

RECEBIDO EM: 29/05/2018

APROVADO EM: 13/07/2018

ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

***ARBITRATION AND THE OPERATION OF SPECIAL
AUTHORITIES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS***

Lara Caxico Martins Miranda

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

*Pós Graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Instituição
Damásio de Jesus. Pós Graduanda em Direito Constitucional pela Instituição LFG.*

Marlene Kempfer

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba .

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arbitragem; 2 Arbitragem e a atuação das autarquias especiais em contratos administrativos; 2.1 Arbitragem na solução de conflito entre concedente e concessionária; 2.2 Arbitragem na solução de conflito entre usuário e concessionária; 3 Atuação da autarquia ANATEL em processo administrativo e a compatibilidade com perspectivas gerenciais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar a atuação das autarquias especiais, em procedimentos de arbitragem, nos contratos administrativos e na resolução extrajudicial de conflitos que estes órgãos já desenvolvem. Para esse estudo utilizar-se-á o método dedutivo crítico. Neste caso, tem-se por foco a regulação da atuação da ANATEL, para apontar que a natureza jurídica da resolução de conflitos atualmente desenvolvida por este órgão é de processo administrativo e não de arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: ANATEL. Arbitragem. Contrato Administrativo. Processo Administrativo. Resolução Extrajudicial de Conflitos.

ABSTRACT: The objective of the research is to analyze the performance of special authorities in arbitration procedures, administrative contracts and out-of-court settlement of conflicts that these bodies already carry out. For this study the critical deductive method will be used. In this case, the focus is on the regulation of ANATEL's performance, to point out that the legal nature of the dispute resolution currently developed by this body is an administrative process, not an arbitration.

KEYWORDS: ANATEL. Arbitration. Administrative Agreement. Administrative Process. Out-of-Court Resolution of Conflicts.

INTRODUÇÃO

Os desafios contemporâneos do Estado brasileiro para implementar uma gestão mais eficiente tem um importante marco que é a Emenda Constitucional n. 19/98. Esta emenda, entre outros objetivos, traz o princípio da eficiência como valor a conduzir a atuação dos governos.

Sob fundamento de administração pública gerencial, desde a época da emenda constitucional referida, muitas leis foram aprovadas, mas, em destaque, neste estudo, aquelas que possibilitam recorrer à arbitragem para solução extrajudicial de conflito no âmbito da administração pública.

O tema demanda muitas análises, uma vez que a passagem para uma gestão pública gerencial, com importação das diretrizes privadas para a administração pública, não será simples. São atuações que estão submetidas a diferentes regimes jurídicos, pois a atuação pública está sob o constante crivo da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

No entanto, é preciso enfrentar o novo. Ainda que a Lei da Arbitragem seja de 1996 (Lei n. 9.307), somente em 2015 (Lei n. 13.129), importantes regras foram trazidas para a administração pública direta e indireta no sentido de autorizar a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais públicos qualificados como disponíveis.

A utilização de soluções de conflitos por via extrajudicial na esfera privada ocorre com larga experiência. Na administração pública brasileira, entretanto, ainda se exige estudos para estabelecer um regime próprio e, assim, poder utilizar, com segurança, este caminho.

Em vistas do enfoque dado nesta pesquisa, abordar-se-á as principais inovações passíveis de serem implementadas na arbitragem utilizada para a solução de conflito existente entre o poder concedente e concessionária de serviços públicos e naquela utilizada para resolver o conflito entre usuário do serviço e concessionária.

Por fim, será discutida a compatibilidade do procedimento arbitral com a competências das autarquias especiais para solucionar demandas extrajudicialmente. A pesquisa apontará a natureza do procedimento, com enfoque na atuação da ANATEL e as possíveis exclusões ou não de outras esferas decisórias.

1 ARBITRAGEM

Arbitragem é, em essência, um mecanismo privado de solução extrajudicial de conflitos utilizado para dar fim a uma lide existente entre duas ou mais pessoas. Tem por característica precípua a escolha de um terceiro, por parte dos litigantes, para impor uma resposta à lide vivenciada, comprometendo-se, as partes, ao exato cumprimento da decisão exarada.

No Brasil, a arbitragem no âmbito privado, foi positivada no ordenamento jurídico já na Constituição Imperial de 1824, conforme a norma do artigo 160. Posteriormente, foi inserida pelo legislador no Código Comercial de 1850. Passou a ser amplamente utilizada quando o país aderiu ao Protocolo de Genebra, relativo à cláusula de arbitragem, firmado em 24 de setembro de 1923 e incorporado no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto n. 21.187 de 22 de março de 1932. O instituto legal reconheceu a validade da cláusula compromissória ou compromisso arbitral e impôs o uso do mecanismo para solucionar divergências internas e externas (GUILHERME, 2007, p. 34).

