

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

ARBITRAGEM E REGULAÇÃO: LIMITES À ARBITRABILIDADE OBJETIVA ENVOLVENDO AS AGÊNCIAS REGULADORAS

*ARBITRATION AND REGULATION: LIMITS TO OBJECTIVE
ARBITRABILITY INVOLVING REGULATORY AGENCIES*

Gustavo Carneiro de Albuquerque

Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Mestrando em Economia no IDP. Especialista em Controle de Regulação de Infraestrutura – ISC-TCU e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pelo Mackenzie.

Fernando Barbosa Bastos Costa

Subprocurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Concorrencial para Fundação Getúlio Vargas, FGV Law. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução normativa do tema: Arbitragem e Agências Reguladoras Federais. 3. Arbitrabilidade objetiva: limites regulatórios à atuação dos árbitros ou técnica de julgamento?. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: A evolução da arbitragem envolvendo a Administração Pública, e especialmente as Agências Reguladoras, passou por um período em que a principal questão era a arbitrabilidade subjetiva. Após a criação das Agências Reguladoras Federais e as modificações na legislação federal de contratos e concessões, seguida da alteração da Lei de Arbitragem, a arbitrabilidade subjetiva deixa de ser o principal tema de reflexão e cede espaço para o debate sobre a arbitrabilidade objetiva. Nessa perspectiva, fundamental o confronto das previsões legais sobre arbitragem em direitos patrimoniais disponíveis e a matéria regulatória que decorre do poder normativo das Agências. A par de se explorar os meios clássicos dos administrativistas para enfrentamento do tema, pretende-se avançar sobre os limites da arbitrabilidade objetiva em matéria regulatória, e responder ao questionamento se seriam esses temas impassíveis de arbitragem, ou bastaria que fossem respeitadas pelos tribunais arbitrais as competências normativas legalmente atribuídas aos reguladores, constituindo a deferência verdadeira técnica de julgamento e não causa de exclusão do litígio do ambiente arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Agências Reguladoras. Arbitrabilidade Objetiva. Limites ou Técnica de Julgamento. Regulação.

ABSTRACT: The evolution of arbitration involving the Public Administration, and especially the Regulatory Agencies, goes through a period in which the main issue was subjective arbitrability. After the creation of the Federal Regulatory Agencies and the changes in the federal legislation on contracts and concessions, followed by the amendment of the Arbitration Law, subjective arbitrability is no longer the main topic of reflection and gives way to the debate on objective arbitrability. From this perspective, it is essential to compare the legal provisions on arbitration in available property rights and the regulatory matter that arises from the regulatory power of the Agencies. In addition to exploring the classic means used by administrators to face the issue, it is intended to advance on the limits of objective arbitrability in regulatory matters, and to answer the question whether these issues would be impassive for arbitration, or would it be enough for the arbitral tribunals to respect the normative competences legally attributed to the regulators, constituting the true technical deference of judgment and not cause of exclusion of the dispute from the arbitration environment.

KEYWORDS: Arbitration. Regulatory Agencies. Objective Arbitrability. Limits or Judgment Technique. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o foco das discussões envolvendo arbitragem e Administração Pública recaiu, predominantemente, em questões afetas à arbitrabilidade subjetiva. Superada a dúvida, adentramos a uma outra questão que exigirá os maiores esforços para a consolidação definitiva da arbitragem envolvendo o Poder Público, e especialmente as Agências Reguladoras: arbitrabilidade objetiva.

O tema não é novo, mas o crescente número de arbitragens envolvendo o Poder Público¹, e especialmente as Agências Reguladoras², torna necessário o enfrentamento dos limites à arbitragem em matérias fundamentalmente regulatórias, onde tais órgãos, pelo exercício do denominado poder normativo³, funcionam como quase legisladores, estabelecendo disciplinas e regras que são a razão de existir das Agências Reguladoras e o ponto central do fenômeno conhecido como *agencificação*⁴. Juntamente com o fenômeno da agencificação, ocorre no Brasil a aceleração

1 A Profª. Selma Lemes (LEMES, 2021) pontuou “O número de arbitragens com envolvimento da Administração Pública saltou de 25 em 2018 para 75 em 2019 — ano em que o poder público participou de 17% de todos os processos de arbitragem iniciados em sete das oito principais câmaras do país.” Já a pesquisa 2020/2021 realizada em 2022 aponta um decréscimo relativo das arbitragens envolvendo o Poder Público comparando 2019, como 48 novos casos nas oito principais câmaras no Brasil, e 2020 com 29 novos casos. Apesar do decréscimo pontual, também observado em 2021 onde a Administração Pública figura como parte em 27 novos casos, de um total de 332, respondendo percentualmente por 8,7% de todas novas arbitragens no país em 2021, fatores atrelados às restrições impostas pela pandemia covid-19 podem explicar o decréscimo em 2020 e 2021, justificando assim não se considerar a mudança na curva como uma mudança de tendência.

