

Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações

Arbitration and Regulation: An Analysis of the Application of Arbitration in the Telecommunications Sector

Submetido(*submitted*): 6 de novembro de 2013

Parecer(*revised*): 4 de dezembro de 2013

Aceito(*accepted*): 15 de abril de 2014

Rafael da Silva Santiago*

RESUMO

Propósito – O trabalho procura analisar a possibilidade de utilização da arbitragem nos litígios ambientados no setor das telecomunicações, com o objetivo de propor alternativas regulatórias à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Metodologia/abordagem/design – Pela sua natureza qualitativa, o trabalho busca descrever e interpretar a utilização da arbitragem no âmbito das telecomunicações. A abordagem perpassa por uma pesquisa documental, consubstanciada na análise de conteúdo, propondo-se uma maior utilização de meios alternativos na política regulatória de composição de conflitos.

Resultados – A arbitragem pode ser usada em conflitos entre agentes do setor ou entre um deles e a ANATEL. No segundo caso, desde que a agência esteja desempenhando condutas dotadas de repercussão patrimonial evidente e inerente à sua prática.

Implicações práticas – Além de conferir ferramentas teóricas para a fundamentação da prática da arbitragem no setor das telecomunicações, o trabalho oferece um rol exemplificativo de atividades da ANATEL que podem ser objeto de arbitragem, apresentando sugestões para futuros juízos arbitrais.

Originalidade/relevância do texto – O trabalho confere embasamento teórico para a implantação de novos caminhos para a resolução de controvérsias no contexto da regulação.

Palavras-chave: telecomunicações, arbitragem, litígio, meios alternativos de solução de conflitos, Poder Judiciário.

*Rafael da Silva Santiago tem mestrado em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, onde atua como professor e advogado voluntário com pesquisas nas áreas de direito administrativo e direito civil.

ABSTRACT

Purpose – The paper analyzes the possibility of the use of arbitration in disputes that take place in telecommunications sector, proposing alternatives to the regulatory actions of the National Telecommunications Agency – ANATEL.

Methodology/approach/design – Considering its qualitative character, the paper aims to describe and interpret the use of arbitration in telecommunications. The approach refers to a documentary research, based on a content analysis, proposing to increase the use of alternative dispute resolution in regulatory policy.

Findings – Arbitration can be used in conflicts between agents of telecommunications or in conflicts between one of them and ANATEL. In the second case, only if the agency is performing activities that have clear patrimonial impact, which is inherent to their practice.

Practical implications – The paper formulates theoretical tools to base the practice of arbitration in telecommunications sector and provides an illustrative list of activities from ANATEL that can be submitted to arbitration. It also gives suggestions for future arbitrations.

Originality/value – The paper provides theoretical basis for the implementation of new ways for dispute resolution in the context of regulation.

Keywords: telecommunications, arbitration, litigation, alternative dispute resolution, Judiciary.

Introdução

Nos últimos anos, os métodos de administração da justiça brasileira vêm sendo alvo de diversas críticas, que se fundamentam, sobretudo, em sua morosidade e na complexidade do sistema. Seu custo, bem como sua facilidade para o ingresso, torna seu acesso indistinto a todos (ARROW *et al.* 2011, 334), o que não necessariamente significa uma adequada prestação jurisdicional, muito menos a concretização satisfatória dos valores constitucionais.

Por sua vez, as telecomunicações foram historicamente compreendidas como verdadeiro fator de impulsão do progresso e do desenvolvimento, o que explica sua submissão à regulação estatal (SCHOLZE *et al.* 2009, 155).

Como bem ressaltam Simone Henriqueta Cossetin Scholze e Miriam Wimmer (2009, 177-178):

Sendo as telecomunicações um fator indutor do desenvolvimento econômico e social, sua regulação requer, nos termos da lei, um esforço integrado entre a ANATEL e os órgãos do Poder Executivo, de modo a alcançar-se um quadro regulatório que favoreça o equilíbrio entre atração de investimentos, competição sustentável e benefícios aos usuários, o qual facilite economias de escala, geradoras de ganhos econômicos e bem-estar social.

Desse modo, faz-se necessária uma discussão acerca de meios para a concretização de um modelo, no Brasil, que não apenas amplie os serviços de telecomunicações, mas também efetive uma política racional de uso das tecnologias, com o intuito de proporcionar o desenvolvimento nacional e os direitos individuais de comunicação (FELIZOLA 2011, 259). E esse modelo deve conter, entre suas prioridades, as formas de resolução de litígios entre os agentes regulados.

Diante do esgotamento e da morosidade do Poder Judiciário, cumpre encontrar alternativas à jurisdição estatal para a composição de controvérsias no âmbito das telecomunicações que sejam capazes de, diminuindo a litigiosidade e aumentando a legitimidade do resultado, oferecer respostas de forma mais rápida, técnica e eficaz, acompanhando os avanços da tecnologia que permeiam o setor. E a arbitragem se propõe à consecução de tais objetivos.

Essa busca por meios alternativos de resolução de litígios se mostra importante em virtude, sobretudo, do grande volume de causas submetidas ao julgamento do Estado-juiz, em número inversamente proporcional ao preparo técnico daqueles que são investidos na função jurisdicional por ato estatal.

Assim, soluções mais técnicas tendem a ser mais justas, enquanto que a celeridade dos métodos extrajudiciais tem o condão de pautar as condutas das operadoras de telecomunicações, influenciando o desenvolvimento de uma prestação de serviço com mais qualidade e reforçando os laços de cooperação entre os agentes.

Atualmente, falar em composição extrajudicial de conflitos no campo da regulação significa adentrar em um cenário de grandes discussões e debates. Uma das atribuições das agências reguladoras é, justamente, a solução de

conflitos entre os agentes do setor, algo que na ANATEL, é realizado em sua maioria apenas em nível administrativo.

Destarte, o meio alternativo de composição de conflitos encampado pela ANATEL se traduz em um verdadeiro processo administrativo, qualificado pelas mesmas prerrogativas e limitações do regime jurídico de direito público, cujo resultado final pode ser discutido no Poder Judiciário. Ou seja, esse procedimento, apesar de ser denominado como tal, não é dotado das características da arbitragem.

Na doutrina, não há consenso acerca da possibilidade de instauração de juízo arbitral em matéria pertinente à Administração Pública. A questão se mostra ainda mais tormentosa quando a arbitragem é utilizada por uma agência reguladora, em razão da importância de sua atividade e do amplo rol de competências a ela atribuídas.

Buscando construir razões para a resolução de litígios no âmbito das telecomunicações por meio da arbitragem, este trabalho tem início com a demonstração da existência de um contexto favorável à opção por meios extrajudiciais de resolução de litígios nas telecomunicações, em virtude de aspectos gerais da regulação, do regime jurídico e das características do setor.

Posteriormente, serão traçadas breves considerações acerca da arbitragem, abordando seu conceito, características distintivas, noções sobre arbitralidade e sobre a possibilidade de a Administração ser parte em um procedimento arbitral.

Na seção seguinte, proceder-se-á ao estudo dos meios de que a ANATEL dispõe para a resolução de conflitos no setor, seguido de esclarecimentos acerca de como a arbitragem pode ser utilizada no campo das telecomunicações. Em seção posterior, serão elaboradas algumas sugestões para futuras arbitragens.

Com isso, o artigo propõe fundamentar a conclusão no sentido de que é possível utilizar a arbitragem para a solução de litígios entre agentes do setor de telecomunicações ou entre um deles e a ANATEL, havendo autorização legal para tanto, sendo recomendável, apenas, que a agência estabeleça um procedimento mínimo a ser seguido por todas as arbitragens, em respeito à ampla, livre e justa competição, fortalecendo a atuação

cooperativa entre os agentes, bem como propiciando uma melhor prestação de serviço ao usuário.

Pano de fundo para meios extrajudiciais de solução de controvérsias no setor das telecomunicações

A despeito do princípio constitucionalmente¹ consagrado da inafastabilidade da jurisdição, não há que se falar no Poder Judiciário como a única via de solução de litígios:

Embora inevitável e sempre constante, esse desafio orgânico, contudo, é passível de superação. Se a crise atual do sistema de disputas judiciais é um reflexo natural e automático da inabilidade do próprio Estado em ofertar Justiça, na proporção da demanda social, sempre crescente e exponencialmente superior à sua capacidade de satisfazê-la, esse destino, por mais inevitável que seja, não se mostra intransponível (ARROW *et. al.* 2011, 350)

A crítica ao sistema vigente, bem como a evolução da sociedade no sentido de construir uma cultura mais participativa, capaz de aumentar a intervenção do cidadão na busca da solução por intermédio do diálogo e do consenso, resultam na formulação de um movimento importante na defesa dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, ou, em inglês, *Alternative Dispute Resolution – ADR* (ARROW *et. al.* 2011, 334).

Os Estados Unidos, por exemplo, vêm investindo, há mais de vinte anos, na utilização de formas alternativas de resolução de litígios para atenuar os problemas com o complexo e moroso Poder Judiciário, contemplando-as

¹É inegável que o constituinte, com a positivação de uma série de garantias relacionadas ao processo judicial, procurou, sem oportunizar caminhos alternativos, ampliar o acesso ao Poder Judiciário, o que acabou por aumentar a litigiosidade das relações entre os indivíduos. Nesse sentido, Kenneht J. Arrow e outros autores (2011, 352) trazem dados impressionantes: “[...] nos primeiros dez anos de vigência da nova ordem constitucional, o número de ações judiciais aumentou em estratosféricos 2.500%, passando de 350 mil em 1998, para mais de 8,5 milhões em 1998. Em contrapartida, no mesmo período, a população brasileira cresceu apenas 11,33%, e o número de magistrados passou de 4.900 para cerca de 10 mil, pouco mais que o dobro”.

como instrumento para desobstruir seu sistema judicial (ARROW *et. al.* 2011, 351).

Esse cenário se projeta, inclusive, para o campo da regulação, marcado por uma constante conformação de interesses conflitantes, tendo como guia a consecução do interesse público. E essa conformação pode se realizar por intermédio da adoção de meios extrajudiciais de solução de controvérsias.

Isso porque “regular”, à luz dos ensinamentos de Sueli Gandolfi Dallari (2003, 56):

[...] se refere aos mecanismos destinados a eliminar as contradições eventuais e a reforçar sua coerência. Procurando compreender quando se faz uso do termo regulação em direito, pode-se verificar o seu emprego em períodos de crise, para remediar ou propor uma solução para o disfuncionamento da ordem estabelecida, especialmente quando os mecanismos corretores dessa ordem já não conseguem resolvê-los [...].

Um litígio envolvendo agentes do setor regulado ou um deles e a agência reguladora representa uma contradição, um período de crise, verdadeiro disfuncionamento da ordem estabelecida. A possibilidade de utilização dos meios alternativos de resolução de disputas consubstancia a adoção de uma ferramenta de superação dessa crise, reforçando a coerência do sistema.

A atuação estatal no sentido de possibilitar os meios alternativos de resolução de controvérsias, entre eles a arbitragem, traduz-se em uma atuação regulatória do Estado. Esse raciocínio se aplica à ANATEL e ao campo das telecomunicações.

Especificamente quanto a esse setor, Simone Scholze e Miriam Wimmer (2009, 178) destacam que:

[...] as transformações ocorridas na última década no campo das telecomunicações e a profunda evolução tecnológica, comportamental e empresarial indicam a oportunidade e conveniência da adoção de providências regulatórias que ensejem, não somente suprir as deficiências diagnosticadas no passado e no atual contexto, mas também identificar desafios e priorizar novos objetivos para o futuro.

Um grande desafio nas telecomunicações é a maneira de se lidar com a controvérsia, notadamente em virtude da projeção de seus efeitos sobre a competição entre as operadoras e sobre a prestação de serviços. Qualquer atuação regulatória no setor deve, além de identificar esse desafio, priorizar novas formas de combatê-lo, o que passa pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário não pode ser o único ator na composição desses conflitos.

Destarte, cumpre analisar o pano de fundo para a utilização dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias na esfera das telecomunicações, de modo a verificar que (i) alguns aspectos da regulação², (ii) o regime jurídico e (iii) as características do setor encontram plena harmonia com a composição extrajudicial de litígios e, conseqüentemente, com a arbitragem.