Na atualidade, as Leis n. 9.307/1996, n. 13.129/2015 e, subsidiariamente, a n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), dispõem sobre a possibilidade das pessoas, que possuem capacidade jurídica, de livre vontade, poderem recorrer à arbitragem e dirimir seus conflitos. Impõe uma condição fundamental: o objeto da arbitragem deve tratar de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, de valor econômico e transacionáveis.

A autorização legislativa do uso da arbitragem em contratos administrativos deve ser entendida no contexto da reforma do Estado, também denominada reforma administrativa gerencial, justamente em razão da mudança de perspectiva da atuação administrativa. Em meio às delegações de competências e serviços, privatizações e desconcentração da atividade administrativa para os municípios e para novas pessoas jurídicas de direito público, o uso de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos se coaduna com o novo modo de gerir o Estado. Por sua característica de aproximar as partes, de solucionar a demanda com agilidade e eficiência, a arbitragem passa a fazer parte do cenário público no sentido de uma nova estratégia de governança (SALLES, 2011, p. 61).

Vale destacar que o período de início da reforma gerencial, e os anos que se sucederam, foi o de maior produção legislativa em prol da possibilidade de se incluir a cláusula arbitral no contrato administrativo. Não se tratou de uma tentativa de privatizar a jurisdição estatal, mas sim

de estender as transformações ocorridas no âmbito do Estado para os demais procedimentos que o envolvessem.

É importante realçar que por mais que nesse íterim a previsão tenha sido apenas para contratos administrativos específicos, tal qual no caso da *Lei n. 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*, de certo abriu portas para que, posteriormente, em 2015, fosse publicada a *Lei n. 13.129/15, que previu uma autorização geral para o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta*.

Sob tais fundamentos, o uso da arbitragem em conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais deve ser analisado no contexto da reforma gerencial, que está em implementação desde a publicação da Emenda Constitucional n. 19/98, que busca a eficiência por meio da qualidade no atendimento ao cidadão e nas relações contratuais que o Estado se envolve.

Segue o estudo para tratar sobre as possibilidades de que as autarquias especiais participem do processo arbitral de modo a contribuir para a sua efetividade.

2 ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A escolha pela arbitragem revela uma opção célere, atende ao Princípio da Eficiência e, nos termos artigo 1º, § 1º da *Lei n. 13.129/2015*, pode ser utilizada tanto pela administração pública direta quanto administração indireta, com condição essencial de que o objeto seja patrimônio público disponível.

Entre os órgãos da administração indireta o foco do estudo é para as autarquias especiais, também denominadas de agências reguladoras. Estes órgãos devem ser criados por lei, integram a administração indireta e possuem um regime legal que se caracteriza por independência administrativa e financeira e ausência de subordinação hierárquica. Seus gestores, além de probos, devem ter conhecimento técnico sobre a área de atuação. Quanto a investidura, são indicados e nomeados pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação em sabatina perante o Senado Federal, possuindo mandato fixo, não coincidentes com o mandato do Executivo.

O regime especial as qualifica como autarquias especiais e como sendo órgãos do Estado voltados para a atuação na fiscalização e regulamentação

de setores de serviços públicos concedidos ou setores de relevante interesse público. Neste estudo o objetivo é analisar a possibilidade de que essas autarquias e o próprio Estado possam atuar no processo arbitral afim de colaborar para sua efetividade. Ademais, verificar-se-á situações em que a arbitragem pode ser utilizada em relações que envolvem os contratos administrativos de concessão, ou seja, na solução extrajudicial de conflito entre concedente e concessionária e entre usuário e concessionária.

2.1 ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA

No tocante aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, esses possuem cláusulas regulamentares e financeiras. As primeiras relacionam-se ao próprio objeto do contrato, são denominadas de cláusulas exorbitantes, pois podem ser modificadas unilateral por parte da administração, sob fundamento do interesse público. É competência do Estado gerir e administrar a prestação de serviços públicos, justamente por ser esse o garantidor dos serviços. Por essa razão, as cláusulas regulamentares podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública e não ensejam manifestação por parte do particular (MEIRELLES, 2016, p. 242). Sob essas justificativas, tem-se a possibilidade de um conflito entre Estado e concessionária acerca de pontos constantes em cláusulas regulamentares. Neste caso não é possível que a lide seja submetida ao juízo arbitral, por decorrerem do poder regulador da Administração Pública.