2 Em âmbito federal, existem hoje em tramitação um total de 23 arbitragens sendo 9 com a ANTT, 7 com a ANP, 5 com a ANATEL, 1 com a ANAC e 1 com a ANEEL.

3 O Prof. Sérgio Guerra trata da por denominada “função neutral regulatória legalmente independente”, onde insere as Agências dentro de um sistema policêntrico que afasta do Estado a atividade regulatória direta. (GUERRA, 2012). A perspectiva é ainda mais interessante quando se analisa a possibilidade concreta das Agências Reguladoras editarem normas contrárias a interesses diretos de Governo, em sua precípua finalidade de regular serviços e mercados. (ARAGÃO, 2000) As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

4 “O fenômeno da agencificação se insere neste contexto de reforma do papel do Estado. Dessa maneira, é necessário que se analise a crescente adoção de agências reguladoras a partir do entendimento de que estas organizações são também parte de uma tendência à descentralização e autonomização da ação governamental, em um momento que o governo busca, ao mesmo tempo, economizar recursos, reestabelecer a confiança de seus eleitores-cidadãos, e melhorar a qualidade dos serviços prestados (POLLITT et. al., 2001, p. 276)”. (HOLPERIN, 2012)

da desestatização⁵, fatos que resultam em uma crescente necessidade de essas Agências Reguladoras firmarem pactos com o mercado privado buscando a disciplina de bens e serviços antes prestados pela Estado.

A par de ferramentas conhecidas e de abordagens históricas na doutrina jurídica, como as que dividem interesses públicos como primários ou secundários, e atos administrativos como de império ou de gestão, a questão que se coloca não encontra solução fácil ou resolução completa a partir de um olhar administrativista sobre o ato.

A conceituação legal do interesse como sendo patrimonial disponível, também não nos fornece todas as respostas para os impasses que surgirão. A norma regulatória não será um direito patrimonial e também provavelmente não poderá ser considerada disponível. O problema, porém, é que a norma produzirá efeitos na esfera patrimonial de ambas as partes, público e privado, e muitas vezes será sobre esses efeitos que a convenção de arbitragem recairá.

Não seria correto afirmar que a questão surge com o advento das arbitragens como meio de solução de controvérsias envolvendo as Agências Reguladoras. O Poder Judiciário, após a criação das agências e diante dos primeiros conflitos envolvendo o exercício do seu poder normativo, estabeleceu limites à atividade jurisdicional que hoje podem ser considerados jurisprudência robusta e majoritária⁶. Princípios como o da deferência à atividade regulatória e do respeito à discricionariedade administrativa, foram utilizados no estabelecimento dessas balizas, resultando em uma afirmação jurisprudencial de respeito e não interferência na regulação decorrente do exercício regular do poder normativo pelas Agências Reguladoras.

A regulação, porém, se espria por contornos nem sempre tão claros e definidos. Agências Reguladoras praticam variados tipos de regulação no exercício de seu poder normativo, muitas vezes com viés de regulação estritamente técnica, outras vezes com caráter predominantemente

5 Ao longo da década de 90, começou a se intensificar o processo de desestatização de atividades essenciais, o que culminou na celebração de contratos de concessão de serviços públicos (CAMACHO, 2015). Já na década de 90, identificou-se a necessidade de o poder público fazer parcerias com a iniciativa privada visando a realização de investimentos e a gestão de bens públicos. No entanto, também se identificou a necessidade de controlar a gestão privada decorrente da privatização e a regulação de setores econômicos marcados por ineficiências econômicas, o que resultou na criação de diversas agências reguladoras já no início do século XXI. É o caso da ANAC, da ANTT, da ANATEL, ANEEL, ANTAQ, entre outras.