Aspectos gerais de Regulação

A despeito dos vários significados que são conferidos ao termo “regulação”, utiliza-se, aqui, o sentido identificado por Aranha (2005, 46), que o descreve como “qualquer tipo de atuação estatal voltada ao direcionamento de um setor de atividades”. Sentido, esse, que, em atenção às normas do regime jurídico-administrativo, deve ser qualificado pela figura do interesse público.

Assim, Di Pietro (2009, 22) bem identifica a regulação no âmbito jurídico – abrangendo tanto a regulação econômica, quanto a regulação social – como:

[...] o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.

É importante mencionar que a disponibilização de meios alternativos de resolução de litígios no campo da regulação, além de ser uma escolha de

²A importância da regulação no âmbito das telecomunicações é muito bem retratada por Simone Scholze e Miriam Wimmer (2009, 178): “[...] Não se trata de mero paliativo temporário, destinado a vigorar apenas enquanto não ‘chegar’ a competição, mas permanente mecanismo de preservação da concorrência, de estímulo à expansão de redes e serviços e, sobretudo, de atendimento e defesa do consumidor”.

política regulatória, insere-se no próprio conceito de regulação, na medida em que representa um direcionamento de um setor de atividades a caminhos mais rápidos e eficazes de solução de disputas.

Além disso, as formas pelas quais os agentes do setor regulado irão resolver seus conflitos acabam, também, por pautar suas condutas com os demais agentes e, em especial, com os usuários dos serviços, influenciando diretamente sua prestação.

Assim, a disponibilização por parte da ANATEL da utilização da arbitragem às operadoras de telecomunicações consubstancia um tipo de atuação estatal voltada ao direcionamento do setor de telecomunicações, cujos serviços serão influenciados por essa decisão, porquanto uma solução mais célere³ e efetiva dos litígios propiciará a realização de mais atividades em benefício do usuário e das próprias concessionárias.

Por outro lado, sabendo-se que a arbitragem caracteriza um instituto eminentemente privado de solução de litígios, poder-se-ia inferir que, com a defesa de sua utilização no campo da regulação, estar-se-ia defendendo, de forma ilegítima, a instrumentalização de uma política regulatória à consecução de interesses meramente econômicos e privados. Entretanto, tal raciocínio não merece prosperar.

Mike Feintuck (2010, 39) afirma que a regulação deve incorporar e dar ênfase a valores que estão além do mercado, porquanto seus centros de referência são insuficientes para abarcar de maneira adequada uma série de valores políticos e sociais consagrados nas democracias liberais e, até mesmo, em sede constitucional.

Isso significa que outros inúmeros valores não econômicos devem influenciar a teoria e a prática regulatória, como uma forma de reconhecer e refletir princípios relacionados à justiça social (FEINTUCK 2010, 39).

³ Artur Coimbra de Oliveira (2009, 113) lembra que o tempo do sistema da economia é muito mais rápido que o do sistema do direito, de forma que, como a regulação consiste em uma intervenção do direito na economia, deve acompanhá-la em sua velocidade para que seja eficaz. Especificamente no ramo das telecomunicações, a rapidez de seu desenvolvimento é destacada por Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (2008, 17): “Nesta sociedade da informação, o direito das telecomunicações é matéria que seduz exatamente por regular esta área de evolução tão rápida que é a dos meios, formas e condições pelos quais as pessoas se comunicam e a informação flui (...)”.

Apesar de ter nascido em um contexto diferente⁴, é importante utilizar esse ensinamento para fundamentar a defesa da regulação como uma atuação estatal voltada ao direcionamento de um setor de atividades, tendo como norte a concretização de interesses sociais. E a adoção da arbitragem como a materialização de uma política regulatória possui plena sintonia com esses interesses, não encontrando guarida apenas em interesses meramente econômicos.

A arbitragem tem como consequência a solução de litígios com maior celeridade, em um tempo menor se comparado ao processo judicial, marcado pela morosidade e pela possibilidade de se protelar o cumprimento da sentença.

Esse aspecto é importante, pois grandes operadoras de telecomunicações podem utilizar sua força econômica para impedir ao máximo a concretização de uma determinação judicial, ou até mesmo o sucesso de um acordo de que depende a operadora de menor porte para a prestação de seus serviços, violando a livre concorrência no setor.

Nesse sentido, Artur Coimbra de Oliveira (2009, 112) bem destaca que:

Tais disputas entre prestadoras podem ser um forte empecilho competitivo, especialmente se têm por trás uma prática anticoncorrencial de uma operadora com poder de mercado contra uma empresa entrante. É normal que, pela lógica de mercado e empresarial, as operadoras tentem preservar ao máximo seu poder monopolístico e isso se dá, não raras vezes, por negativas de se possibilitar interconexão de redes a outra

⁴Mike Feintuck (2010, 41 - tradução nossa), analisando o sistema regulatório dos Estados Unidos e da Inglaterra, afirma que “(...) a escola de pensamento acerca da regulação que, hoje, é dominante está diretamente relacionada à ‘*public choice theory*’ (...). Como os adeptos da *public choice theory* entendem que o bem-estar geral será maximizado pelo exercício de utilidades individuais, eles chegarão à conclusão de que a intervenção regulatória é necessária apenas nos casos em que exemplos de ‘falhas de mercado’ devem ser consertadas, a fim de assegurar o contínuo funcionamento adequado do mercado”. Entretanto, o autor ressalta que “(...) é perfeitamente possível encontrar exemplos em que os interesses dos consumidores no funcionamento eficaz do mercado quase não se encaixam com os interesses dos indivíduos ou dos grupos enquanto cidadãos” (FEINTUCK, 2010, 41-42).

prestadora, por recusas em se permitir o *unbundling*, por práticas tarifárias desleais, entre outras formas.

Em verdade, a arbitragem pode ser utilizada pela ANATEL como uma ferramenta importante na garantia de uma ampla, livre e justa concorrência entre as prestadoras de serviços de telecomunicações, na medida em que coíbe a morosidade do Poder Judiciário e a possibilidade de discussões meramente protelatórias, viabilizando a prolação célere de uma decisão que, muitas vezes, afetará a esfera jurídica de praticamente todos os usuários dos serviços de telecomunicações.

Além disso, a arbitragem tem como uma de suas principais características a redução dos custos do procedimento, transferindo-os, ao menos parcialmente, dos cofres públicos – que mantêm toda a máquina estatal relativa ao Poder Judiciário – aos litigantes na disputa, de forma a “despublicizar” parte dos gastos com o setor regulado.

Um exemplo dessa “despublicização” é encontrado nos modelos de Contratos de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), nas modalidades de serviço Local, Longa Distância, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI), aprovados pela Resolução nº 552/2010, da ANATEL, os quais admitem a instauração da arbitragem entre agência e concessionária.

A mencionada Resolução estabelece, na cláusula 33.4, parágrafo único, que os gastos com o procedimento arbitral serão custeados pela ANATEL ou pela concessionária, sendo possível, portanto, a transferência dos custos dos cofres públicos para um agente privado:

Cláusula 33.4. Não tendo sido rejeitado pela ANATEL ou sendo superado tal questionamento, será iniciado o Processo versado no presente Capítulo, o qual obedecerá ao seguinte procedimento:

Parágrafo único. As despesas com o processo de arbitragem, abrangendo, inclusive, as custas de laudos, pareceres e perícias, bem com os honorários dos membros do Tribunal, serão imputadas à Concessionária ou à ANATEL, conforme decisão do Tribunal Arbitral.

Outro interesse social capaz de ser satisfeito pela utilização da arbitragem nos litígios de telecomunicações diz respeito à maior probabilidade de justiça nas decisões arbitrais, visto que são prolatadas por pessoas especialistas nas matérias levadas ao seu convencimento.

Além de haver a possibilidade de os árbitros serem auxiliados por peritos técnicos, o fato de eles serem especialistas em telecomunicações é capaz de propiciar uma decisão mais adequada aos agentes e usuários dos serviços, conferindo maior segurança jurídica e confiança à sociedade e às operadoras, o que solidifica a política regulatória e acaba por trazer maiores possibilidades de ampliação do investimento privado.

É cediço que as empresas deduzem os custos da imprevisibilidade, da morosidade e da ineficácia do Poder Judiciário em seus investimentos, de modo que a arbitragem pode ser uma das ferramentas utilizadas pela ANATEL para combater esse cenário.

Ademais, o interesse social mais evidente se refere ao aumento da participação dos agentes nos processos de decisão.

É fato que a arbitragem aumenta a legitimidade da decisão, na medida em que as partes, além de se submeterem, consensualmente, ao juízo arbitral, têm a possibilidade de, previamente, escolher o terceiro que irá decidir o conflito. Isso aumenta o caráter participativo no procedimento decisório, pois aquele que comporá o litígio recebe uma delegação de poderes das partes para tanto.

E esse cenário encontra sintonia com uma das tendências do Direito Administrativo pós-moderno, descrita pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, 36):

[...] criar condições para a participação do cidadão no processo político, na gestão e controle das atividades administrativas, no processo de criação do direito, dentro do objetivo maior de partilhar com o cidadão a defesa do interesse público.

Assim, por intermédio da arbitragem, a ANATEL partilha com as operadoras de telecomunicações a defesa do interesse público, consistente no alcance de uma solução amigável, célere, eficaz e dotada de maior legitimidade, apta a ser cumprida, de pronto, pelas partes envolvidas, trazendo maior eficiência e versatilidade ao campo das telecomunicações.

Regime jurídico do setor de telecomunicações

Primeiramente, vale destacar que não existe uma norma jurídica específica de telecomunicações que mencione expressamente a possibilidade de a ANATEL se submeter à arbitragem ou de o juízo arbitral ser utilizado para a solução de litígios no setor. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT) aborda o assunto de maneira genérica e os procedimentos de “arbitragem” previstos em resoluções e no regimento interno da ANATEL não são arbitragens, mas procedimentos administrativos de composição de conflitos.

Entretanto, como já mencionado, os modelos de Contratos de Concessão para a prestação do STFC trazem uma figura de resolução de conflitos entre ANATEL e concessionária que pode ser considerada como arbitragem, razão pela qual é possível afirmar sua existência no setor de telecomunicações.

Até porque a Lei 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem, afirma que as pessoas capazes de contratar podem utilizar-se dela para a composição de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. É cediço que a ANATEL é em uma pessoa jurídica de direito público, sendo, portanto, capaz de contratar. Além disso, trava relações com conteúdo eminentemente patrimonial, econômico e disponível, como se verá adiante.

Portanto, já há uma lei que possibilita a utilização da arbitragem no setor das telecomunicações, inclusive nos casos em que a ANATEL seja parte.

Além disso, a Administração Pública possui autorização legal para que a composição dos litígios oriundos dos contratos de concessão de serviço público seja realizada por meio da arbitragem, na medida em que a Lei 8.987/95 estabelece, em seu artigo 23-A, inserido pela Lei 11.196/2005, que:

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

Com efeito, o diploma legal que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos no Brasil possibilita a

existência de meios extrajudiciais de resolução de litígios, destacando, inclusive, a arbitragem realizada nos termos da Lei 9.307/96, o que consubstancia, por si só, autorização legislativa suficiente para que as agências reguladoras se submetam à arbitragem⁵.

Além disso, o artigo 93, XV e o artigo 120, X da LGT estabelecem que o contrato de concessão e a permissão de serviços de telecomunicações, respectivamente, indicarão o foro e o modo para a solução extrajudicial das divergências, o que configura mais uma autorização legal para a utilização da arbitragem.

Vale destacar que a arbitragem é considerada no âmbito de várias agências reguladoras, como destaca o professor Alexandre Santos de Aragão (2013a, 340):

A admissão legal da arbitragem, e mesmo a sua preferência em relação aos demais meios de composição de conflitos, também é contemplada para a ANP pelos arts. 20, 27, Parágrafo Único, e 43, X, da Lei nº 9.478/97. Ainda exemplificativamente, o art. 35, XVI da Lei nº 10.233/01 prevê expressamente que os contratos de concessão celebrados pela ANTT e ANTAQ devem estabelecer “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”.

Não obstante, alguns doutrinadores⁶ defendem a necessidade de lei específica sobre o assunto, em virtude da importância das atividades desenvolvidas pela ANATEL, bem como do seu amplo rol de competências.