Por outro lado, o contrato administrativo dispõe também de cláusulas financeiras, ou seja, normas relativas aos encargos do contratado e a retribuição do poder concedente, que garantem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É preciso que a equação encargo-remuneração seja mantida durante toda a manutenção do negócio jurídico. Logo, é possível que as partes convençionem reajustes de preços e tarifas em razão de eventuais modificações na realidade contratual, como mudanças mercadológicas, desvalorização da moeda e aumento da inflação (MEIRELLES, 2016, p. 243-244). Tendo em vista que em se tratando de cláusulas financeiras é possível a modificação de disposições contratuais pela convenção das partes, o objeto é patrimônio público disponível, sendo plausível se admitir que os conflitos surgidos no contrato, relativos ao equilíbrio econômico-financeiro, possam ser levados ao juízo arbitral. Poderá o árbitro decidir sobre aumento de tarifas, mudanças de matéria prima utilizada na prestação do serviço, amplitude da prestação e qualquer aspecto passível de valoração econômica, que venha a influenciar no equilíbrio econômico-financeiro.

Defende-se que nas situações em que o contrato administrativo está sob a força regulatória e de fiscalização de determinada autarquia especial, ela não se faz imprescindível no procedimento arbitral, uma vez que não é parte do contrato administrativo. Ressalta-se, entretanto, que o contrato de prestação de serviços públicos é firmado entre poder concedente, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e concessionária e compete à autarquia especial fiscalizar, regular e normatizar a relação contratual depois de firmada. Neste sentido, observa-se que a autarquia especial, caso chamada a participar do procedimento arbitral, pode colaborar com importantes informações tendentes a pôr fim à demanda.

Em virtude da sua competência reguladora a autarquia possui dados acerca do contrato e da sua prestação. Caso participe do procedimento arbitral, pode levar ao árbitro o seu conhecimento acerca, por exemplo, das taxas que vêm sendo cobradas, formas como o serviço tem sido prestado, índices de satisfação do consumidor e outras informações que sejam relevantes elementos do objeto em litígio. À vista das informações obtidas pelo árbitro de maneira imparcial, esse pode decidir sobre a demanda com a melhor técnica e precisão.

2.2 ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE USUÁRIO E CONCESSIONÁRIA

Dentre aqueles que se inserem no ambiente sob controle regulatório e de fiscalização das autarquias especiais encontram-se o consumidor e a concessionária. O cidadão-consumidor passa a ser usuário direto do serviço público concedido e poderá ocorrer conflito com a concessionária, uma vez que há uma relação contratual. A natureza jurídica desta relação, defende-se, está sob dois regimes jurídicos: i) às normas de proteção do consumidor (Lei n. 8.078/90), que nos termos do Art. 22 estabelece o dever de prestar serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, sob pena reparação; ii) regime constitucional do artigo 37, § 6º, que determina o dever de reparar, em caráter subsidiário, por danos que os agentes ao atuar em nome da poder público, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Tais argumentos são confirmados nos termos da Lei n. 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, disciplinando a competência prevista no artigo 175 da Constituição Federal. De acordo com esta Lei, em seu artigo 7º, aplicam-se aos usuários de serviços públicos as regras da Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor (Código de Defesa do Consumidor).

Com efeito, a concessionária, em sua atuação diária, posiciona-se como fornecedora de serviços à particulares, logo deve garantir a esses os direitos previstos na legislação consumerista. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em uma de suas decisões a respeito do regime jurídico da relação contratual entre concessionária e usuário de serviço público concedido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RODOVIA. *CONCESSIONÁRIA. RELAÇÃO COM USUÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. A empresa concessionária que administra rodovia mantém relação consumerista com os usuários, devendo ser responsabilizada objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço. 2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Inteligência da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 342496 SP 2013/01470090-6, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 18/02/2014) (grifo nosso).*

Na hipótese de conflito no âmbito da prestação de serviços públicos concedidos, a pesquisa defende ser possível que consumidor e concessionária optem em incluir em contrato a arbitragem para a resolução. Tal premissa deve ser discutida, entretanto, a partir da análise de três itens: cumprimento da legislação aplicável, limites objetivos da demanda e limites subjetivos.

