA nos termos do ACC e iniciará procedimento arbitral para dirimir a controvérsia sobre preços e volumes") | Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt     | 07/02/2018         |
| "AT&T/TIME Warner"     | Condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes  | Resolução de controvérsias relacionadas a condições comerciais de contratação ("qualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por assinatura não afiliada a AT&T ou à SKY poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, nos termos do ACC")  | Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo | 18/10/2017         |
| "Bovespa/Cetip"        | Condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes  | Resolução de controvérsias relacionadas à política comercial de serviços a entrantes ("o tribunal arbitral determinará a política comercial entre as partes sobre qualquer  | Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt     | 2203/2017          |

| Caso                         | Preocupação Concorrencial   | Objetivo da Arbitragem   | Relator                                | Data do Julgamento |
|------------------------------|---|--|--|--------------------|
|                              |   | serviço solicitado pelo entrante (que inclui o serviço da troca de titularidade e os serviços de pós-negociação)”)   |  |                    |
| “TAM/Iberia/British Airways” | Fechamento de mercado (barreiras à entrada)   | Resolução de controvérsias primeiramente por um <i>trustee</i> de monitoramento agindo como árbitro e, posteriormente, por um tribunal arbitral, relacionadas a compatibilidade de classes tarifárias e resolução de controvérsias relacionadas  | Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt     | 08/03/2017         |
| “Dow/Dupont”                 | Problemas concorrenciais identificados nos mercados relacionados à Ciência Material. Defensivos Agrícolas e Sementes (sobreposições horizontais. integrações verticais e fechamento do mercado) | Resolução de controvérsias relacionadas ao Negócio Desinvestido pelo Trustee de Monitoramento (“O Gerente de Negócio Desinvestido [...] deverá gerenciar o negócio em seu Curso Ordinário, cumprindo com todas as regras internas estabelecidas pela Dow e legislação aplicável. Qualquer conflito resultante do não cumprimento das regras internas pelo Negócio de Milho Desinvestido deverá ser arbitrado pelo Trustee de Monitoramento [...]”) | Paulo Burnier da Silveira              | 17/05/2016         |
| “Rumo/ALL”                   | Fechamento de mercado e condutas discriminatórias com seus concorrentes ou novos entrantes;   | Apoio a uma decisão da autoridade antitruste (constatação se a contratação e prestação de serviços de transporte ocorreu de forma discriminatória)   | Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo | 25/02/2015         |
| “Bromisa/ICL”                | Fechamento de mercado e condutas discriminatórias   | Apoio a uma decisão da autoridade antitruste (discutir sobre motivos que   | Ana Frazão                             | 18/12/2014         |

| Caso | Preocupação Concorrencial           | Objetivo da Arbitragem  | Relator | Data do Julgamento |
|------|-------------------------------------|---|---------|--------------------|
|      | com concorrentes ou novos entrantes | levaram à recusa de negociação ou a inadequação dos critérios de negociação com terceiros |         |                    |

Mas não é só em Atos de Concentração que a Arbitragem poderá ser empregada. Cite-se, por exemplo, casos de infração à ordem econômica solucionados por meio de Termos de Cessação de Conduta - TCC. Nas condições acordadas no TCC poderá ficar estabelecido que eventuais danos causados pelo Representado serão ressarcidos por meio de procedimento arbitral. Ou seja, ao celebrar o Acordo o Representado já se compromete a discutir eventuais danos causados na esfera arbitral, sob pena de descumprir o TCC.

O art. 1º e parágrafo único da Lei nº 12.529/2019 – Lei de Defesa da Concorrência – são claros quanto ao caráter cogente das normas do Direito Concorrencial e seu escopo de proteção à ordem pública e direitos, em geral, de caráter difuso e coletivo, o que, como é sabido, sobrepõem-se a interesses de caráter meramente particulares. Não obstante, como será visto a seguir, há certas questões relacionadas ao Direito Concorrencial que são arbitráveis.