⁵Esse posicionamento é semelhante ao adotado pelo professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Alexandre Santos de Aragão (2013a, 339-340): “De grande polêmica é a possibilidade das agências reguladoras adotarem o juízo arbitral para dirimir conflitos com os agentes econômicos regulados. Sem querer entrar profundamente na polêmica, tema à espera de uma obra específica, entendemos que, em face da indisponibilidade dos interesses tutelados pelas agências reguladoras, a adoção da arbitragem só será possível se houver autorização legal, requisito que, pelo menos no caso das agências reguladoras de serviços públicos, está expressamente atendido pelo art. 23-A da Lei 8.987/95, inserido pela Lei 11.196/2005”.

⁶Artur Coimbra de Oliveira (2009, 153 - grifo nosso) afirma que: “A criação de procedimentos de arbitragem e de medição mais eficazes e fiéis é uma necessidade cuja satisfação depende de grande vontade política e – mormente no caso da

Muito embora o trabalho se oriente no sentido de que a Lei 9.307/96, a Lei 8.987/95 e a LGT já consubstanciam um conjunto suficiente de autorizações legislativas para a arbitragem, sendo necessária, apenas, regulamentação específica por parte da ANATEL quanto ao seu procedimento, cumpre demonstrar, em respeito à posição doutrinária que exige lei específica, que o regime jurídico do setor das telecomunicações encontra total harmonia com os escopos da arbitragem, de modo a ser possível a edição dessa lei.

Analisando o regime jurídico do setor, percebe-se que um dos princípios específicos do direito das telecomunicações está enunciado, expressamente, no art. 6º da LGT:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Além disso, o artigo 2º, III do referido diploma legal estabelece o dever do Poder Público em adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários. Uma dessas medidas pode se materializar por meio da opção pela arbitragem nos litígios que envolvam operadoras e/ou a ANATEL.

A ANATEL, por meio do Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil, aprovado pela Resolução nº 516/2008 – que estabelece ações de curto, médio e longo prazo que nortearão a atuação da agência – entende que propiciar competição e garantir a liberdade de escolha dos usuários é um princípio regulatório que deve pautar suas atividades.

mediação – de recursos humanos bem preparados para isso (...). No entanto, a partir da leitura da atuação da agência brasileira, comparando-a com outros países, vê-se a necessidade de uma previsão em lei da realização da arbitragem (...)”.

Um dos objetivos da atualização da regulamentação elencados pela Agência é a garantia de níveis adequados de competição e concorrência na exploração de serviço, de modo a deixar claro que, sejam quais forem os novos rumos do setor de telecomunicações, eles devem ter como fundamento a competição:

A LGT tem a competição como um princípio fundamental, tornando-se necessário propiciarem-se condições para que a sociedade possa valer-se desse princípio em âmbito tanto nacional quanto regional e, eventualmente, internacional. Isto porque a competição, além de trazer benefícios aos usuários dos serviços de telecomunicações, tais como redução dos preços e melhoria da qualidade, também diminui o risco regulatório. (BRASIL 2008)

Em sendo uma ferramenta capaz de impulsionar a competição entre os agentes, a arbitragem encontra harmonia com o princípio fundamental do regime jurídico das telecomunicações, isto é, com a competição.

Ao optar por uma política regulatória que seja guiada pela composição extrajudicial de litígios, a ANATEL, além de institucionalizar uma alternativa que caminha no sentido de assegurar um número maior de valores concorrenciais, acaba por, indiretamente, garantir a liberdade de escolha dos usuários, na medida em que as operadoras, ao invés de se preocuparem com a morosidade, a litigiosidade e os custos do Poder Judiciário, poderão concentrar suas atividades e seus recursos no aperfeiçoamento dos serviços prestados, ampliando, inclusive, sua oferta.

Por sua vez, o art. 5º da LGT preconiza que, na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações, devem ser observados, em especial, diversos princípios constitucionais, entre eles a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.

O art. 70 da LGT preceitua, ainda, que serão coibidas as condutas prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras de serviço. Essas condutas podem se manifestar por meio da utilização de instrumentos meramente protelatórios no âmbito do Poder Judiciário, o que viola a livre concorrência. Uma forma de coibir esse cenário é oferecer uma alternativa, como a composição de litígios por meios extrajudiciais.

Por outro lado, o art. 2º, V da LGT determina que o Poder Público deve criar oportunidades de investimento, o que pode ser feito a partir da arbitragem, pois com a sua utilização o Estado oportuniza aos agentes do setor regulado uma maior segurança jurídica quanto aos custos advindos da resolução de litígios, pois as incertezas do Poder Judiciário serão substituídas pela celeridade, eficácia, previsibilidade e pelo menor custo do procedimento arbitral.

Assim, as operadoras, ao invés de gastar com litigiosidade, passam a investir no setor, ocasionando uma série de benefícios e melhorias aos usuários dos serviços prestados.

Características do setor das telecomunicações

No Brasil, as agências reguladoras surgiram como mecanismos reguladores normativos, que agem com poderes de supervisão, fiscalização e normatização de atividades, sendo dotadas de maior agilidade na concretização de políticas públicas em virtude de sua estrutura especializada. Consubstanciaram, ainda, uma nova ferramenta no processo descentralizador da Administração Pública, em um esforço de “redirecionamento da política regulatória para os interesses dos usuários dos serviços concedidos, permitidos ou simplesmente fiscalizados” (ARANHA 2005, 57).

Esse contexto de criação das agências reguladoras já legitima, por si só, a busca da ANATEL por meios alternativos de resolução de controvérsias, no intuito de melhorar a prestação de serviços aos usuários, porquanto é inegável que uma solução célere e eficaz dos litígios acaba representando uma maior agilidade na concretização das políticas públicas de telecomunicações.

Além disso, como fundamento para a criação das agências reguladoras tem-se a opção estatal por medidas que aumentem a atratividade do mercado brasileiro para o financiamento de infraestrutura (ARANHA 2005, 57). Como já se verificou, a arbitragem pode servir de instrumento para ampliar os investimentos no setor regulado, na medida em que agrega previsibilidade aos custos das empresas com os eventuais litígios decorrentes do exercício de suas atividades.

O professor Marcio Iorio Aranha (2005, 57-58 - grifo nosso) destaca, ainda, que:

[...] a introdução do modelo de agências reguladoras na Administração Pública brasileira teria resultado da identificação de um déficit de regulamentação traduzido nos seguintes aspectos, cuja concretização persegue: política tarifária definida e estável; marcos regulatórios mais claros, que detalhem as relações entre os diversos atores de cada setor, seus direitos e obrigações; **mecanismo ágil e eficiente para a solução de divergências e conflitos entre o poder concedente e a concessionária**; garantias contra os riscos econômicos e políticos dos investimentos em setores econômicos [...].

Com efeito, percebe-se que a utilização da arbitragem no âmbito da regulação significa concretizar um dos objetivos que serviram de base para a criação das agências reguladoras, relacionado a uma solução mais rápida dos conflitos.

Ademais, a regulação das telecomunicações se assentou, inicialmente, em uma realidade na qual os meios estavam vinculados a determinados serviços e sobre uma mesma infraestrutura não era possível o desenvolvimento de múltiplas redes de telecomunicações (LAENDER 2005, 194).

Entretanto, esse cenário inicial se modificou, surgindo “a necessidade de uma completa reformulação das normas jurídicas que tinham por objeto as telecomunicações” (LAENDER 2005, 194), de modo a, inclusive, inserir a prática da arbitragem no seu cotidiano.

Ressalte-se que o setor das telecomunicações é notadamente marcado pela grande interdependência de seus agentes. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (2008, 61-62 - grifo nosso) bem resume essa constatação:

Em geral, as empresas responsáveis pela telefonia local ainda dependem, e muito, das grandes linhas das operadoras de longa distância, assim como estas ainda dependem, em medida ainda maior, da “última milha” detida pelas operadoras locais. **Isso revela um difícil paradoxo específico do mercado de telecomunicações: as mais acirradas competidoras são obrigadas a, diariamente, “colaborarem” entre si, permitindo que uma use a rede, a infraestrutura e mesmo informações da outra. Por óbvio que essa colaboração em lugar nenhum do mundo é tranquila.**

Nesse cenário, é interessante observar que a Exposição de Motivos da LGT ressalta a necessidade de todo o arcabouço regulatório de telecomunicações ser pautado pela priorização do usuário do serviço. E isso só será possível se a regulação tem como objetivo, entre outros, a facilitação da interconectividade e da interoperabilidade das redes (BRASIL 1996, 10).

Isso significa que uma política regulatória voltada à convivência harmônica e cooperativa entre as operadoras de telecomunicações representa, em verdade, uma política regulatória voltada à priorização do usuário do serviço.

Assim, como manter a harmonia entre partes que, não obstante estejam em litígio, firmam, em outras várias relações jurídicas, relacionamentos de dependência recíproca para prestarem seus serviços? Como manter a necessária cooperação mútua entre as operadoras em um ambiente tão potencializado à existência de conflitos? A resposta parece estar na priorização do uso dos meios extrajudiciais de solução de litígios e, conseqüentemente, na utilização da arbitragem.

Até porque o fato de o jurisdicionado requerer prestação estatal no sentido de compor uma controvérsia não necessariamente significa que o Poder Judiciário deva, sempre, estipular uma resposta de natureza impositiva, restringindo-se à aplicação da lei ao caso concreto. É possível que o juiz entenda ser necessário que as partes se submetam a uma instância conciliatória e pacificadora antes da decisão (ARROW 2011, p. 340).

Nesse sentido, “num momento inicial, como é esse em que se encontra o direito brasileiro, é aconselhável certa dose de postura educativa e pedagógica” (ARROW 2011, 340).

Por outro lado, já se mencionou que a regulação se caracteriza como uma intervenção do Estado em determinado setor de atividades, por intermédio, também, do Direito. Especificamente quanto às telecomunicações, o direito deve, sempre, procurar meios para se adequar a um contexto de constante mudança, de surgimento de novas tecnologias e de novas condutas por parte de seus agentes.

A Exposição de Motivos da LGT afirmou a necessidade de se desenvolver uma regulamentação do setor que fosse capaz de permitir que as operadoras pudessem reagir rapidamente às conjunturas do mercado e da

evolução tecnológica, de modo a fornecer todo o conjunto de serviços de telecomunicações exigidos pela sociedade (BRASIL 1996, 10).

Pedro Augusto Maia Felizola (2011, 233) bem destaca essa necessidade que deve ser atendida pela regulação no âmbito das comunicações:

(...) a regulação exercida pelo Estado sobre os institutos e veículos relativos à comunicação deve representar a construção de um regime jurídico adaptado e adaptável às condições requeridas pelo avanço das tecnologias da comunicação, com o intuito de garantir e viabilizar todos os elementos do direito à comunicação.

Em outras palavras, qualquer escolha de política regulatória no campo das telecomunicações deve estar adequada à sua constante e permanente mutabilidade⁷, que decorre do rápido avanço das tecnologias. E a arbitragem, enquanto materialização dessa escolha, tem como proposta uma composição mais célere dos conflitos, capaz de ser muito mais útil às operadoras de telecomunicações do que o processo judicial, moroso e dotado de estrutura altamente complexa.

Ademais, outra característica importante das telecomunicações que viabiliza a adoção do juízo arbitral em seus litígios se refere à própria natureza jurídica do direito à comunicação, verdadeiro direito fundamental.

A Constituição da República, em seu art. 5º, § 2º, deu origem à cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais, possibilitando a existência de outros direitos fundamentais além daqueles expressa e formalmente mencionados em seu texto. E, de certo, o direito à comunicação pode ser

⁷O Ministério das Comunicações, já em 1996, na Exposição de Motivos da LGT, apontava que as telecomunicações vinham passando por profundas transformações em todo o mundo, tendo como base três pilares: (i) a globalização da economia, (ii) a evolução tecnológica e (iii) a rapidez das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores (BRASIL, 1996, 9-10). Da mesma forma, a ANATEL também ressalta essa característica das telecomunicações: “O setor das telecomunicações é um dos mais dinâmicos da economia. A velocidade em que ocorrem as transformações tecnológicas faz com que o mercado esteja em constante mutação, exigindo permanente acompanhamento por parte do Estado, principalmente no que tange à atuação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel na implementação de políticas públicas” (BRASIL, 2008).

entendido como um desses direitos materialmente fundamentais, sobretudo face à necessária inclusão digital hoje apregoada (FELIZOLA 2011, 218).

O direito à comunicação é pacificamente reconhecido como um direito basilar da pessoa humana, diante da percepção da necessidade de se garantir a liberdade de interação entre os indivíduos como ferramenta imprescindível ao exercício da cidadania (FELIZOLA 2011, 220).