Com relação ao cumprimento da legislação aplicável, lembra-se que, conforme artigo 2º, §1º da Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. A regra geral é que consumidor e concessionária podem fixar as normas aplicáveis ao procedimento, entretanto, não será possível afastar a aplicação das normas consumeristas. Isso se dá pelo fato de que, em primeiro lugar, as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor se consubstanciam em normas de ordem pública, conforme previsão do artigo 1º da Lei n. 8.078/90, ou seja, não podem ser afastadas pela vontade das partes, em prejuízo do consumidor. Neste sentido o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor aduz que é vedado o uso da arbitragem em relações consumeristas quando essa for imposta compulsoriamente.

Com relação aos limites objetivos da demanda, é plausível que as partes submetam a lide ao procedimento arbitral, desde que o objeto envolva direitos patrimoniais disponíveis. No caso dos contratos de prestação de serviço público concedido o objeto é de natureza patrimonial disponível pois há remuneração por meio de tarifa à prestação, portanto, passível de valoração e de negociação.

Quanto aos limites subjetivos para o uso do instituto, afirma-se que tanto o consumidor quanto a empresa concessionária são capazes de constituir a cláusula arbitral, se atenderem ao requisito estabelecido no artigo 1º da Lei n. 9.307/96, ou seja, serem pessoas capazes de contratar. Não há qualquer impedimento legal para que o consumidor faça adesão à cláusula arbitral ou ao compromisso arbitral, desde que seja clara e sem mácula a expressão da sua vontade. Assim, do ponto de vista subjetivo, há a possibilidade da lide ser submetida à arbitragem (BINENBOJM, 2016, p. 211).

Cumpra-se destacar a importância da participação da autarquia especial afeta ao serviço público prestados e do Estado poder no procedimento arbitral mencionado. Com relação à autarquia os argumentos relacionam-se à especialidade da atuação do órgão para manifestar-se sobre a prestação de serviços, tarifas exigidas e inclusive eventuais pontos sobre a continuidade do serviço estabelecido no contrato administrativo firmado com o poder concedente. Salienta-se que essa participação não deve se dar na forma de árbitra, mas sim de terceiro interveniente, cujas informações podem contribuir para a melhor solução da lide.

A autarquia especial não pode ser considerada como litisconsorte necessária ou facultativa da concessionária porque não há previsão legal nesse sentido e porque essa não atende às características exigidas para o instituto. De acordo com o artigo 124 do Código de Processo Civil, “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a decisão influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. No caso em apreço, a autarquia especial não figura em um dos polos da relação jurídica de direito material entre concessionária e consumidor, logo a decisão arbitral proferida não influi na sua atuação (BINENBOJM, 2016, p. 221-222).

Com relação às autarquias especiais, enfatiza Binenbojm (2016, p. 221) que “não se exige que a agência reguladora seja parte nas ações em que contendam as concessionárias do serviço público [...] e seus usuários” e prossegue afirmando que “mesmo quando em disputa o cumprimento de

política regulatória delineada pelas agências, estas não ostentam qualidade de parte em litígios envolvendo concessionárias e usuários do serviço público regulado”.

Com relação à autarquia especial e a sua possibilidade de contribuir com conhecimentos técnicos para o processo, a pesquisa compreende que essa poderia participar do procedimento como *amicus curiae*, instituto previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil, que prevê intervenção no processo para colaborar com o julgador, vez que não auxilia nenhuma das partes. O objetivo da intervenção é contribuir com informações mais específicas acerca da demanda, aperfeiçoar a decisão, contribuir para uma argumentação e fundamentação mais técnica e promover uma adequada definição do litígio (MARINONI, 2017, p. 281). No processo judicial sua intervenção se faz por determinação judicial ou a requerimento das partes, mas para que o instituto seja utilizado no procedimento arbitral faz-se necessária a expressa previsão pelas partes já no compromisso arbitral.

A participação do Estado no procedimento arbitral também se justifica em razão da efetividade e alcance da decisão arbitral. Conforme mencionado, o poder concedente responde, no caso de dano causado ao consumidor, objetiva e subsidiariamente. Ou seja, caso esgotadas as possibilidades de cumprimento da decisão por parte da concessionária, cabe ao Estado arcar com a reparação. Nesse caso, participando o Estado do procedimento arbitral, a decisão poderá ser executada, de maneira subsidiária, também contra ele. Essa possibilidade confere presteza à resolução da lide, já que o consumidor não necessitará entrar com ação judicial contra o Estado caso a concessionária seja insolvente. A efetividade da decisão se consubstancia, então, no fato de que os dois responsáveis pelo inadimplemento da obrigação já farão parte do título executivo firmado com o término do procedimento arbitral.