6 Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, caso com trânsito em julgado em 28.08.2022, assim observou o Ministro Alexandre de Moraes: “Nesse sentido, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece o papel regulatório do Estado, exigindo, porém, que o ato regulatório apresente lastro legal, isto é, uma correspondência direta com diretrizes e propósitos afirmados em lei ou na própria Constituição (ADI 4093, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 16/10/2014; ADI 4954, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 29/10/2014; RMS 28.487, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14/3/2013); na forma do já citado binômio “centralização política governamental” – “descentralização administrativa”. (ADI 7031/DF)

econômico ou concorrencial. Em variadas situações, é até mesmo difícil identificar na norma regulatória a predominância de um caráter técnico ou econômico, o que torna ainda mais complexa a tarefa do intérprete ao tentar alcançar o fim maior a que a norma se destina.

A presente análise, mais do que tentar responder à pergunta de quais seriam os limites da arbitrabilidade objetiva envolvendo matéria regulatória, busca fomentar o debate a partir do levantamento de problemas centrais e exemplos de situações em que será fundamental o questionamento prévio sobre decorrer ou não a regra do poder normativo das Agências Reguladoras.

2. EVOLUÇÃO NORMATIVA DO TEMA: ARBITRAGEM E AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

A legislação federal precedente à criação das Agências Reguladoras já apontava a arbitragem como forma de resolução de controvérsias nos contratos de concessão federal, tema de interesse de algumas Agências Reguladoras Federais. À época em que publicada a Lei n. 8.987, de 1995,⁷ que estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”⁸, as concessões eram pactuadas diretamente com a União, normalmente nos Ministérios setoriais com competência no tema, ou por suas autarquias federais.

É possível agrupar as Agências Reguladoras federais em dois grandes conjuntos, utilizando-se do critério de pertinência do uso da arbitragem como meio para solução de controvérsias. Os grupos se distinguem pela competência legal para firmar contratos com privados que versem sobre serviços regulados ou concedidos, e que possam conter, até mesmo por sua natureza contratual, cláusulas que recaiam sobre obrigações e direitos patrimoniais disponíveis. No primeiro grupo, aquelas que firmam esse tipo de pacto e que, por tal razão, estão vocacionadas a poder optar pela arbitragem para a solução de controvérsias deles decorrentes, estão ANATEL, ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC. No segundo grupo, daquelas Agências Reguladoras Federais que, por não firmarem esse

7 Lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

8 O Tribunal de Contas da União entendeu que a locução “modo amigável de solução de divergências” abrangia também a arbitragem. A evolução dos entendimentos do TCU sobre o tema é analisada com detalhamento em RODI (2016, p.25): “Na Decisão n.º 188, de 1995, relativa à exploração da Ponte Rio-Niterói, admite-se utilização da arbitragem pela Administração Pública em limites específicos, a saber: (i) vincular-se ao princípio da legalidade e (ii) da indisponibilidade do interesse público. Os Ministros do TCU entenderam que, neste caso, a Lei n.º 8.987/95 forneceu base para o emprego da arbitragem. Trata-se de constatação interessante, visto que anterior ao acréscimo do art. 23-A à Lei de Concessão Comum.”

tipo de contrato, não possuem arbitragens em andamento e não possuem a previsão de arbitragem em suas leis de criação ou nos marcos legais dos setores regulados, podemos alocar a ANS⁹, ANVISA¹⁰, ANCINE¹¹, ANA¹², ANM¹³.

A primeira das Agências Reguladoras federais a contar com uma previsão específica dedicada meio extrajudicial de solução de “divergências contratuais” foi a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) criada pela Lei 9.472, de 1997¹⁴. Logo após e ainda no mesmo ano, a criação da Agência Nacional de Petróleo (ANP) pela Lei n. 9.478, de 1997¹⁵, consagra ainda de forma mais explícita a possibilidade de resolução de controvérsias por arbitragem, inovando ao prever a arbitragem internacional como uma das formas de resolução de controvérsia, algo bastante consolidado na cultura mundial do ambiente de exploração de óleo, gás e derivados¹⁶. Alguns anos depois, em 2001, uma mesma Lei instituiu duas novas Agências Reguladoras, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Lei n. 10.233, de 2001¹⁷, prevendo a possibilidade de arbitragem como forma de solução

9 Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei Federal n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

10 Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei Federal n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