Nesse sentido, Pedro Augusto Maia Felizola (2011, 225) é preciso ao concluir que:

(...) o direito à comunicação, embora não expressamente consagrado pelo texto constitucional, é um direito materialmente fundamental, que encontra respaldo no conjunto de princípios relativos à comunicação social e às liberdades de expressão de pensamento e de acesso à informação, formalmente previstos na Carta vigente.

Portanto, exige-se do Estado condutas positivas no sentido de garantir uma fruição adequada do direito fundamental à comunicação por parte de todos os indivíduos. Essas condutas se exteriorizam, também, na atuação da ANATEL, que deve priorizar em suas ações a concretização do direito fundamental à comunicação.

A arbitragem, muito embora não se proponha de forma imediata à viabilização de direitos fundamentais aos usuários dos serviços, traz como consequência uma série de benefícios que têm o condão de proporcionar condições para prestações materiais da Administração (e, por conseguinte, da ANATEL) e das prestadoras de serviço tendentes a realizar os vários aspectos do direito fundamental à comunicação.

Isso porque, como já mencionado, a arbitragem pode significar maior segurança e confiança no setor das telecomunicações, aumentando o volume de investimentos em sua infraestrutura e serviços. Além disso, garante a manutenção de um bom relacionamento entre as operadoras, de modo que serviços prestados em um ambiente de cooperação e harmonia tendem a ser dotados de maior qualidade e maior possibilidade de sucesso na satisfação dos anseios da coletividade e do interesse público.

Arbitragem

O professor da USP, Carlos Alberto Carmona (2009, 31) ensina que a arbitragem é um:

(...) meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. (...) Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.

A professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Selma Maria Ferreira Lemes (2002, 45) compreende a arbitragem como um meio extrajudicial de solução de controvérsias, em que as partes, ao firmarem um contrato, conferem a terceiro, árbitro, a competência para resolver futuros conflitos que surgirem e forem decorrentes desse pacto.

José Cretella Neto (2009, 11), professor da USP, define a arbitragem como um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias estabelecida pelas próprias partes, por meio da intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos conflitantes. Isso significa que as partes convencionam submeter suas disputas ao julgamento de particulares de sua escolha.

O terceiro, isto é, o particular escolhido, é denominado de “árbitro” e sua jurisdição e competência decorrem de um acordo particular e específico, estipulado entre as próprias partes, as quais, ao realizarem a convenção, fixam os limites da arbitragem, indicam os procedimentos, determinam os prazos e escolhem a lei material aplicável ao conflito, ou, ainda, declaram se desejam que a decisão do árbitro seja proferida de acordo com critérios de equidade (CRETELLA NETO 2009, 12).

Destarte, José Cretella Neto (2009, 12) aduz que a arbitragem apresenta dupla faceta:

I) mecanismo judicialiforme para a solução de controvérsias entre as partes, convivendo com o mecanismo estatal, vale dizer, o judiciário-

processual, e com outros mecanismos de solução de controvérsias pela via extrajudicial, como a conciliação, a mediação e os bons ofícios; vista sob esse ângulo, a arbitragem constitui espécie de processo. II) procedimento instaurado por iniciativa dos litigantes, isto é, rege-se claramente pelo princípio da autonomia da vontade, dado que é voluntária; sob esse aspecto, a arbitragem revela-se verdadeiro contrato ou, quando se referir a litígios interestatais, tratado internacional.

Por seu turno, Fredie Didier Júnior (2012, 110) entende que a arbitragem é uma técnica de solução de conflitos mediante a qual os litigantes buscam em uma terceira pessoa de sua confiança a composição amigável e imparcial da disputa, na medida em que não é feita diretamente pelas partes.

O professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA), inclusive, elenca algumas de suas características no direito brasileiro, estabelecidas pela Lei 9.307/96:

[...] a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§ 1º e 2º) [...] b) árbitro (art. 13 Larb): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm *status* de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Larb), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Larb; art. 475-N, IV CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva. (DIDIER JÚNIOR, 2012, 111).

Com efeito, podem ser entendidas como características distintivas do juízo arbitral, que permitem identificar se a solução de determinado litígio se realizou por intermédio da arbitragem: (i) a intervenção de terceiro imparcial ou de terceiros imparciais; (ii) a escolha facultativa⁸ pela

⁸Por outro lado, André Guskow Cardoso (2010, 52-53) menciona que “(...) a arbitragem prevista pela Lei 10.848/2004, atinente ao setor elétrico e realizada no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, já chegou a ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que afastou em sede cautelar a inconstitucionalidade da previsão de arbitragem obrigatória. Desse modo, a tendência do Supremo Tribunal Federal, ao menos numa visão preliminar, parece ser

arbitragem e atribuída a ambas as partes; (iii) o afastamento da jurisdição estatal, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer recurso revisional de mérito; e (iv) a marcante presença da autonomia da vontade, que se exterioriza na escolha do procedimento, do direito material e dos árbitros para a decisão do conflito.

No que se refere ao âmbito de aplicação da arbitragem, cumpre estudar elementos relacionados à arbitralidade, que se desdobra em arbitralidade subjetiva e arbitralidade objetiva.

A arbitralidade subjetiva consiste nos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem (LEMES 2004, 5). De acordo com o art. 1º da Lei 9.307/96, possuem arbitralidade subjetiva aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) capazes de contratar.

Por sua vez, a arbitralidade objetiva relaciona-se com o objeto da matéria que será submetida à arbitragem (LEMES 2004, 5), o qual, ainda nos termos do artigo 1º do aludido diploma legal, deve consubstanciar direitos patrimoniais⁹ disponíveis. Por óbvio, chega-se à conclusão de que os direitos não patrimoniais e os direitos indisponíveis¹⁰ não são dotados de arbitralidade objetiva.

Como bem ressalta o professor Carlos Alberto Carmona (2009, 39):

a de confirmar a validade das arbitragens previstas de forma obrigatória no âmbito dos contratos de concessão dos diversos setores regulados”. Contudo, Aline Lícia Klein (2010, 68) observa que: “No direito nacional, reconhece-se a facultatividade da arbitragem, que há de ser voluntária. O fundamento da arbitragem é um direito obrigacional, que tem origem em contrato firmado pelas partes (convenção arbitral). O recurso à arbitragem depende de uma manifestação de vontade das partes nesse sentido, renunciando à jurisdição estatal e submetendo a função de julgamento do seu litígio a um tribunal arbitral”. Destarte, entendemos que para ser arbitragem é preciso que haja manifestação das partes, de modo a ser incompatível com seu próprio princípio fundamental, qual seja, a autonomia da vontade, impor a sua utilização.

⁹De acordo com José Cretella Neto (2009, 56), “o vocábulo patrimônio deve ser entendido como o conjunto de bens materiais e pessoais de cada um. Direitos patrimoniais, portanto, são aqueles referentes a esse conjunto de bens, em relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas que os têm por objeto”.

¹⁰Carlos Alberto Carmona (2009, 38) afirma que, de maneira geral, não se encontram no âmbito dos direitos disponíveis as questões referentes ao direito de família, ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as pertinentes ao direito penal, entre outras.

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.

Ademais, outra questão importante acerca da arbitragem se refere à possibilidade de sua utilização por parte da Administração Pública, sobretudo em virtude da clássica doutrina acerca da indisponibilidade do interesse público.

Selma Maria Ferreira Lemes (2004, 1) preconiza que as premissas que circunscrevem as contratações públicas, em especial as novas formas de parcerias entre o Estado e os particulares, demonstram a quebra de antigos paradigmas.

Nesse sentido, o professor da UERJ, Gustavo Binbenojm (2008, 6) afirma, de maneira precisa, que:

(...) as transformações por que passou o Estado moderno, desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, verificado nas últimas décadas do século XX, assim como a emergência do Estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

Como estrutura condutora fundamental da superação dessas clássicas categorias advém a noção de constitucionalização do Direito Administrativo, por intermédio da adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos – estabelecidos em princípios e regras constitucionais – que guiam toda a atuação da Administração Pública (BINENBOJM 2008, 7).

Especificamente no âmbito das contratações públicas, Selma Lemes (2004, 2) assevera que:

(...) À luz desses novos paradigmas, escudados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes etc., a Administração é conduzida a perfilar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que

envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro). O escopo dessa iniciativa é o de preservar e conciliar os interesses do concessionário e da Administração (e dos usuários dos serviços) relativos à boa, correta e justa governança da concessão outorgada, haja vista tratar-se de modalidade do contrato administrativo de colaboração.

Resgatando as noções de arbitralidade, não há dúvidas de que a Administração Pública é dotada de arbitralidade subjetiva, podendo se submeter à arbitragem. O art. 41 do Código Civil é claro ao afirmar a personalidade jurídica de União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e demais entidades de caráter público. Pessoas jurídicas de direito público são, portanto, pessoas jurídicas capazes de contratar, na medida em que celebram contratos administrativos.

Destarte, muito embora haja posições doutrinárias em sentido contrário¹¹, a Administração Pública pode se submeter à arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96, já que possui capacidade para contratar.

Esse foi, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que confirmou a legalidade da arbitragem em que a União foi parte, em decisão proferida em 1973, no Recurso Extraordinário nº 71.467. Some-se a isso a previsão expressa da possibilidade de utilização da arbitragem em

¹¹Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, 716), por exemplo, é incisivo ao criticar a arbitragem em questões que envolvam os serviços públicos: “Novidade lamentável e, ao nosso ver, grosseiramente inconstitucional, é o disposto no art. 23-A [da Lei 8.987/95] (...). De acordo com ele, conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato podem ser solvidos por mecanismos privados, inclusive por arbitragem, que deverá ser efetuada no Brasil e em língua portuguesa. É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um ‘contrato’ de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à intelecção proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência”.

conflitos decorrentes dos contratos de concessão de serviços públicos no art. 23-A da Lei 8.987/95.

A dúvida se assenta na arbitralidade objetiva, isto é, face à indisponibilidade do interesse público, quais seriam as matérias de direito público capazes de serem submetidas ao juízo arbitral?

Um dos principais critérios para a definição da arbitralidade objetiva no âmbito público se manifesta nas noções de interesse público primário – que é indisponível e, portanto, não sujeito à arbitragem – e interesse público secundário – disponível e passível de discussão no juízo arbitral.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, 621), o interesse público primário é um conceito substantivo, estabelecido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções gerados e manifestados em uma sociedade, ao passo que o interesse público secundário é um conceito adjetivo, definido ou deduzido por meio das necessidades organizativas e funcionais do Estado.

É que o ente estatal, conforme os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Melo¹² (2010, 65):

(...) tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, 66 - grifo nosso) completa, ainda, a noção de interesse secundário, afirmando que o Estado:

¹²Vale destacar que Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, 65-66) não entende que os interesses secundários do Estado são interesses públicos: “(...) Estes últimos [os interesses secundários] não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito”. Entretanto, essa divergência não retira a essência da ideia aqui explanada, qual seja, a de que o Estado possui interesses secundários disponíveis, dotados de arbitralidade objetiva.

(...) só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público (...). [Assim,] **os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.**

O interesse público primário consiste na correta aplicação da lei, de forma que, várias vezes, para atender o interesse público faz-se necessário julgar contra a Administração. Considerando que o Estado sempre busque a concretização da justiça, é recomendável que, havendo controvérsia em contratos de que participe, ela se resolva pelo caminho mais rápido, mais técnico e menos oneroso, evitando-se procrastinação indesejável (CARMONA 2009, 49-50).

Não há que se “(...) confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (CARMONA 2009, 50).

Com efeito, os interesses públicos secundários podem ser objeto de arbitragem, pois são interesses que o Estado tem enquanto pessoa jurídica¹³, sendo disponíveis.

Nesse cenário, Selma Lemes (2004, 6-7) propõe que se utilize a distinção entre atos administrativos de autoridade e atos de simples gestão, com o intuito de restringir a arbitragem a essa segunda categoria jurídica. A sentença arbitral, portanto, não pode versar sobre matéria de poder de autoridade e vigilância, mas é capaz alcançar questões pactuadas.

¹³Carlos Alberto Carmona (2009, 45) é preciso ao asseverar que: “quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação”.

Portanto, não possuem arbitralidade objetiva “matérias ou atribuições que importem no exercício de um poder de autoridade ou de império e dos quais não se pode transigir” (LEMES 2004, 7).