De acordo com as perspectivas gerenciais a pesquisa defende que a participação do Estado no procedimento arbitral se justifica sob fundamento principiológico, especialmente, da defesa do interesse público e da celeridade processual, uma vez que é também interesse público que as demandas que envolvem deveres públicos sejam resolvidas de forma justa e célere. Infelizmente, ainda não há legislação específica que exija a sua participação na condição de litisconsorte. Uma das justificativas seria a de que o Estado não participa diretamente da relação jurídica material que se instala entre concessionária e cidadão-consumidor na prestação do serviço público.

Apesar das considerações, isso não significa que autarquia especial e poder concedente do serviço público não possam ser partes em procedimentos arbitrais em que litiga consumidor e concessionária. Ao contrário, a participação de ambos atende a critérios gerenciais. Para tanto, faz-se imprescindível a previsão das participações na cláusula compromissória e que se esteja diante de um conflito passível de ser submetido à arbitragem.

No caso da participação do Estado, por sua vez, não se admite que esse seja chamado ao processo como terceiro interveniente, vez que a adesão ao procedimento arbitral depende da vontade das partes. Para que haja a participação do Estado faz-se imprescindível que essa possibilidade esteja expressa na convenção de arbitragem e que esse se manifeste no sentido de aceitar a participação no processo arbitral. Neste caso, atuará como litisconsorte facultativo da concessionária e constará no título executivo firmado com a decisão final.

A proposta de que pessoas envolvidas no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais optem por submeter suas demandas a arbitragem não se relaciona nem afasta a possibilidade de a própria autarquia especial solucionar os conflitos existentes entre o Estado e a concessionária de serviços públicos e entre essa e o consumidor também de maneira extrajudicial. Nessa hipótese, entretanto, haverá não a utilização da arbitragem tratada, mas sim a atuação em administrativo, conforme se verificará no tópico seguinte considerando a atuação da Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL).

3 ATUAÇÃO DA AUTARQUIA ANATEL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO E A COMPATIBILIDADE COM PERSPECTIVAS GERENCIAIS

O uso da arbitragem em ambientes sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais não é incompatível e nem mesmo interfere na possibilidade dessas se valerem da sua competência para solução de conflitos. Essas entidades autárquicas especiais têm a competência para solucionar conflitos por via de processo administrativo, em razão de possuírem o conhecimento técnico da demanda e serem independentes dos demais poderes. Diante de um conflito entre poder concedente e concessionária e até mesmo entre o consumidor e a concessionária é possível que a autarquia especial solucione o conflito por via de processo administrativo.

A decisão proferida, entretanto, não impede a propositura de posterior ação judicial a respeito do mesmo tema, pois no ordenamento

jurídico brasileiro não há o afastamento da jurisdição estatal em razão da existência de anterior processo administrativo. É possível que as partes que se valeram de processo administrativo desconsiderem a decisão proferida e proponham nova demanda no Judiciário ou ainda que solicitem que esse realize o controle judicial da decisão administrativa.

É fundamental sublinhar que as autarquias especiais podem atuar como solucionadoras de conflitos, mas nunca como árbitras, seja porque já possuem mecanismo próprio de deliberação de lides, seja porque não há previsão legal nesse sentido. Cumpre ressaltar que nem mesmo seria possível a escolha da autarquia como árbitra por parte dos envolvidos, porque essa, como entidade da administração pública indireta, tem a obrigação de decidir, em razão do regime jurídico administrativo a que se submete, em prol do interesse público. Suas decisões poderão ser eivadas de tendência pública e serem consideradas parciais. Essas entidades autárquicas proferem decisões administrativas nessa temática e não decisões arbitrais (BINENBOJM, 2016, p. 215-216).

Há diferenças entre a atuação das autarquias especiais em processo administrativo e soluções em arbitragem: eficácia da decisão, previsão normativa do processo e autonomia da vontade. É possível ainda pontuar outras diferenças, entretanto essas serão apresentadas juntamente com a análise das Resoluções da ANATEL que trazem a previsão do processo administrativo para resolução de conflitos.

No que se refere à eficácia da decisão, não força de título executivo nas decisões administrativas. Por sua vez, como já estudado, as decisões proferidas pelo juiz arbitral são executáveis, inclusive podendo ser exigidas, caso haja descumprimento, no Judiciário. Outrossim, quanto à previsão normativa do processo, apesar da previsão da competência para solução de demandas por parte da autarquia especial estar disposta em lei, o processo para tanto encontra-se disciplinado no regimento interno de cada autarquia especial. Por outro lado, todas as normas relativas ao procedimento arbitral, seus princípios e regramentos, se pautam na legislação (Lei n. 9.307/96).