Sob a perspectiva brasileira, como bem ressaltado por LEE, o Direito Concorrencial é um ramo do direito que apresenta normas cujas disposições fazem parte “das regras de ordem pública econômica e, por isso não se pode renunciá-lo nem aliená-lo. Entretanto, ele é arbitrável.”<sup>31</sup>. Em outras palavras, pode-se dizer que as consequências patrimoniais do Direito Concorrencial<sup>32</sup>, por exemplo, ou seja, alguns de seus aspectos, podem ser arbitráveis, mesmo que o Direito Concorrencial, em abstrato, diga respeito, em última instância, à proteção da ordem pública.

Para entender essa questão, valemo-nos das lições de APRIGLIANO, para o qual “a ordem pública não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com renúncia ou

<sup>31</sup> LEE, João Bosco. *O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do Mercosul*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 8/2000, Revista dos Tribunais, DTR\2000\202m Abr-Jun, 2000, pp. 346-358

<sup>32</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96*. Atlas, 03/2014. p. 12.

transação”, sendo que “no universo de direitos indisponíveis haverá, em muitas situações, componentes que se revelam disponíveis”<sup>33</sup>.

A distinção mencionada por BERNARDO LIMA entre “macrobem” e “microbem” para justificar a arbitrabilidade de certas questões relacionadas ao direito ambiental também é aplicável à discussão ora sob análise, no âmbito do Direito Concorrencial: “os microbens, portanto, diferentemente dos macrobens, são apropriáveis, submetendo-se a uma esfera patrimonial individual, variavelmente, a regime de Direito Público e Privado”<sup>34</sup>.

O Direito Concorrencial, de um ponto de vista do “macrobem” – a defesa da Concorrência e a tutela dos interesses difusos e coletivos relacionados a essa tutela –, seria indisponível. No entanto, sob um viés macroscópico – como o reconhecimento de uma certa situação de fato decorrente da violação do Direito Concorrencial ou o arbitramento de uma indenização por conta da violação contratual do dever de respeito à legislação concorrencial – é possível afirmar que certas questões relacionadas ao Direito Concorrencial, interligadas ao “microbem”, são arbitráveis.

É exatamente em consonância com essa realidade que, em 2015, a entrada em vigor da Lei nº 13.219 alterou a Lei Brasileira de Arbitragem e expressamente positivou a possibilidade de que a Administração Pública direta e indireta se valha da Arbitragem para a resolução de litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Deve-se entender que o Cade, na qualidade de autarquia federal, é membro da Administração Pública indireta, implicando em se reconhecer a possibilidade de se firmar acordos em controle de concentração com entes privados contendo cláusulas arbitrais.

Essa previsão legal colocou uma “pá de cal” em relação a controvérsias que existiam quanto à possibilidade da Arbitragem em certas

---

<sup>33</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública no Direito Processual Civil*. Tese de Doutorado apresentada em 2010, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 24. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/APrigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/APrigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf)>, acesso em 20 de setembro de 2019.

<sup>34</sup> LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 41.



situações que, aparentemente, em uma análise apenas *prima facie*, diriam respeito a direitos indisponíveis, mas que, uma análise mais pormenorizada, indicariam a possibilidade de arbitrabilidade objetiva, positivando o que já vinha sendo o entendimento da jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No âmbito do STF, menciona-se, por exemplo, os famosos “caso LAGE” e “TMV vs NUCLEP”, que, em suma, não apenas se asseverou a possibilidade de utilização do instituto da Arbitragem em relação aos agentes da Administração Pública, mas também se preconizou que a Arbitragem é inclusive recomendável a tais entes, tendo em vista privilegiar o próprio interesse público<sup>35-36</sup>. No precedente TMV vs. NUCEP, mencionou-se, inclusive, a distinção entre interesse público primário e secundário cunhada por ALESSI<sup>37</sup> para se chegar a tal conclusão.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, menciona-se os casos “CEEE vs. AES Uruguaiana”<sup>38</sup> e “Compagás vs. Consórcio Carioca Passareli”<sup>39</sup>, que também se valeram dessa distinção entre interesse público primário e secundário para justificar a utilização da Arbitragem na resolução