A autora também defende que “as decisões que sobrevenham na execução de um contrato ou sua dissolução, por serem puramente patrimoniais, são arbitráveis”, bem como as consequências patrimoniais dos atos administrativos (LEMES 2004, p. 7).

Especificamente nos contratos de concessão, a premissa é que os interesses públicos com repercussões patrimoniais, que se materializam nas cláusulas financeiras e econômicas, possuem arbitralidade objetiva (LEMES 2004, 8).

Em resumo, é possível afirmar que:

todas as questões disciplinadas no contrato de concessão que gravitam em torno dos interesses patrimoniais do contrato são suscetíveis de solução arbitral. Todas as matérias que versarem sobre disponibilidade de direitos patrimoniais, poderão estar sob a égide arbitral (...). Assim, nos contratos de concessão de serviço público, **tudo que diga respeito, tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem.** (LEMES, 2004, 9 - grifo nosso).

ANATEL e a resolução de disputas no setor das telecomunicações

Não existe, no Brasil, um procedimento único de resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações que abarque todos os tipos de conflito. Entretanto, a disposição geral acerca da atuação da ANATEL nesse cenário está prevista no art. 19, XVII da LGT, que defere à agência a composição administrativa de conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (OLIVEIRA 2009, 136).

Diante disso, como bem ressalta Artur Coimbra de Oliveira (2009, 136), a ANATEL criou três pilares normativos diferentes que podem ser utilizados pelas operadoras de telecomunicações em caso de disputa:

(1) o procedimento para resolução de disputas em interconexão, (2) o procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações,

elétrico e petrolífero e (3) a arbitragem e a mediação exercidas pela agência, que se aplica [3.1] aos casos de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como [3.2] a quaisquer outras disputas entre operadoras que se subsumam às [3.2.1] hipóteses previstas nos contratos de concessão ou [3.2.2] diretamente no Regimento Interno da Agência.

Ressaltando os principais aspectos de cada uma dessas hipóteses de atuação da ANATEL na resolução de conflitos, o art. 153 da LGT, que contempla a situação de (1) disputas referentes à interconexão de redes entre operadoras, preconiza, em seu § 2º, que, em caso de inexistência de acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrar as condições para a interconexão.

Tal procedimento decisório previsto no art. 153, § 2º da LGT foi regulamentado pela Resolução nº 410/2005 da ANATEL, que aprova o Regulamento Geral de Interconexão, estabelecendo, em seu “Anexo III” o processo de “arbitragem” em interconexão (OLIVEIRA 2009, 138).

Esse processo tem como características principais: (i) o início a partir de requerimento de uma das partes, não sendo necessária a concordância da outra (art. 13); (ii) competência da Comissão de Arbitragem, composta por três árbitros fixos, nomeados pelo Presidente da ANATEL (art. 2º); (iii) a possibilidade de utilização da arbitragem privada, cujo resultado deve ser avaliado e homologado pela ANATEL (art. 26); (iv) a publicidade como regra (art. 5º); (v) da decisão da Comissão de Arbitragem em Interconexão cabe recurso ao Conselho Diretor (art. 20) e da decisão do Conselho Diretor cabe pedido de reconsideração (art. 24); e (vi) a possibilidade de revisão judicial do mérito, pela ausência de vedação expressa na aludida Resolução.

Por sua vez, a (2) composição de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo é de competência da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicação e Petróleo, nos termos das Resoluções Conjuntas ANEEL-ANATEL-ANP nº 1/1999 e nº 2/2001.

A Resolução Conjunta nº 1/1999 fazia, em seu artigo 23, referência expressa à arbitragem. Contudo, a Resolução Conjunta nº 2/2001 eliminou tal referência, dando origem a um processo de resolução administrativa da

disputa, ou seja, uma forma de decisão administrativa, em que é possível pedido de reconsideração e ação judicial que rediscuta as questões já decididas (OLIVEIRA 2009, 140).

As características principais desse processo são: (i) a impossibilidade de as partes escolherem os “árbitros”, na medida em que o artigo 10 da Resolução Conjunta nº 2/2001 estabelece que a Comissão é composta por dois representantes de cada agência (ANEEL, ANATEL e ANP); (ii) natureza jurídica de um procedimento administrativo, assim expressamente definido no artigo 19 da aludida Resolução; (iii) da decisão da Comissão não cabe recurso apenas na esfera administrativa (art. 36 da Resolução nº 2/2001), sendo, por conseguinte, possível a revisão judicial do mérito; e (iv) possibilidade de apenas uma das partes solicitar a atuação das agências (Resolução nº 1/1999, art. 14, §2º).

Em relação aos (3.1) casos de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre Prestadoras de Serviço de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 274/2001 da ANATEL, estabelece, em seu artigo 27, que eventuais conflitos entre as prestadoras acerca da sua aplicação ou interpretação podem ser dirimidos pela ANATEL, por meio de processos de “mediação” e “arbitragem” administrativas.

Nesse caso, o Regulamento, em seu art. 39, remete esses processos de “mediação” e “arbitragem” administrativas às disposições acerca da “arbitragem” e da “mediação” aprovadas pela ANATEL em seu Regimento Interno.

O (3.2.2) Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612/2013, elenca como tipos de procedimento administrativo de resolução de conflitos: o procedimento de “mediação” (art. 92, I) e o procedimento de “arbitragem” administrativa (art. 92, II).

A “mediação” é requerida por ambas as partes (art. 94, II), sendo irrecorrível a decisão que homologa o acordo entre elas (art. 94, § 3º). Em virtude da ausência de disposição expressa no Regimento Interno e em sintonia com todos os demais meios que a ANATEL dispõe para a composição de conflitos, também aqui há a hipótese de revisão judicial do mérito do acordo homologado pela Agência. Além disso, outro aspecto

importante se refere à impossibilidade de as partes escolherem o mediador, que, nos termos do Regimento, será a autoridade competente (art. 94, II), o que evidencia o exercício de uma competência legal, e não convencional.

Por seu turno, a “arbitragem” é utilizada para a resolução de conflito de interesse entre prestadoras de serviços de telecomunicações (art. 95). Da decisão da autoridade competente (art. 96, VII) – aqui, mais uma vez, trata-se de uma competência legal, de modo que as partes não escolhem o árbitro – cabe recurso administrativo ou pedido de reconsideração (art. 96, VIII). Pela falta de previsão expressa, também é possível a revisão judicial do mérito da decisão.

Destarte, percebe-se que em nenhuma dessas hipóteses há o exercício do juízo arbitral propriamente dito. Tanto (1) nas disputas referentes à interconexão de redes entre operadoras de telecomunicações, quanto (2) nos conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, (3.1) nos casos de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações e (3.2.2) nas disputas diretamente reguladas pelo Regimento Interno da ANATEL, as características essenciais da arbitragem não estão presentes.

A despeito de o litígio ser resolvido por meio da intervenção de um terceiro, em procedimento cujo início é facultativo, não há, em geral, a escolha por ambas as partes, e nem uma convenção prévia que afasta a jurisdição estatal, impossibilitando o recurso revisional de mérito ao Poder Judiciário. Como se não bastasse, inexistente a necessária presença marcante do princípio da autonomia da vontade – seja na escolha do árbitro ou das regras procedimentais – para se concluir pela existência da arbitragem.

Pelo contrário, as aludidas hipóteses se aproximam mais a uma espécie de manifestação de arbitramento administrativo por parte da ANATEL.

De acordo com Carlos Alberto Carmona (2009, 228):

Árbitro é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível. Arbitrador, por sua vez, é a pessoa física indicada pelos contratantes (partes, portanto, num contrato, e não numa demanda) para integrar o conteúdo de um negócio jurídico [...]. O terceiro, nesta última hipótese, não decide uma controvérsia entre as partes, resolvendo-se sua atividade

apenas na eliminação de um contraste de opiniões, colaborando para a formação de um negócio jurídico.

Com efeito, arbitragem não se confunde com arbitramento, tratando-se de duas figuras distintas.

As aludidas hipóteses de atuação da ANATEL mais se aproximam do arbitramento, distanciando-se da arbitragem.¹⁴

Em geral, há uma negociação prévia acerca da interconexão de redes ou do compartilhamento de infraestrutura e as partes não conseguem chegar a um consenso em virtude da falta de algum elemento para a formação do negócio jurídico. A Agência, então, é chamada por uma ou ambas as partes para, exercendo seu poder, integrar o conteúdo dessa negociação que, anteriormente, não obteve sucesso.

Ao arbitrar um conflito de interesses, a ANATEL não se utiliza da arbitragem para, então, chegar à solução do litígio. De modo diverso, a Agência, por intermédio de um processo administrativo e no exercício de um poder que lhe é conferido por lei e solicitado pelas partes, estabelece, de forma unilateral, o consenso nas negociações acerca de elementos de telecomunicações, sem que haja a marcante presença da autonomia da vontade das partes conferindo maior legitimidade a esse resultado.

¹⁴Essa também é a posição de André Guskow Cardoso (2010, 42 - grifo nosso): “não há como se confundir a atuação das agências reguladoras na solução de conflitos entre os agentes regulados com a arbitragem. **Essa atuação não configura verdadeira arbitragem, mas se caracteriza como típica atividade administrativa de solução de controvérsias. Como tal, está sujeita à ampla revisão por parte do Judiciário**, que pode rever os seus termos e mesmo os pressupostos tomados pela agência para proferir a decisão dirimindo a controvérsia entre os agentes”. Por sua vez, o professor Alexandre Santos de Aragão (2013b, 456), analisando o art. 153, § 2º da LGT e a Resolução Conjunta da ANEEL-ANATEL-ANP nº 2/2001, assevera que: “Não há, contudo, nada que indique que a legislação determine que essa arbitragem administrativa, atípica, tenha caráter de definitividade perante o Poder Judiciário, em outras palavras, que equipare o seu regime ao da Lei de Arbitragem, sem que as partes sequer tenham firmado um compromisso arbitral prévio”. Arrematando seu raciocínio, Alexandre Santos de Aragão (2013b, 459) informa que “as funções de composição de conflitos exercidas pelas autoridades reguladoras não se enquadram exatamente no perfil tradicional da função arbitral”.

Por outro lado, continuando a análise dos meios para a composição de litígios, (3.2.1) os contratos de concessão estabelecem a possibilidade de a ANATEL e a concessionária submeterem seus conflitos à arbitragem. Aqui, nos termos do art. 23-A da Lei 8.987/95, há a previsão de utilização da arbitragem propriamente dita, sendo possível falar na existência das características essenciais do juízo arbitral.

Como exemplo, podem ser mencionados os modelos de Contratos de Concessão para a prestação do STFC, nas modalidades de serviço Local, Longa Distância, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI), aprovados pela Resolução nº 552/2010 da ANATEL.

Nesses casos, a concessionária pode recorrer à arbitragem apenas quando inconformada com a decisão da ANATEL relativa à violação do seu direito à proteção de sua situação econômica, à revisão de tarifas e às indenizações devidas quando da extinção do contrato de concessão, inclusive quanto aos bens revertidos (Cláusula 33.1).

O processo de arbitragem se inicia por meio da comunicação remetida por uma parte à outra, requerendo a instalação de um Tribunal Arbitral (Cláusula 33.2), que é composto por cinco membros, sendo dois nomeados pela ANATEL, dois pela concessionária e um indicado pelos quatro membros escolhidos pelas partes (Cláusula 33.3).

Da decisão do Tribunal Arbitral não cabe recurso (Cláusula 33.4, VIII), salvo pedido de reconsideração, só sendo possível a invalidação do processo nas hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/96 (Cláusula 33.4, IX). Com isso, por ser dotado das características essenciais do juízo arbitral propriamente dito e por remeter o intérprete às hipóteses de invalidade da sentença arbitral previstas na norma geral da arbitragem, pode-se inferir que aqui não há a possibilidade de revisão judicial do mérito.

Arbitragem no setor de telecomunicações

Na regulação do setor de telecomunicações, duas são as hipóteses de surgimento de conflitos: entre os agentes regulados ou entre um deles e a ANATEL.

Em relação ao primeiro cenário, não restam grandes dúvidas. Se duas operadoras de telecomunicações, pessoas jurídicas capazes de contratar, entram em uma disputa que verse sobre direito patrimonial disponível, não

há qualquer óbice à instauração de juízo arbitral, na medida em que estão satisfeitos os requisitos da arbitralidade subjetiva e da arbitralidade objetiva estabelecidos pelo art. 1º da Lei 9.307/96.