Quanto à autonomia da vontade, relembra-se que no processo arbitral as partes podem escolher o árbitro e convencionar novas cláusulas, desde que não infrinjam os princípios estabelecidos na Lei de Arbitragem. No caso do procedimento administrativo instaurado pela autarquia, quando há adesão pelas partes, não é possível que elas escolham o julgador ou estabeleçam qualquer novo regramento. A adesão, nessa hipótese, deve ocorrer de modo integral ao procedimento estabelecido no regimento interno, sem a possibilidade de novas modificações.

Binenbojm (2016, p. 2016) esclarece que conquanto “o *nomen iuris* soe enganoso, a competência do ente regulador para arbitramento de conflitos não se confunde com a eleição da via arbitral pelas partes para a solução definitiva de controvérsias decorrentes de ajustes por elas celebrados”. Nessa perspectiva e considerando a competência das autarquias especiais para solução de demandas por via de processo administrativo, parte-se para a verificação de se essa possibilidade também se encontra em consonância com os princípios gerenciais introduzidos pela reforma do Estado. A pesquisa faz um recorte para analisar o processo administrativo para resolução de conflitos previsto no regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), considerando-se a existência e a utilização ampla do procedimento. Também nesse caso

[...] 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 (SANTIAGO, 2014, p. 180).

Ainda que as Resoluções produzidas no âmbito da ANATEL e o seu Regimento Interno nomeiem como arbitragem o processo de resolução de conflitos desenvolvido pela autarquia esse não possui as características necessárias para ser reconhecido como arbitragem privada. Ainda que possua relevância e atenda aos critérios de eficiência e tecnicidade não pode ser denominado como arbitragem por não estar embasado na Lei n. 9.307/96.

A competência da ANATEL para solução administrativa de conflitos está prevista no artigo 19, XVII da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e que criou a própria autarquia especial. Conforme norma constante no dispositivo, à autarquia compete “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (BRASIL, 1997). A partir dessa previsão a autarquia criou, por meio da sua competência normativa, três caminhos para que as operadoras de telecomunicações possam se valer da técnica de solução de demandas: procedimento para resolução de disputas em interconexão, o procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero e a arbitragem e a mediação exercidas pela Agência nos casos

de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, disputas entre operadoras que se subsumam às hipóteses previstas nos contratos de concessão ou diretamente no Regimento Interno da Agência (OLIVEIRA, 2009, p. 137).

Em relação à primeira possibilidade, ou seja, resolução de disputas em interconexão, cumpre esclarecer que, conforme parágrafo único do artigo 146 da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicações), a “interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis” (BRASIL, 1997). A interconexão entre as redes de telecomunicações é obrigatória, em vistas de se garantir a comunicação entre os usuários, mas também de instituição livre, observada apenas a regulamentação da própria autarquia (arts. 147, 148 e 149, Lei n. 9.472/97).

Cabe aos interessados estipular livremente as condições para a interconexão de redes, por meio de acordo (artigo 153, *caput*, Lei n. 9.472/97), mas caso esse não seja realizado, “a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão” (artigo 153, § 2º, Lei n. 9.472/97) (BRASIL, 1997). Com o intuito de regulamentar o procedimento de arbitragem previsto na Lei geral de Telecomunicações, a ANATEL publicou a Resolução n. 410 de 2005, que dispôs acerca do Regulamento Geral de Interconexão. Nessa, consoante o anexo III do documento, há as disposições sobre a forma como o processo de arbitragem na lei previsto na Lei n. 9.472/97 deve ser realizado.

Apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador e replicada pelo agente normatizador, a análise da Resolução revela que a arbitragem prevista não se assemelha à arbitragem como mecanismo privado de solução de demandas, estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem). O estudo da Resolução gera a conclusão de que diversas são as características que as diferem: possibilidade de escolha unilateral do processo administrativo, definição prévia do julgador, publicidade como regra geral do processo administrativo, cabimento de recurso administrativo e possibilidade de submeter posteriormente a demanda à jurisdição estatal.

O procedimento arbitral instituído pela ANATEL na Resolução n. 410 de 2005 para solução de demandas relativas à interconexão possui diversas divergências em relação à arbitragem privada estabelecida na Lei n. 9.307/96. Nessa esteira, a pesquisa defende que a previsão da Resolução não corresponde à arbitragem privada regulada legislação, trata-se de um

processo administrativo de solução de litígios relativos à interconexão. Entoa-se, portanto, nessa pesquisa, a necessidade de que o processo administrativo realizado pela ANATEL seja denominado arbitramento de conflitos e não arbitragem.