---

<sup>35</sup> BRASIL, STF/RExt 71.467, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973 e STF/AI 52.181, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

<sup>36</sup> GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória, In: Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, WALD, Arnold. (cord.). Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, pp. 398/399,

<sup>37</sup> ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Giuffrè. v.2 1974. vol. I. p. 226-227

<sup>38</sup> BRASIL, STJ, MS 11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num\\_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

<sup>39</sup> BRASIL, STJ, REsp 904.813/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num\\_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF)>, acesso em 20 de setembro de 2019.

de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis no âmbito da administração pública.

A distinção cunhada por ALESSI<sup>40</sup> entre o chamado “interesse público primário”<sup>41</sup> e o “interesse público secundário”<sup>42</sup>, portanto, também auxilia no entendimento dessa possibilidade inclusive no âmbito do Cade.

Isso porque a utilização de cláusulas arbitrais em Acordos em Controle de Concentração, pelo Cade, serve a atender o interesse público secundário, já que tal utilização corresponde, de fato, ao atendimento dos “interesses instrumentais ou acessórios do Poder Público”<sup>43</sup>.

O caráter instrumental dessa utilização da Arbitragem fica muito bem evidenciado nas palavras de alguns dos próprios conselheiros do Cade, a exemplo do voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no precedente Bovespa-Cetip, ocasião na qual este ressaltou que a Arbitragem, nesse sentido, é “vislumbrada como um auxílio ao cumprimento

---

<sup>40</sup> ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Giuffrè. v.2 1974. vol. I. p. 226-227

<sup>41</sup> ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Giuffrè. v.2 1974. vol. I. p. 226-227

<sup>42</sup> ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Giuffrè. v.2 1974. vol. I. p. 226-227

<sup>43</sup> TIBURCIO & PIRES apresentam uma síntese desses conceitos nos seguintes termos: “[...] se deve evitar a confusão entre o interesse público propriamente dito - também chamado de interesse público primário - e o interesse da Administração Pública - ou interesse público secundário. Aquele diz respeito aos próprios fins do Estado, i.e., aos objetivos que justificam a existência da sociedade política, em particular a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana pela tutela e efetivação dos direitos fundamentais. Já o segundo corresponde aos interesses instrumentais ou acessórios do Poder Público, como o aumento na arrecadação e a redução das despesas. Enquanto o interesse primário é indisponível por sua natureza, o secundário pode ser - e frequentemente é - objeto de disposição por parte do Estado. Muitas vezes, a própria satisfação do interesse primário recomendará que o Poder Público efetue mais gastos ou abra mão de determinadas pretensões patrimoniais - é o que ocorre, e.g., quando se regulariza a posse de áreas indevidamente ocupadas para promover o direito fundamental à moradia (art. 6.º da CF/1988 (LGL\1988\3)).”. TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Notas Sobre As Alterações Introduzidas Pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 254/2016, Abr / 2016, DTR\2016\1969, pp. 431 – 462.

do ACC”<sup>44</sup>, e não a “a substituição dos reguladores ou da intervenção do Cade para preservação da livre concorrência”<sup>45</sup>, que seria, de fato, um desiderato relacionado ao interesse público primário do Cade, por se referir exatamente aos “próprios fins do Estado”, mais precisamente à proteção dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Concorrencial.

Esse entendimento, inclusive, está em linha com os entendimentos da OCDE<sup>46</sup>. Em outras palavras, a utilização das cláusulas arbitrais e do próprio instituto da Arbitragem, nesses casos, presta-se ao atendimento dos interesses secundários da Administração Pública.

Vale dizer, os objetivos primários continuam a ser performados pela Administração Pública, seja na figura do Cade ou de outros atores relacionados às consequências práticas do ACC em alguns casos, como “a Comissão de Valores Mobiliários, do Banco Central ou de qualquer outra autoridade regulatórias”<sup>47</sup>, nas palavras do próprio conselheiro supramencionado.