Além de estarem amparados no diploma legal que dispõe sobre as normas gerais da arbitragem no Direito brasileiro, os agentes de telecomunicações utilizarão um mecanismo de solução de litígios que, como demonstrado, encontra total harmonia com o regime jurídico das telecomunicações e com as características do setor.

Por outro lado, analisando o segundo cenário surge a seguinte questão: a ANATEL pode ser parte em um procedimento arbitral?

O trabalho se posiciona no sentido de que a Lei 9.307/96 já consubstancia uma autorização legislativa suficiente para a arbitragem no setor, sendo necessária, apenas, regulamentação específica por parte da ANATEL quanto ao seu procedimento.

Desse modo, a implantação da arbitragem não necessita de movimentação do Poder Legislativo, mas de atuação administrativa, em especial por meio da edição de ato normativo que padronize a arbitragem nas telecomunicações, em respeito ao princípio fundamental da competição. E essa posição vai ao encontro do próprio caráter aberto da LGT.

De acordo com o professor Carlos Ari Sundfeld (2007, 6), que foi o coordenador da consultoria jurídica que concebeu o modelo jurídico da LGT:

O caráter aberto da regulação decorre, portanto, de sua capacidade de assimilar as mudanças impostas pelas inovações tecnológicas e pela evolução do mercado, sem que seja necessária a edição de novas leis. Desde que a Agência tenha habilidade suficiente para os processos de câmbio, tudo poderá ser feito em nível administrativo, o que produz ganhos importantes em termos de rapidez e tende a assegurar um grau maior de coerência do sistema normativo.

É importante salientar que a ANATEL já possui habilidade suficiente para a utilização da arbitragem no setor, na medida em que desde 2010 vigoram os já mencionados modelos de Contratos de Concessão para a prestação do STFC, que estabelecem a possibilidade de utilização do juízo arbitral em conflitos travados entre ANATEL e concessionária.

Por seu turno, o art. 23-A da Lei 8.987/95, inserido pela Lei 11.196/2005, estabelece de maneira expressa que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados de resoluções de conflitos oriundos ou relacionados ao contrato, inclusive a arbitragem, o que configura mais uma autorização legal para a utilização da arbitragem para resolver litígios que envolvam a ANATEL.

Analisando a arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos, José dos Santos Carvalho Filho (2013, 392-393) assevera que:

É interessante notar que, entre as cláusulas essenciais, a lei mencionou aquela relacionada “ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais” (art. 23, XV). Ainda que haja aqui e ali alguma divergência sobre o assunto, tem dominado o entendimento de que a cláusula estampa a possibilidade de adoção do instituto da arbitragem, regulada esta na Lei nº 9.307, de 23.9.1996. [...] Não impede a adoção do instituto o princípio da legalidade nem o da indisponibilidade dos bens públicos: naquele caso, porque é a própria lei que o admite; neste porque indisponibilidade não se confunde com gestão, de forma que será legítimo que a Administração recorra à arbitragem para dirimir conflitos sobre divergências contratuais, sobretudo porque se trata de controvérsias de cuja natureza ressalta, predominantemente, a patrimonialidade dos efeitos.

Além disso, o art. 93, XV e o art. 120, X da LGT estabelecem que o contrato de concessão e a permissão de serviços de telecomunicações, respectivamente, indicarão o foro e o modo para a solução extrajudicial das divergências, o que configura mais uma autorização legal para a utilização da arbitragem no setor.

Com efeito, em atenção às diversas mudanças impostas pelas inovações tecnológicas e pela evolução do mercado, não há como se defender a espera de uma atuação do Poder Legislativo no sentido de possibilitar a arbitragem nas telecomunicações, porquanto já existe um conjunto de autorizações legais para tanto.

Faz-se necessária, apenas, uma atuação administrativa da ANATEL, de forma a padronizar a utilização da arbitragem pelos agentes do setor. Isso porque, em sendo a competição o princípio fundamental das

telecomunicações, não se pode permitir que os procedimentos arbitrais se realizem de formas muito distintas.

Portanto, é preciso que a ANATEL fixe um procedimento mínimo que deve ser observado por todos os juízos arbitrais, possibilitando às partes, em atenção à autonomia da vontade e à sua liberdade, decidirem sobre determinados aspectos que não influenciem sobremaneira o rito e os efeitos da arbitragem, de modo a proteger a ampla, livre e justa competição no setor. Isso porque deixar que cada arbitragem se realize conforme o arbítrio das partes significa conferir margens a práticas anticoncorrenciais, que violam a isonomia.

Hipóteses em que a ANATEL pode ser parte no juízo arbitral

André Guskow Cardoso (2010, 24) salienta que o exame da possibilidade de utilização da arbitragem pelas agências reguladoras deve ter como pressuposto o fato de que, em decorrência da multiplicidade das competências que lhes são legalmente deferidas, as agências estão submetidas a relações jurídicas de variada natureza.

Às várias competências desempenhadas pelas agências reguladoras correspondem relações jurídicas de caráter diferenciado. Alguns tipos de competência exercida, ainda que possam dar origem a conflitos, não são passíveis de submissão ao juízo arbitral (CARDOSO 2010, 24).

Isso significa que o amplo rol de competências das agências reguladoras deve ser analisado caso a caso, de modo a se definir pela viabilidade – ou não – da arbitragem para a solução de eventuais conflitos decorrentes do seu exercício.

Nesse momento, será realizada uma análise, com base no art. 19 da LGT, sobre quais atribuições da ANATEL podem ser submetidas ao juízo arbitral. Entretanto, não se quer com isso esgotar as possibilidades de utilização da arbitragem por parte da agência, de modo que a proposta do trabalho consiste na edificação de um panorama geral e exemplificativo de atividades da ANATEL que possuem arbitralidade objetiva.

Mesmo porque é possível que de uma atuação da agência, a princípio não dotada de arbitralidade objetiva, advenha um litígio de conteúdo eminentemente patrimonial e com repercussão econômica evidente, cuja composição, inclusive, será mais bem realizada pelo juízo arbitral do que pelo Poder Judiciário, em virtude de sua celeridade e especificidade técnica.

Atividades da ANATEL que não admitem a arbitragem

À luz das atribuições da ANATEL estabelecidas no art. 19 da LGT, pode ser realizado um esboço inicial acerca das atividades desempenhadas pela agência que não possuem arbitralidade objetiva. São atividades relativas (i) à expedição de normas, (ii) à fiscalização e aplicação de sanção, (iii) ao mero exercício de competência legal e (iv) ao serviço prestado.

O primeiro bloco de atribuições da ANATEL que não podem ser objeto de arbitragem se refere à sua competência normativa, isto é, à expedição de atos normativos. Como inexistente conflito a ser solucionado, não há que se falar em arbitragem. A ANATEL, por lei, deve expedir atos normativos e essa conduta de editar norma jurídica não pode ser objeto de arbitragem.

Nesse sentido, André Guskow Cardoso¹⁵ (2010, 28):

Não é passível de solução por meio da arbitragem o conflito derivado da atuação regulatória normativa propriamente dita da agência reguladora. Não é possível que o árbitro ou o tribunal arbitral ingressem no exame da conveniência ou da correção das opções regulatórias adotadas pela agência reguladora (evidentemente, dentro dos limites da legislação correspondente). Se a agência, no exercício de sua competência regulatória, define que a execução de determinado serviço regulado deve ser feita de determinado modo, não cabe ao árbitro ou ao tribunal arbitral controlar essa opção regulatória.

Portanto, não se fala em arbitragem quando a ANATEL expedir normas: (1) quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público (LGT, art. 19, IV); (2) acerca do espectro de

¹⁵ O autor faz um resumo elucidativo de sua posição quanto a relação entre arbitragem e competência normativa das agências reguladoras: “[...] no tocante ao exercício da competência normativa por parte das agências reguladoras, é possível o uso da via arbitral para dirimir conflitos, desde que se verifiquem as seguintes condições: (a) o conflito derive da aplicação concreta da norma regulatória geral editada pela agência ou envolva a edição de norma regulatória de efeitos concretos e imediatos; (b) o conflito apresente objeto suscetível de submissão à arbitragem; e (c) exista previsão de solução dos conflitos pela via arbitral [...]” (CARDOSO, 2010, p. 30).

radiofrequências e do uso de órbitas (LGT, art. 19, VIII, segunda parte); (3) sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (LGT, art. 19, X); (4) a serem cumpridas pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (LGT, art. 19, XII); (5) que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais (LGT, art. 19, XIV); e (6) acerca dos serviços de TV a cabo (LGT, art. 212).

Ressalte-se a possibilidade de surgimento de conflito quando da aplicação das normas formuladas pela ANATEL. Nesse caso, não há qualquer discussão acerca do exercício de competência normativa, mas sobre a aplicação concreta de um ato normativo expedido pela ANATEL. Desde que essa aplicação se refira a direito patrimonial disponível, não há óbice à utilização da arbitragem para a resolução do conflito.

Desse modo, pode-se afirmar que se a aplicação de normas regulatórias pela ANATEL ocasionar controvérsia relacionada a direito disponível (como, *e.g.*, na hipótese de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão), as partes podem se socorrer da arbitragem (CARDOSO 2010, 28).

O segundo bloco de atribuições da ANATEL que não podem ser submetidas ao juízo arbitral diz respeito às competências fiscalizatória e sancionatória. Também aqui não há o surgimento de um conflito, visto que, por lei, a agência deve fiscalizar a prestação dos serviços de telecomunicações e aplicar sanções.

Além disso, não se fala em direito disponível. À ANATEL compete aplicar a sanção nas hipóteses previstas em lei. Por outro lado, o particular não pode considerar o cumprimento de uma obrigação regulatória como seu direito disponível (CARDOSO 2010, 31).

Trata-se, em verdade, de um poder/dever indisponível da ANATEL. Em ocorrendo situação fática à qual a lei impõe a aplicação de uma sanção, cabe à ANATEL, após a apuração da conduta em processo administrativo que observe todas as garantias do agente, aplicar a consequência processual, não havendo litígio, direito patrimonial disponível e nem arbitragem.

Portanto, não se fala em arbitragem quando a ANATEL fiscalizar e aplicar sanções: (7) no âmbito da prestação do serviço no regime público

(LGT, art. 19, VI); (8) quanto ao espectro de radiofrequências e o uso de órbitas (LGT, art. 19, VIII, primeira parte); (9) quanto ao uso de radiofrequência e de órbita (LGT, art. 19, IX, segunda parte); e (10) no âmbito da prestação do serviço no regime privado (LGT, art. 19, XI, segunda parte).

O terceiro bloco de atribuições da ANATEL que não possuem arbitralidade objetiva contempla o mero exercício de competência legal, sem que haja consequência econômica direta e nem a formação de um litígio. Trata-se de simples desempenho de um poder/dever legal, de modo que não faz sentido falar em arbitragem, mesmo porque inexistente litígio.

Portanto, não se fala em arbitragem quando a ANATEL: (11) atua com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade (LGT, art. 19, *caput*, segunda parte); (12) representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações (LGT, art. 19, II); (13) elaborar e propor ao Presidente da República, por meio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção de medidas previstas no artigo 18 da LGT (LGT, art. 19, III); (14) deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos (LGT, art. 19, XVI); (15) compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (LGT, art. Art. 19, XVII); (16) arrecadar e aplicar suas receitas (LGT, art. 19, XXI); (17) contratar pessoa por prazo determinado (LGT, art. 19, XXIII); (18) decidir em último grau sobre as matérias de sua competência (LGT, art. 19, XXV); (19) formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento (LGT, art. 19, XXVI); (20) aprovar seu regimento interno (LGT, art. 19, XXVII); (21) elaborar relatório anual de suas atividades (LGT, art. 19, XXVIII); (22) enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e ao Congresso Nacional (LGT, art. 19, XXIX); (23) rever, periodicamente, os planos gerais de outorgas de serviço prestado no regime público e de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (LGT, art. 19, XXX); (24) promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL (LGT, art. 19, XXXI); (25) reprimir infrações dos direitos dos usuários (LGT, art. 19, XVIII); (26) exercer competências de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no âmbito das

telecomunicações (LGT, art. 19, XIX); (27) propor ao Presidente da República a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou de servidão administrativa, dos bens necessários a serviço no regime público (LGT, art. 19, XX); (28) expedir ou reconhecer a certificação de produtos (LGT, art. 19, XIII); e (29) resolver quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores (LGT, art. 19, XXII, segunda parte).