A segunda possibilidade de solução de conflitos por parte da ANATEL corresponde ao procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero. Havendo um conflito entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, relativamente ao compartilhamento de infraestrutura, há a necessidade de se observar a Resolução Conjunta n. 02 de 27 de março de 2001 (ANEEL, ANATEL E ANP).

Originariamente, a solução da demanda indicada estava prevista na Resolução n. 01, de 24 de novembro de 1999 (ANEEL, ANATEL E ANP). No artigo 23 da já superada Resolução, havia expressa menção da arbitragem, a ser realizada por comissão estabelecida por membros da ANEEL, ANATEL E ANP, como meio de solução de demandas envolvendo os três segmentos regulados. Com a publicação da Resolução Conjunta n. 02/2001, que alterou a Resolução n. 01/1999, a expressão arbitragem foi retirada do *caput* do artigo 23, justamente porque há, no caso, não um procedimento arbitral típico, mas sim um processo administrativo de solução de lides (OLIVEIRA, 2009, p. 140).

Essa constatação encontra-se evidente em vários artigos da Resolução Conjunta n. 02/2001, nova resolução que trata sobre o tema. Podem-se destacar as seguintes diferenças entre o procedimento arbitral privado e o processo administrativo em comento: previsão de julgador e obrigatoriedade de tentativa prévia de conciliação.

A terceira modalidade de resolução de conflitos a ser realizada pela ANATEL envolve os casos de compartilhamento de infraestrutura entre as próprias prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse caso, de acordo com a Resolução n. 683, de 05 de outubro de 2017, que aprovou o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicações, eventuais conflitos surgidos podem ser dirimidos pela Anatel, no exercício da função de órgão regulador, mediante os processos administrativos de resolução de conflitos estabelecido no Regimento Interno da ANATEL (artigo 8º, Resolução n. 683/2017).

Observa-se, inicialmente, que a Resolução n. 683/2017 estabelece que o tipo de procedimento a ser realizado pela ANATEL, na resolução de conflitos de compartilhamento de infraestrutura entre as próprias prestadoras de serviços de telecomunicações, será administrativo. O *caput* do artigo 8º da Resolução traz categoricamente a expressão procedimento administrativo, mas indica que esse será disciplinado pelo Regimento Interno da ANATEL. Em consulta à Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013, que estabeleceu o Regimento Interno da ANATEL, tais procedimentos são denominados mediação, arbitragem administrativa e reclamação administrativa (artigo 92, Resolução n. 612/2013 - Regimento Interno da ANATEL).

Concluiu-se que a competência conferida à ANATEL para solução extrajudicial de conflitos entre as operadoras de serviços de telecomunicações encontra-se inserida na esfera do processo administrativo e não na hipótese de se posicionar como árbitra em um processo privado estabelecido pela Lei n. 9.307/96. Não é cabível que a ANATEL seja escolhida como árbitra pelas partes demandantes, inicialmente por sua função eminentemente pública, que compromete a imparcialidade como julgadora e em segundo lugar porque não há previsão legal nesse sentido.

Vale rememorar que a ANATEL é autarquia especial, partícipe da Administração Pública indireta e por isso submetida ao regime jurídico administrativo. Aplica-se a ela a necessidade de observância de todos os princípios administrativos implícitos e explícitos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dentre eles o princípio da legalidade. Segundo esse, só é possível que a Administração Pública atue nos estreitos limites da lei e, ainda que haja discricionariedade prevista na legislação, é preciso que a essa seja exercida dentro dos parâmetros legais. Não havendo previsão legal expressa de que a ANATEL pode ser escolhida como árbitra diante de um conflito privado, certamente essa hipótese é incabível.

Conclui-se que a possibilidade de as partes submeterem seus conflitos à arbitragem em nada se relaciona ou interfere na competência conferida às autarquias especiais para solução de demandas. Como visto nesse tópico, é possível que a autarquia especial resolva a demanda por meio de processo administrativo, o que gera uma atuação célere e eficiente¹.