11 Agência Nacional de Cinema, criada pela Medida Provisória n. 2228-1, de 6 de setembro de 2001.

12 Agência Nacional de Águas, criada pela Lei Federal n. 9.984, de 17 de julho de 2000.

13 Agência Nacional de Mineração, criada pela Lei Federal n. 13.575, de 26 de dezembro de 2017.

14 A Lei n. 9.472, de 1997, que 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, previu em seu artigo art. 93, X: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”;

15 A Lei n. 9.478, de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, previu em seu art. 43, X: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. Ainda no setor de óleo e gás, a Lei n. 12.351, de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos, altera dispositivos da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências, previu no art. 29, XVIII: “Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: (...) XVIII - as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem”;

16 (TIBÚRCIO e MEDEIROS, 2005)

17 A Lei n. 10.233, de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências previu, em seu art. 35, inciso XVI: “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (...) XVI - regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”;

de controvérsias especificamente relacionadas aos contratos de concessão. Apesar da arbitragem envolvendo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) não observar o padrão de estar prevista na própria lei de criação do órgão em sua versão original, no caso Lei n. 9.427, de 1996, tornou-se ela um meio de solução de controvérsias após a publicação da Lei n. 10.438, de 2002.¹⁸ A lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Lei n. 11.182, de 2005, não contém qualquer referência à arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo a Agência. No caso da ANAC, a construção pelo uso da arbitragem nasce com as previsões contidas na Lei n. 12.462, de 2011¹⁹, que institui o Regime Diferenciado de Contratos Públicos (RDC), voltado especialmente para disciplina

18 A Lei n. 10.438, de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfra), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências, previu em seu art. 4º, § 5º, V: "Art. 4º A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. (...) § 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: (...) V - para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel". Ainda no setor elétrico, a Lei n. 10.848, de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências, previu em seus art. 4º, §§ 5º e 6º: "Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. (...) § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo";

19 Lei n. 12.462, de 2011 (alterada pela Lei n. 13.190, de 2015) que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, previu em seu artigo art. 44-A: "Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)";

diferenciada de licitações e contratos envolvendo a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, a Copa das Confederações de 2013 e do Mundo de 2014, e obras em aeroportos localizados nas capitais de Estados distantes até 350 km das sedes dos eventos esportivos mencionados.

Importante pontuar a existência de previsões legais carregadas com a utilização do termo arbitragem, não com o sentido legal previsto na Lei n. 9.307, de 1996, mas sim com ideias alinhadas com a figura de um verdadeiro arbitramento. Uma forma de distinguir os institutos é atribuir às arbitragens da Lei n. 9.307, de 1996, ainda que envolvam as Agências Reguladoras, a denominação de arbitragens comerciais, e atribuir às arbitragens em que as Agências figuram como árbitras a denominação de arbitragem regulatória²⁰. Nessa segunda hipótese, as Agências Reguladoras figuram mais como órgão jurisdicional, exercendo verdadeira função judicante mas não revestida de plena definitividade, pois a solução, independente de ter sido arbitrada pelo órgão competente, será passível de controle e revisão pelo Poder Judiciário, algo impensável nas arbitragens comerciais, fora das hipóteses estritas de cabimento da ação anulatória²¹.

A Lei n. 13.848, de 2019²², que trata da disciplina geral das Agências Reguladoras Federais, prevê a figura da arbitragem com o sentido regulatório, estabelecendo sua possibilidade para resolver controvérsias decorrentes da aplicação de atos normativos conjuntos, entre as agências, praticados para a disciplina de temas que afetem agentes econômicos submetidos a mais de uma regulação setorial. A lei prevê inclusive que a comissão responsável pela arbitragem contenha representantes de todas as agências envolvidas, sinalizando assim não se tratar da arbitragem que verse sobre um interesse patrimonial disponível das próprias agências, e uma função até então não prevista expressamente nas leis de criações das Agências Reguladoras, que é a função arbitral²³.

²⁰ Nesse sentido (GUERRA, 2016).

²¹ Artigo 32 da Lei 9.307, de 1996.

²² “Art. 29. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial. (...)”

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.”

²³ “Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.”;

Em 2015, com o advento das alterações na promovidas na Lei 9.307, de 1996, joga-se uma verdadeira pá de cal na discussão que versava sobre a dúvida relativamente à possibilidade da Administração Pública ser parte em arbitragens (SCHMIDT, 2016). A inovação²⁴, trazida pela Lei n. 13.129, de 2015, tornou a questão pacífica (PEREIRA, 2017).