Para além dessa argumentação de que a Arbitragem, nesses casos, relacionar-se-ia ao interesse público secundário, WALD e SERRÃO vão

---

<sup>44</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, voto disponível em <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?iFweHykMFHN48JqkAJdNALcA0imudRMJpSwHZddqWSo8dDTR8uhzOrJNolgo6uc-ds-lQxDzF3i7pDezOlnKGQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?iFweHykMFHN48JqkAJdNALcA0imudRMJpSwHZddqWSo8dDTR8uhzOrJNolgo6uc-ds-lQxDzF3i7pDezOlnKGQ)>, acesso em 20 de setembro de 2019.

<sup>45</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, voto disponível em <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?iFweHykMFHN48JqkAJdNALcA0imudRMJpSwHZddqWSo8dDTR8uhzOrJNolgo6uc-ds-lQxDzF3i7pDezOlnKGQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?iFweHykMFHN48JqkAJdNALcA0imudRMJpSwHZddqWSo8dDTR8uhzOrJNolgo6uc-ds-lQxDzF3i7pDezOlnKGQ)>, acesso em 20 de setembro de 2019.

<sup>46</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, OCDE Working Party N. 3, Outubro de 2010; Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>, acesso em 13/04/2017>, acesso em 20 de setembro de 2019.

<sup>47</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, voto disponível em <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?iFweHykMFHN48JqkAJdNALcA0imudRMJpSwHZddqWSo8dDTR8uhzOrJNolgo6uc-ds-lQxDzF3i7pDezOlnKGQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?iFweHykMFHN48JqkAJdNALcA0imudRMJpSwHZddqWSo8dDTR8uhzOrJNolgo6uc-ds-lQxDzF3i7pDezOlnKGQ)>, acesso em 20 de setembro de 2019.

além e chegam a cogitar que a utilização de Arbitragem em casos similares poderia até mesmo ser equivalente à salvaguarda do interesse público primário: “o acesso à segurança jurídica, à celeridade e à especialização técnica de um tribunal arbitral podem constituir um interesse público primário, cuja indisponibilidade, ao contrário de proibir a sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da Arbitragem”<sup>48</sup>.

## Conclusões

Conforme pôde ser observado na evolução histórica da utilização da Arbitragem na seara do Direito Concorrencial, a notícia da utilização da Arbitragem para a definição do mercado relevante por um Tribunal Arbitral, no caso “Aleris/Novelis”, pode ser entendido como a Arbitragem sendo utilizada para dirimir questões relacionadas ao “microbem” jurídico interligado ao Direito Concorrencial, ou interesse público secundário da Administração Pública, de modo a se garantir uma efetivação ainda maior do Direito Concorrencial por meio de um árbitro ou tribunal arbitral especializado que garantirá a celeridade, efetividade e economia na resolução de questão interligada ao Direito Concorrencial.

Trata-se de uma clara evolução histórica de uma tendência já existente no mundo jurídico há anos e mais recentemente no Brasil, de aproximar o Direito Concorrencial e Arbitragem, de modo a ampliar os mecanismos de efetivação da tutela do Direito Concorrencial.

Cumprir observar que, seja qual for a decisão que chegue o tribunal arbitral no caso “Aleris/Novelis”, é fato que, conforme bem exposto no precedente supramencionado *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, dos Estados Unidos, o poder judiciário ainda terá a possibilidade de rever a validade das decisões arbitrais que eventualmente contrariem o a aplicação do Direito Concorrencial<sup>49</sup>. Em suma, a utilização

---

<sup>48</sup> WALD, Arnold; SERRÃO, André. *Aspectos Constitucionais e administrativos da Arbitragem nas concessões*, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 5, v. 16, jan-mar/2008, p. 20

<sup>49</sup> LEW, Julian D. M. *Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority*. in MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability:*

da Arbitragem em questões relativas ao Direito Concorrencial é uma tendência que se erradia, mais uma vez, dos Estados Unidos para o mundo e já mostra a sua utilização no Brasil pelo Cade.