1 Essa afirmação pode ser confirmada a partir das conclusões da pesquisa realizada pela Secretaria da Reforma do Judiciário no PROJETO BRA 05/036. Na pesquisa analisou-se a atuação da autarquia Anatel na resolução extrajudicial de conflitos envolvendo seus consumidores por meio de processos administrativos internos. Como se observou, os índices de satisfação do consumidor em razão da celeridade e eficiência do procedimento foram significativos frente aos comentários referentes à atuação

Cumprido, entretanto, ressaltar que a opção, estabelecida previamente em contrato (cláusula arbitral), pela via da arbitragem para solução da controvérsia afasta a possibilidade de que as partes submetam o mesmo conflito à autarquia especial. Isso dado que quando convencionam pela arbitragem não é admissível que as partes optem por qualquer outra instância decisória. Irrazoável seria que a decisão afastasse apenas a jurisdição estatal, prevista constitucionalmente (artigo 5º, XXXV, CF/88), mas não a instância administrativa. Entende-se que havendo cláusula arbitral estabelecida previamente no contrato não é possível que as partes submetam o conflito à autarquia especial (BINENBOJM, 2016, p. 217).

Por outro lado, caso as partes escolham levar a demanda à autarquia especial é plausível, atendendo à lei e em uma perspectiva gerencial, que posteriormente firmem compromisso arbitral. O compromisso arbitral é realizado quando o conflito já existe e as partes querem submetê-lo à arbitragem privada. Ora, não existindo coisa julgada na decisão administrativa, em permanecendo incontentes as partes, podem elas, ao invés de levar a demanda ao Judiciário, firmar compromisso arbitral e submeter a demanda à arbitragem. A escolha pela arbitragem após a decisão administrativa proferida pela autarquia especial que não conseguiu a pacificação social atende aos critérios de eficiência e celeridade, pelas conclusões presentes na pesquisa relacionadas à arbitragem privada. A demanda será solucionada de maneira mais técnica e célere se for direcionada para a arbitragem privada ao invés de para o Judiciário.

4 CONCLUSÃO

A opção pela resolução extrajudicial de conflitos que envolvam interesses do Estado e das autarquias especiais está em compasso com as diretrizes do Estado gerencial, em vistas de garantir a eficiência na atuação administrativa. Ser eficiente é buscar soluções justas a partir de diretrizes de legitimidade, legalidade e economicidade e que atendam, minimamente, as expectativas de todos os envolvidos. Entre elas, aponta-se, buscar caminhos que considerem o direito à razoável duração dos processos.

O Brasil avançou ao aprovar a Lei n. 13.129/2015, que autoriza a administração direta e indireta a utilizar arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Apesar disso, será no desenvolver das atribuições estatais e de seus conflitos que os desafios

surgirão e, então, a importância dos estudos para fundamentar o uso deste meio originariamente privado para solução de conflitos no âmbito público. Neste sentido a pesquisa que resultou neste artigo defende:

- i) Ser possível a utilização da arbitragem por parte da administração pública, direta e indireta, em razão de expressa previsão legal (Lei n. 13.129/2015);
- ii) Plausível que a resolução de conflitos ocorridos entre concessionária e poder concedente ocorra por meio do procedimento arbitral. Nesse é possível se admitir a participação da autarquia especial, como *amicus curiae*, para que apresente informações relevantes para a solução da demanda;
- iii) Plausível que a resolução de conflitos ocorridos entre um consumidor com uma concessionária de serviços públicos ocorra por meio do procedimento arbitral. Nesse a participação da autarquia especial como *amicus curiae* e do Estado como litisconsorte facultativo caracterizam possibilidades gerenciais para resolução de conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais.
- iv) A utilização do processo administrativo para solução de conflitos por parte da autarquia especial vai ao encontro com os valores constantes no mercado, além de outros previstos constitucionalmente, como a eficiência do desempenho da administração. A atuação da ANATEL nesse quesito propõe uma solução mais célere, além de técnica, que vem a atender às necessidades de usuários, concessionárias e do próprio poder concedente.

Sob tais argumentos verificou-se que a autarquia especial não pode ser entendida como árbitra no processo de arbitragem privada previsto pela Lei n. 9.307/96, mas que a opção por essa via não afasta a possibilidade de que ela atue em sua competência para solução de demandas. Essa competência se insere no âmbito do processo administrativo, o que afasta a hipótese de ser considerado como arbitragem privada. Trata-se de processo administrativo que pode ser conhecido como arbitramento de conflitos.

Caso as partes tenham estipulado cláusula arbitral em contrato, não será possível que submetam a demanda à autarquia especial, mas caso não exista essa previsão no contrato, é possível que se tente a solução pela via administrativa e, se não alcançar o resultado esperado, leve a demanda à

arbitragem privada, vez que essa perspectiva atende aos parâmetros de uma administração pública gerencial.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207-228.

BRASIL. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/2-lei-9472>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem: doutrina, legislação, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Arthur Coimbra de. 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. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 111-159, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogosso_brejustica_resolucao-extrajudicial-de-conflitos.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 177-230, jan./dez. 2014.