Resolvida definitivamente a arbitrabilidade subjetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública (gênero do qual espécies as Agências Reguladoras), remanesciam ainda dúvidas sobre o conteúdo do que seriam os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de resolução por arbitragem quando envolvendo a Administração Pública.²⁵

Assentadas as premissas de que as Agências Reguladoras podem ser parte em arbitragens, especialmente nos casos em que são signatárias de contratos sobre serviços regulados e/ou concedidos, a questão de maior interesse passa a ser sobre quais controvérsias poderá versar a convenção de arbitragem, e conseqüentemente sobre elas decidir o tribunal arbitral.

A Lei de Parceria Público-Privada (PPP), Lei n. 11.079, de 2004²⁶ inova ao prever a arbitragem como meio para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. Posteriormente, a alteração legal promovida pela Lei 11.196, de 2005 na Lei de Concessões, Lei n. 8987, de 1995, incluído

24 “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1 A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)”

25 Sobre o tema lembramos celebrada doutrina (DI PIETRO, 2015): “Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.”

26 “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

o artigo 23-A,²⁷ também para prever especificamente a arbitragem como mecanismo privado de resolução das controvérsias decorrentes desses contratos. Apesar de avançarem na ideia da possibilidade do uso da arbitragem para controvérsias desses contratos, as duas leis mencionadas não avançam sobre quais tipos de controvérsias decorrentes ou relacionadas ao contrato.

Apesar de leis posteriores²⁸ confirmarem em diversos dispositivos a tendência de inserção da arbitragem como forma de resolução de conflitos envolvendo concessões diversas, o ordenamento não sinalizava com clareza dentro deste universo (dos contratos de concessão), quais tipos de controvérsias poderiam ser levados à arbitragem, permanecendo a dúvida sobre a qualificação dos direitos passíveis de discussão pela via arbitral.

A maior inovação legal sobre o tema decorreu da Lei n. 13.448, de 2017²⁹ que buscou exemplificar, especificamente para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, um rol de controvérsias que constituem direito patrimonial disponível.³⁰ Referida lei foi além e estabeleceu inovações importantes como a controvertida arbitragem obrigatória,³¹ a necessidade de decisão definitiva da autoridade competente para a submissão do conflito à

27 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 em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005);

28 A Lei n. 12.815, de 2013, Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis n. 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis n. 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências, previu em seu art. 62, § 1º: “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

29 Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

30 Artigo 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

31 Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...) III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

arbitragem,³² a previsão de aditivos contratuais para adequação da cláusula arbitral existente ao conteúdo da nova lei,³³ e a antecipação de custas do procedimento arbitral pelo parceiro privado.³⁴

Dentre as relevantes inovações para arbitragem trazidas pela Lei 13.448, de 2017, previu-se a regulamentação por Ato do Poder Executivo do credenciamento de câmaras arbitrais. O decreto em questão é o Decreto Federal n. 10.025, de 2019, que trouxe detalhamento para algumas previsões da Lei, como por exemplo a publicidade ampla do procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública³⁵, a preferência pela arbitragem institucional,³⁶ a necessidade do credenciamento prévio das câmaras arbitrais pela Advocacia-Geral da União,³⁷ a previsão de critérios de vantagens e desvantagens para a assinatura de compromisso arbitral³⁸ e previsão de prazos específicos,³⁹ além do estabelecimento de requisitos mínimos para o credenciamento das câmaras pela AGU,⁴⁰ a possibilidade

32 “decisão definitiva da autoridade competente” nos termos do artigo 31 caput.

33 Art. 31, § 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

34 Art. 31, § 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

35 Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

36 Art. 3º, V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

37 Art. 3º, VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

38 Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários.

39 Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem. Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

40 Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

da União intervir nas causas arbitrais,⁴¹ e a possibilidade de outras formas de adimplemento de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União.⁴²

A mais recente alteração normativa que influenciará a elaboração de cláusulas e os procedimentos das arbitragens envolvendo a Administração Pública em geral, e as Agências Reguladoras objeto da presente análise, é a Lei 14.133, de 2021, que trata de Licitações e Contratos Administrativos e reafirma em grande parte as inovações trazidas pela Lei 13.448, de 2017, inovando, porém, ao prever a possibilidade de extinção dos contratos por decisão arbitral.⁴³

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA: LIMITES REGULATÓRIOS À ATUAÇÃO DOS ÁRBITROS OU TÉCNICA DE JULGAMENTO?