Ademais, em virtude do alto grau de generalidade estabelecido em lei, a atribuição da ANATEL de (30) implementar a Política Nacional de Telecomunicações (LGT, art. 19, I) não poderá se submeter à arbitragem quando a conduta da agência consistir na expedição de normas, na fiscalização ou na aplicação de sanção.

O quarto bloco de atribuições da ANATEL que não podem ser objeto de arbitragem se refere à edição de atos de outorga, à extinção do direito de exploração de serviço e à celebração de contratos de concessão.

Marçal Justen Filho (2003, 173 - grifo nosso) explica que:

A outorga de uma concessão envolve decisão séria e grave, pertinente a interesses coletivos de diversa ordem, inclusive com potenciais efeitos sobre direitos e garantias individuais. Daí se segue a impossibilidade de reputar-se a decisão de produzir a outorga como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo.

Não se vislumbra que o Poder Executivo, por simples decisão sua, entenda transferir a terceiros o exercício de atividade compreendida como peculiar ao Estado, de modo que a outorga do serviço em concessão depende de lei que a autorize (MELO 2010, 713).

Com efeito, por versar sobre interesses coletivos e direitos e garantias individuais, bem como por se tratar de uma atividade diretamente autorizada por lei, não há que se falar em arbitragem sobre a outorga de uma concessão, permissão ou autorização. Mesmo porque inexistente litígio, porquanto cabe ao Estado definir se e quando realizará a outorga de determinado serviço.

Por outro lado, a formalização da outorga impõe o desempenho de uma atividade administrativa. Desse modo, é excluída a possibilidade de outorga

de concessão diretamente por atos legislativos. Mesmo que tenha como pressuposto a autorização legislativa, a concessão apenas se aperfeiçoa por intermédio da atuação da Administração Pública (JUSTEN FILHO 2003, 172).

Nesse contexto se encaixa a atribuição da ANATEL no sentido de editar atos de outorga, prevista no art. 19, V e IX da LGT. Perceba que não há litígio acerca da expedição do ato de outorga em si. É possível que haja discussão sobre vícios no procedimento licitatório que o precede, mas não sobre o ato, de modo que também aqui não há espaço para o juízo arbitral.

Por esse mesmo motivo, a celebração do contrato de concessão não possui arbitralidade objetiva, já que não há litígio pertinente ao ato de celebrar. Questões relativas à validade ou aos vícios de formação do contrato ou do procedimento licitatório não estão compreendidas nessa atribuição legal da ANATEL.

Por seu turno, no que se refere à extinção do direito de exploração do serviço, é cediço que a possibilidade de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído é um poder que se insere na esfera jurídica do concedente (MELO 2010, 728-729).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, 731 - grifo nosso), é preciso ao afirmar que:

tendo em vista que a concessão (...) não é senão uma técnica através da qual o Poder Público visa a obter o melhor serviço possível no interesse dos administrados, compreende-se que **a este caiba o poder de retomar o serviço sempre que o interesse público aconselhar, ou seja: quando concorrerem ponderáveis razões de conveniência e oportunidade ou por inadimplência do concessionário.**

Desse modo, o ato de extinção do direito de exploração do serviço não pode ser objeto de arbitragem, na medida em que se insere na esfera de poder da Administração, que será exercido com base em critérios de conveniência e oportunidade. Se a titularidade do serviço é do Estado, não há litígio se ele retomar seu exercício, não havendo, portanto, possibilidade de utilização da arbitragem.

Contudo, a situação se altera quando o objeto de discussão passa a ser os efeitos da extinção do direito de exploração do serviço, notadamente

aqueles que possuem conteúdo econômico. Nesse caso, os efeitos que puderem ser qualificados como patrimoniais e disponíveis poderão ser objeto de arbitragem.

Portanto, não se fala em arbitragem quando a ANATEL editar atos de outorga (31) do direito de exploração do serviço no regime público (LGT, art. 19, V, primeira parte) ou (32) do direito de uso de radiofrequência e de órbita (LGT, art. 19, IX, primeira parte); (33) celebrar contratos de concessão (LGT, art. 19, VI, primeira parte); extinguir (34) o direito de exploração do serviço no regime público (LGT, art. 19, V, segunda parte) ou o direito de uso de radiofrequência e de órbita (LGT, art. 19, IX, segunda parte), salvo quanto às consequências econômicas dessa extinção; (35) expedir autorização para prestação de serviço no regime privado e (36) extingui-la (LGT, art. 19, XI, primeira parte), salvo quanto às consequências econômicas dessa extinção.

Atividades da ANATEL que admite a arbitragem

Por sua vez, o conjunto de atribuições da ANATEL que possuem arbitralidade objetiva se divide entre (i) atividades instrumentais que impliquem consequências patrimoniais e (ii) condutas dotadas de repercussão econômica evidente e inerente à sua prática.

Caso se entenda que o *caput* do artigo 19 da LGT enuncia cláusula geral capaz de embasar atuações da ANATEL além daquelas elencadas nos seus incisos, pode-se afirmar que a (1) adoção, por parte da agência, das medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras (LGT, art. 19, *caput*, primeira parte) pode ser objeto de arbitragem, desde que possua consequências patrimoniais e se projete em direitos disponíveis.

Essa é hipótese de interesse público secundário, em que a ANATEL atua no sentido de concretizar interesse público primário. Como já visto anteriormente, os interesses públicos secundários são disponíveis, sendo dotados de arbitralidade objetiva.

Além disso, também podem se submeter à arbitragem condutas da ANATEL que possuam repercussão econômica evidente e inerente à sua prática. Enquadram-se nesse cenário as ocasiões em que a ANATEL: (2) gerencia contratos de concessão (LGT, art. 19, VI, segunda parte); (3) realiza intervenções na prestação do serviço no regime público (LGT, art.

19, VI, terceira parte); (4) atua tendo como pano de fundo a revisão de tarifas (LGT, art. 19, VII); (5) adquire, administra e aliena seus bens (LGT, art. 19, XXIV), respeitadas as consequências da indisponibilidade do bem público; e (6) resolve quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos (LGT, art. 19, XXII), com a ressalva acerca dos poderes que a ANATEL dispõe no âmbito dos contratos administrativos, que não podem ser objeto de arbitragem, a qual se restringe às consequências econômicas do exercício desses poderes.

Também aqui, em virtude do alto grau de generalidade estabelecido em lei, a atribuição da ANATEL de (7) implementar a Política Nacional de Telecomunicações (LGT, art. 19, I) poderá se submeter à arbitragem quando a conduta da agência se fundamentar em interesse público secundário e possua repercussão econômica evidente e inerente à sua prática.

Sugestões de utilização da arbitragem pela ANATEL

Construída a possibilidade de adoção da arbitragem para a composição de litígios entre agentes de telecomunicações ou entre um deles e a ANATEL, cumpre realizar breves sugestões para uma posterior regulamentação – defendida neste artigo – por parte da agência no sentido de estabelecer um procedimento mínimo a ser seguido por todas as arbitragens no campo das telecomunicações, de modo a evitar grandes distorções capazes de violar a ampla, livre e justa competição no setor.

Vedação ao uso da equidade

Em virtude de a norma ser abstrata, é possível que, no caso concreto, ocorram situações fáticas que o legislador não havia previsto, de modo a tornar a incidência da norma injusta e inadequada. “É nesta hipótese que atua a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma” (CARMONA, 2009, 65).

A equidade ocorre quando o julgador elege situações em que a norma jurídica não merece aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma se tornou ultrapassada e não acompanhou a realidade, ou porque sua aplicação gerará injusto desequilíbrio entre as partes (CARMONA, 2009, 65).

Silvio de Salvo Venosa (2013, 26 - grifo nosso) explica que:

A equidade é não só abrandamento de uma norma em um caso concreto, como também sentimento que brota do âmago do julgador. Como seu conceito é filosófico, dá margem a várias concepções. (...) Entenda-se, porém, que a equidade é antes de mais nada uma posição filosófica a que cada aplicador do direito dará uma valoração própria, mas com a mesma finalidade de abrandamento da norma.

Indubitavelmente, há muito de subjetivismo do intérprete em sua utilização.

Admitir a equidade em litígio que ocorre no cenário da regulação significa desprezar as normas preferidas pela agência reguladora, atingindo o conteúdo de política regulatória definida pela Administração Pública, algo inconcebível no atual modelo regulatório das telecomunicações.

Além disso, um instrumento de política regulatória jamais pode se resumir ao subjetivismo de um agente privado. As diretrizes regulatórias estabelecidas pela ANATEL não podem ser mitigadas por árbitros privados, sob pena de flexibilização da própria estrutura regulatória do setor de telecomunicações.

O professor Mario Iorio Aranha (2005, 64) lembra que:

O poder normativo, enfim, exaltado nas agências reguladoras é simplesmente o espaço de opções políticas, como não poderia deixar de ser. Diz respeito a espaços de decisão normativa no modelo de harmonização dos poderes presentes em todo preceito abstrato e genérico, que se vê maximizado em virtude da especificidade técnica e da extrema mobilidade de conformação setorial.

Não seria razoável permitir que o árbitro ingressasse no mérito de opções políticas do Estado sob o pretexto de mitigar a norma regulatória para alcançar uma decisão justa para o caso concreto. As normas da ANATEL devem servir de base para a sentença arbitral, sob pena de se admitir a transferência do poder normativo das agências reguladoras para os indivíduos que irão solucionar litígios por meio da arbitragem.

Árbitros privados escolhidos pelas partes

Elemento fundamental da arbitragem é a liberdade das partes em estabelecer a forma pela qual seu litígio será solucionado. Essa liberdade diz

respeito ao procedimento que deve guiar o juízo arbitral, ao direito material a ser aplicado na composição da controvérsia (CARMONA 2009) e à escolha dos árbitros.

Em relação ao procedimento, viu-se que, em respeito à ampla, livre e justa competição entre os agentes, a ANATEL deve fixar um procedimento mínimo capaz de orientar todas as arbitragens no setor, possibilitando às partes, em atenção à sua liberdade, à autonomia da vontade e às peculiaridades de cada litígio, definir alguns aspectos específicos do procedimento.

Por sua vez, no que se refere ao direito material aplicado para a solução do conflito, o árbitro deve se orientar pelas normas da ANATEL, bem como pelas leis e pela Constituição, caso contrário irá ultrapassar a política regulatória definida para o setor.

A maior manifestação da liberdade das partes no juízo arbitral realizado nas telecomunicações deve se materializar na escolha dos árbitros. Esse é um dos maiores diferenciais da arbitragem em relação ao processo judicial, na medida em que seu resultado, por derivar de decisão de árbitro escolhido pelas partes, possui maior legitimidade.

Não faz sentido prever uma “arbitragem” em que o terceiro com competência para solucionar a controvérsia seja funcionário da ANATEL, ou, mesmo, autoridade competente definida em lei. Admitir isso seria admitir a supressão da autonomia da vontade das partes, de modo a constituir um procedimento de decisão que não se confunde com o juízo arbitral.

Como bem ressalta Carlos Alberto Carmona (2009, 33), “os poderes dos árbitros são conferidos pelos litigantes, tendo a lei [nº 9.307/96] ampliado sobremaneira a autonomia da vontade das partes”. Assim, a arbitragem nas telecomunicações deve ser conduzida por árbitros privados escolhidos pelas partes, de forma que se respeite um mínimo de materialização da autonomia da vontade para se falar em existência de procedimento arbitral.

Vale destacar que essa sugestão é cumprida nas arbitragens que tenham como pano de fundo os modelos de contratos de concessão para a prestação do STFC, que determinam que o tribunal arbitral que irá solucionar o litígio decorrente da aplicação ou interpretação das normas da concessão será composto por árbitros escolhidos pelas partes:

Cláusula 33.3. O Tribunal Arbitral será composto por 5 (cinco) membros, assim nomeados:

I – 2 (dois) membros efetivos e respectivos suplentes indicados pelo Conselho Diretor da Anatel dentre especialistas nas áreas afetas à matéria controvertida, não pertencentes aos seus quadros, sendo pelo menos um, que o presidirá, detentor de conhecimentos específicos em regulamentação jurídica de telecomunicações;

II – 2 (dois) membros efetivos e respectivos suplentes indicados pela Concessionária, dentre especialistas nas áreas afetas à matéria controvertida, que não sejam seus empregados, sendo pelo menos um detentor de conhecimentos específicos em regulamentação jurídica de telecomunicações;

III – 1 (um) membro efetivo e respectivo suplente indicado pelos membros referidos nos incisos anteriores.