## Referências

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Giuffrè. v.2 1974. vol. I.

ALFORD, Roger. U.S. *Department of Justice Uses Arbitration to Challenge Merger*. (Notre Dame Law School)/September 15, 2019. Disponível em <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/15/u-s-department-of-justice-uses-arbitration-to-challenge-merger/>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública no Direito Processual Civil*. Tese de Doutorado apresentada em 2010, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 24. Disponível em <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf)> Acesso em 20 de setembro de 2019.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96*. Atlas, 03/2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração n° 08700.007777/2017-76, Requerentes Praxair, Inc. e Linde AG. Julgado em 13 de junho de 2018. Relator Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração n° 08700.004163/2017-32, Requerentes Grupo Petromex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Julgado em 7 de junho de 2018. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14, Requerentes AT&T Inc. e Time Warner Inc. Julgado em 18 de outubro de 2017. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração n° 08700.005937/2016-61, Requerentes The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company. Julgado em 17 de maio de 2016. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira.

---

*International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009, p. 25

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11, Requerentes BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados. Julgado em 22 de março de 2017. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração nº 08700.004211/201610, Requerentes TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc. Julgado em 8 de março de 2017. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A. Julgado em 25 de fevereiro de 2015. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A. Julgado em 18 de dezembro de 2014, Relatora Conselheira Ana Frazão.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.001206/2019-90, Requerentes: GlaxoSmithKline plc. ("GSK") e Pfizer Inc. ("Pfizer"). Julgado em 11 de junho de 2018. Relatora Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

DELRAHIM, Makan. “Special, So Special” - Specialist Decision-Makers in, and the Efficient Disposition of, Antitrust Cases. Discurso proferido no 7th Bill Kovacic Antitrust Salon, George Washington University Law School Washington, DC, em 9 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1201301/download>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

DEPARTMENT OF JUSTICE DOS ESTADOS UNIDOS, Justice Department Sues to Block Novelis's Acquisition of Aleris. Notícia publicada em 04.09.2019 no *website* oficial do Department of Justice, acessível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-novelis-acquisition-aleris-1>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE, Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV (Case C-126/97) of 1 June 1999, [2000] 5 CMLR 816. European Court of Justice – ECJ.

GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória, In: Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, WALD, Arnold. (cord.). Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002.

LEE, João Bosco. *O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do Mercosul*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 8/2000, Revista dos Tribunais, DTR\2000\202m Abr-Jun, 2000.

LEW, Julian D. M. *Competition Laws: Limits to Arbitrators' Authority*. in MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009.

LIMA, Bernardo. *A Arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHÃES JÚNIOR, DANILO BRUM. *Arbitragem e Direito Concorrencial: a Arbitragem como método para a resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro*. Porto Alegre, 2018. Dissertação de mestrado apresentado perante a Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, *Arbitration and Competition*, 2010, disponível em <[www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf](http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf)>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, OCDE Working Party N. 3, Outubro de 2010; Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>>, acesso em 13/04/2017> Acesso em 20 de setembro de 2019.

SECOND CIRCUIT COURT OF APPEAL DOS ESTADOS UNIDOS, *American Safety Equipment Corp v. J P Maguire & Co*, 391 F 2d 821, second circuit Court of Appeal, decidido em 1968.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MS 11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num\\_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 904.813/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num\\_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF)> Acesso em 20 de setembro de 2019.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, REExt 71.467, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973 e STF/AI 52.181, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Notas Sobre As Alterações Introduzidas Pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 254/2016, Abr / 2016, DTR\2016\1969.

WALD, Arnold; SERRÃO, André. *Aspectos Constitucionais e administrativos da Arbitragem nas concessões*, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 5, v. 16, jan-mar/2008, p. 20.

YOUSSEF, Karim. *Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 3 - The Death of Inarbitrability*. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros L. (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, 2009,