À luz da legislação federal citada no tópico anterior, e considerando resolvido um dos dois principais problemas envolvendo arbitragens e Agências Reguladoras, que é o da arbitrabilidade subjetiva, resta a necessidade de nos debruçarmos sobre os aspectos da arbitrabilidade objetiva e as disposições da Lei de Arbitragem, os limites da cláusula arbitral, e a possibilidade de se considerar matéria regulatória como direito indisponível, independentemente de seu caráter patrimonial.

O art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem dispõe que “*A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. As Agências Reguladoras

41 Art. 13. A União e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais. § 1º As comunicações processuais dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União responsáveis pela representação da União ou das entidades da administração pública federal indireta deverão assegurar a sua ciência inequívoca. § 2º A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997.

42 Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. § 1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente. § 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

43 Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

fazem parte da administração pública direta, possuindo natureza jurídica de autarquias de regime especial.

Portanto, as Agências Reguladoras somente podem submeter à solução por arbitragem questões atinentes a direitos patrimoniais e disponíveis. Como leciona a doutrina, esse pressuposto, baseado na natureza do direito discutido, é conhecido por “arbitrabilidade objetiva”.

Segundo o Professor Caio Cesar Vieira Rocha, o pressuposto da arbitrabilidade objetiva conforme definido pela Lei da Arbitragem impede que o procedimento arbitral discuta matéria pertinente ao interesse público primário.⁴⁴

O Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto já explicava⁴⁵ a correlação entre o interesse público primário e a prática de atos de império pela Administração Pública, para fins de arbitrabilidade da disputa.

No mesmo sentido a jurisprudência⁴⁶ do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que atos de império da Administração representam matéria indisponível, porque destinados a concretizar o interesse público primário.

44 “A discussão, agora, passa a ser quanto à arbitrabilidade objetiva, ou seja, quais litígios envolvendo a Administração Pública podem ser submetidos à arbitragem. Ao fazer alusão expressa a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a Lei acosta-se a entendimento doutrinário de que existiriam duas categorias de interesses públicos. O interesse público primário, ‘destinado a satisfazer aos interesses finalísticos do próprio Estado, que são sempre indisponíveis; os secundários, de natureza instrumental, destinados a permitir a satisfação dos primeiros, que formam relações patrimoniais e são, por isso, disponíveis na forma da lei’. Já os direitos patrimoniais disponíveis, mencionados na norma, são aqueles que podem ser livremente negociados pelo Estado. Não se incluem aqui, assim, outros direitos, considerados indisponíveis. Por exemplo, não poderá o Estado submeter questão de direito penal à arbitragem, ou questão tributária, já que delas não pode dispor; mas pode, por outro lado, submeter uma discussão acerca da realização de uma obra ou da condução de uma concessão”.(ROCHA, 2016)

45 “Essa distinção entre as atividades administrativas, com o propósito de definir quais as que se situam ou podem se situar no campo do direito privado, ou seja, naquele em que prevalecem a autonomia da vontade e a disponibilidade, tem sido buscada de longa data no Direito Administrativo. Na esteira da então chamada doutrina do fisco construiu-se a separação entre atos de império (ou de autoridade) e atos de gestão, que prevaleceu durante todo o século XIX e, por sua importância, encontrou em H. BERTHÉLEMY o sistematizador que com ela influenciou durante muito tempo a jurisprudência administrativa francesa. (...) Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível”.
(NETO, 1997)

46 “Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem. A propósito, vem à baila a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 4a ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 22), que define interesse público primário como aquele “que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos”
(Recurso Especial nº 612.439-RS, julgado em 25/10/2005, trecho do voto do Ministro Relator)

A mesma distinção foi feita no Conflito de Competência 151.130/SP⁴⁷, julgado em 27/11/2019 pela 2ª Seção do STJ, referente a arbitragem que envolvia a Petrobras e a União Federal.

Essa competência se encaixa perfeitamente no conceito de “ato de império”, que é considerado um dos fatores para a inarbitrabilidade de uma disputa. Por todos, confira-se o escólio de Joaquim Muniz de Paiva⁴⁸.

47 Voto do Ministro Luis Felipe Salomão: “O caso, para além da inquestionável relevância envolvendo a extensão subjetiva da arbitragem (“arbitrabilidade subjetiva”) no direito societário, envolve ainda o instigante tema da submissão da União aos procedimentos arbitrais, a evidenciar, sob um segundo plano, portanto, o conteúdo objetivo da arbitragem (“arbitrabilidade objetiva”), considerando a alegada ausência de autorização legal ou estatutária para tanto.