Flexibilização da publicidade e do sigilo

Um aspecto importante que deve ser considerado na futura regulamentação da ANATEL sobre a arbitragem no setor diz respeito à relação travada entre publicidade – princípio do regime jurídico-administrativo – de um lado e sigilo e privacidade – características da arbitragem privada – de outro.

A privacidade e o sigilo são atributos desejáveis no juízo arbitral. Aquela se relaciona com o local em que a arbitragem é processada e com a matéria alvo de discussão, de forma a não permitir a presença de pessoas estranhas nas audiências. Por outro lado, o sigilo atinge a sentença arbitral e os documentos apresentados no processo, vinculando os árbitros, os procuradores e até as partes (LEMES 2004, 17).

Selma Maria Ferreira Lemes (2004, 19) assevera que:

No caso específico dos contratos de concessão de serviços públicos, poder-se-ia inferir que as audiências e documentos fossem mantidos em privacidade para preservar as partes, mas os resultados das decisões arbitrais, existindo exigência legal, passam a ser de conhecimento geral, salvo se for de interesse da Administração e do concessionário a manutenção de sigilo, mas mesmo assim seria mantido em termos, pois a Administração (poder concedente) está sujeita ao controle do Tribunal

de Contas da União ou dos Estados. Ademais, importa observar que o contrato firmado entre a Administração e o concessionário é fruto de um processo de licitação, no qual a transparência e publicidade são inerentes.

Nesse cenário, a professora Selma Lemes (2004, 20) chega a uma conclusão importante sobre o tema:

Isto posto, concluímos que tanto os interesses públicos devem ser respeitados e, portanto, a decisão arbitral receber a divulgação pertinente quando determinado por lei, mas também os interesses do concessionário deverão ser preservados, no sentido de manter a adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo, evidentemente, disposição em contrário das partes ou determinação legal.

Carlos Alberto Carmona (2009, 51-52) entende que essa relação entre publicidade e sigilo traduz um falso dilema, pois o sigilo é uma característica que pode ou não ser estabelecida pelas partes, o que não impede que elas abram mão da confidencialidade que geralmente qualifica o procedimento arbitral.

De acordo com o professor da USP:

[...] A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral (CARMONA 2009, 52).

Por sua vez, Aline Lícia Klein (2010, 103), em obra sobre a arbitragem nas concessões de serviço público, entende que:

Quando uma das partes for um ente da Administração, os princípios da publicidade e da transparência da atividade administrativa deverão prevalecer sobre a faculdade de as partes do processo arbitral imporem sigilo ao processo e à decisão. Permite-se, assim, um eficaz controle dos atos praticados no processo arbitral e da decisão final adotada. Caso necessário, poderá ser acordado que sejam mantidas sob sigilo

determinadas informações apresentadas ao tribunal arbitral em processos que envolvam entes da Administração Pública. Soluções nesse sentido deverão ser excepcionais e devidamente justificadas, com a demonstração da efetiva necessidade de que não sejam divulgados os dados. O sigilo deverá abranger estritamente os elementos do litígio cuja confidencialidade seja essencial em atendimento ao próprio interesse público.

Desse modo, percebe-se que a doutrina majoritária se orienta pela inexistência de uma regra prévia sobre a questão, com a ressalva de que o princípio da publicidade deve, sempre que possível, ser plenamente observado. E essa posição é a mais correta.

Portanto, faz-se necessária uma flexibilização tanto da publicidade quanto da confidencialidade, de forma a encontrar um denominador comum que atenda tanto ao interesse público quanto aos interesses das partes. Tudo isso tendo como norte o caráter imprescindível da publicidade, que deve estar presente em todo e qualquer procedimento arbitral que verse sobre interesses coletivos. E qualquer conclusão a respeito desse denominador comum só será possível a partir da análise do caso concreto.

Conclusão

O esgotamento e a morosidade do Poder Judiciário impõem que os partícipes das relações jurídicas procurem novos caminhos para a resolução de seus conflitos, mais propícios ao diálogo, à negociação, ao consenso e à redução da litigiosidade.

O cenário das relações jurídicas pertinentes às telecomunicações não se mostra diferente, sendo necessária uma busca por soluções racionais das controvérsias, que, ao invés de piorar o relacionamento entre as partes, aumentem seus laços de interdependência e de cooperação recíproca.

Analisando o pano de fundo para a utilização dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias na esfera das telecomunicações, viu-se que a disponibilização de meios alternativos de composição de litígios no âmbito regulatório da ANATEL, além de ser uma escolha de política regulatória, insere-se no conceito de regulação, na medida em que direciona o setor de telecomunicações a caminhos mais rápidos e eficazes de solução de disputas, o que acaba por pautar as condutas dos agentes regulados e trazer

consequências benéficas para os usuários dos serviços, influenciando diretamente na sua prestação.

A despeito de não existir uma norma jurídica específica de telecomunicações que mencione expressamente a possibilidade de utilização do juízo arbitral, esse método extrajudicial de resolução de controvérsias encontra total harmonia com o regime jurídico das telecomunicações, visto que contempla os princípios e valores fundamentais referentes à competição, repressão ao abuso do poder econômico, livre iniciativa e criação de oportunidades de investimentos.

Encontra harmonia, também, com as características das telecomunicações, pois a opção pela arbitragem tem o condão de aumentar os investimentos no setor, além de representar uma política regulatória voltada à convivência harmônica e cooperativa entre as operadoras de telecomunicações, que se adéqua às constantes mudanças ocasionadas pelos avanços das tecnologias, consubstanciando uma conduta positiva do Estado no sentido de concretizar o direito fundamental à comunicação.

Por sua vez, foi demonstrado que a solução de determinado litígio se realiza por intermédio da utilização da arbitragem quando há: (i) a intervenção de terceiro imparcial ou terceiros imparciais; (ii) a escolha facultativa pela arbitragem e atribuída a ambas as partes; (iii) o afastamento da jurisdição estatal, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer recurso revisional de mérito; e (iv) a marcante presença da autonomia da vontade, que se exterioriza na escolha do procedimento, do direito material e dos árbitros para a decisão do conflito.

No que se refere ao âmbito de aplicação da arbitragem, realizou-se um estudo sobre a arbitralidade, que se desdobra em arbitralidade subjetiva e arbitralidade objetiva. De acordo com o art. 1º da Lei 9.307/96, possuem arbitralidade subjetiva aquelas pessoas capazes de contratar, ao passo que a arbitralidade objetiva se refere a direitos patrimoniais disponíveis.

Em relação à esfera pública, não há dúvidas de que a Administração é dotada de arbitralidade subjetiva, podendo se submeter à arbitragem por ser pessoa jurídica capaz de contratar. O questionamento se assenta na arbitralidade objetiva, isto é, quais matérias públicas podem ser submetidas ao juízo arbitral?

Respondendo, podem ser alvo de arbitragem, entre outras questões, (i) interesses públicos secundários, (ii) atos de simples gestão, (iii) decisões sobre a execução de um contrato administrativo ou sua dissolução, (iv) consequências patrimoniais dos atos administrativos, (v) cláusulas financeiras e econômicas e (vi) todas as questões patrimoniais dos contratos de concessão de serviço público.

Por sua vez, após a análise dos meios que a ANATEL dispõe para a resolução de conflitos no setor, viu-se que em nenhuma situação há a presença das características essenciais da arbitragem. Pelo contrário, as hipóteses se aproximam mais a uma espécie de manifestação de arbitramento administrativo.

A única exceção se refere aos modelos de Contratos de Concessão para a prestação do STFC, que estabelecem uma figura de resolução de litígios entre concessionária e ANATEL que pode ser considerada como arbitragem, por reunir várias de suas características essenciais.

No âmbito da regulação do setor, duas são as hipóteses de surgimento de conflitos: entre os agentes regulados ou entre um deles e a ANATEL.

Em relação ao primeiro cenário, não restam grandes dúvidas. Se duas operadoras de telecomunicações, pessoas jurídicas capazes de contratar, entram em disputa que verse sobre direito patrimonial disponível, não há qualquer óbice à instauração de juízo arbitral.

No que se refere a litígio em que a ANATEL seja parte, o trabalho se posiciona no sentido de que a Lei 9.307/96, o artigo 23-A da Lei 8.987/95, o artigo 93, XV e o artigo 120, X da LGT compõem um conjunto de autorizações legislativas suficientes para a utilização do juízo arbitral. Nesse cenário, podem ser objeto de arbitragem (i) atividades instrumentais da ANATEL que impliquem consequências patrimoniais e (ii) condutas da agência dotadas de repercussão econômica evidente e inerente à sua prática.

Vale ressaltar que a implantação do procedimento arbitral não necessita de movimentação do Poder Legislativo, mas de atuação administrativa da ANATEL, por meio da edição de ato normativo que padronize a arbitragem nas telecomunicações, em respeito ao princípio fundamental da competição.

Essa regulamentação deve considerar a vedação ao uso da equidade, o estabelecimento da possibilidade de as partes escolherem árbitros privados

para a solução do litígio e a flexibilização tanto da publicidade quanto do sigilo.

Assim, é possível perceber que a arbitragem pode ser utilizada pela ANATEL como uma importante ferramenta de política regulatória apta a dinamizar o setor das telecomunicações, contemplando valores relacionados à competição e à repressão ao abuso do poder econômico, retirando o litígio da morosidade do Poder Judiciário e trazendo como consequência uma melhor prestação de serviços aos usuários.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013a.

_____. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013b.

ARANHA, Marcio Iorio. **Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)**. Brasília, 2005. 210 p. Tese de Doutorado. Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas. Universidade de Brasília.

ARROW, Kenneth J. *et. al.* Perspectivas institucionais. In: ARROW, Kenneht J. *et. al.* (org.). **Negociação: barreiras para resolução de conflitos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-380.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, n. 13, mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%27C70-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acessado em 30 de outubro de 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional de Telecomunicações; Agência Nacional do Petróleo. **Resolução conjunta nº 1, de 24 de novembro de 1999**. Aprova o Regulamento Conjunto para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações; Agência Nacional do Petróleo. **Resolução conjunta nº 2, de 27 de março de 2001**. Aprova o Regulamento Conjunto de resolução de conflitos das agências reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 274, de 05 de setembro de 2001**. Aprova o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre as prestadoras dos serviços de telecomunicações.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005**. Aprova o Regulamento Geral de Interconexão.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008**. Aprova o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR).

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010**. Aprova a alteração dos Contratos de Concessão para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades de serviço Local, Longa Distância Nacional – LDN e Longa Distância Internacional – LDI.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013**. Aprova o Regimento Interno da ANATEL.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

_____. Ministério das Comunicações. **Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996**. Documento de encaminhamento da lei geral de telecomunicações, comentando-a.

CARDOSO, André Guskow. *As agências reguladoras e a arbitragem*. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (org.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15-61.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

- CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem**. 2ª ed., Campinas: Millennium Editora, 2009.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: ARANHA, Marcio Iorio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (org.). **Direito sanitário e saúde pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 41-63.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 14ª ed., Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In: _____ (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19-50.
- FEINTUCK, Mike. *Regulatory rationales beyond the economic: in search of public interest*. In: BALDWIN, Robert *et. al.* (org.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 39-63.
- FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. v. 3, n. 1, p. 205-280, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- KLEIN, Aline Lícia. *A arbitragem nas concessões de serviço público*. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (org.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-110.
- LAENDER, Gabriel Boavista. *O regime jurídico das redes de telecomunicações e os serviços de telecomunicações*. In: ARANHA, Marcio Iorio (org.). **Direito das telecomunicações: estrutura institucional regulatória e intraestrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB, 2005, p. 191-249.

- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitralidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?* In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 43, n. 134, abr./jun. 2004.
- _____. *Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Artur Coimbra. *O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, p. 111-159. 2009.
- SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin; WIMMER, Miriam. *A regulação das telecomunicações no Brasil: passado, presente e desafios futuros*. In: PROENÇA, Jadir Dias *et. al* (org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2009, p. 155-182.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras*. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 8, jan. 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.