(...)

Por certo, a Lei de Arbitragem não pode apresentar-se como um sistema derogatório de questões de ordem pública; mas, ao contrário, determinadas questões devem ficar reservadas ao juízo estatal, a teor mesmo do que se evidencia no artigo 1º da Lei, ao restringir o âmbito da arbitrabilidade aos direitos patrimoniais disponíveis”.

Voto do Ministro Marco Aurelio Bellizze: “No ponto, assinala-se que, ainda que a Administração Pública direta e indireta possa utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme passou a dispor o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015 — questão que sempre perpassa pela distinção do interesse público primário (interesse da coletividade, como tal, indisponível) com o interesse público secundário (interesse da Administração), imbricados, muitas vezes, entre si — sua submissão ao procedimento arbitral exige claro e específico consentimento de sua parte.

48 “Atente-se que, na verdade, nem todo o ato praticado por ente estatal visa a um interesse público. Nesse sentido, a doutrina administrativista diferencia ‘atos de império’ de ‘atos de gestão’. Os atos de império (*ius imperium*) são praticados pela Administração com supremacia sobre as demais partes, para a consecução de interesse público superior. Nos atos de gestão (*ius gestionis*), por sua vez, o Estado não objetiva fim público e, por isso, encontra-se no mesmo patamar das outras partes.

(...)

Em vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, os conflitos originados de atos de império não podem ser resolvidos por arbitragem. Por outro lado, os litígios derivados de atos de gestão praticados por entes públicos, especialmente aqueles em que o Estado explora atividades econômicas típicas da iniciativa privada, são, a princípio, arbitráveis, por não se referirem a interesse público primário.

(...)

Em contratos de natureza multifacetada, com elementos de direito privado e público, tais como os de concessão de petróleo e gás natural, a doutrina distingue as disposições regulamentares, na qual o Estado expressa seu poder de autoridade, das cláusulas financeiras.

As cláusulas regulamentares de contratos de concessão referem-se a atos de império e, por conseguinte, não são arbitráveis. Os atos de império consubstanciam decisões privativas do Estado, que não podem ser apreciadas por um órgão arbitral, de natureza privada. Nesse sentido, observa Bielsa: “por exemplo, é nula a cláusula que confia à decisão de árbitros a determinação da natureza da corrente elétrica, ou seja, se ela deve ser contínua ou alternada, porque, estabelecido pericialmente que a corrente alternada é perigosa, não se pode admitir que os árbitros declarem se ela convém e se deve prestar-se.” (MUNIZ, 2004)

É no mesmo sentido o ensinamento de Carlos Ary Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara.⁴⁹

Tratando de cláusulas exorbitantes e contratos administrativos, segundo levantamento⁵⁰ feito pelos Professores André Luís Monteiro e Marco Antonio Rodrigues, a doutrina majoritária se posiciona pela impossibilidade de discutir a aplicação desse tipo de cláusula em arbitragem.

Mas as ferramentas elaboradas principalmente pelos administrativistas e que classificam os atos segundo as espécies acima descritas, não resolvem todos os problemas inerentes ao conteúdo dos contratos firmados pelas Agências Reguladoras. Muitas cláusulas desses contratos, ou decorrem diretamente de norma produzida no exercício do poder normativo característico das agências reguladoras, ou decorrem do próprio exercício do poder normativo desses órgãos.

Na primeira hipótese, aquela em que o dispositivo ou cláusula contratual espelha norma preexistente e elaborada no exercício do poder normativo, a questão parece até mesmo ser mais simples, já que o conteúdo do clausulado é uma redundância e, portanto, o vínculo obrigacional não deflui exclusivamente do contrato, mas sim de normas regulatórias preexistentes e que muitas vezes estão apenas reproduzidas no contrato como uma forma de atribuir mais clareza e conhecimento ao regulado contratante. Exemplo disso são normas de segurança, normas técnicas.

Para essa primeira hipótese, conteúdo regulatório fielmente reproduzido no contrato, a solução poderia ser a adoção de uma, entre duas possibilidades. A primeira possibilidade seria o Tribunal reconhecer a arbitrabilidade quanto ao efeito econômico da regulação, e consequentemente considerar a questão arbitrável, mas se vincular, tal

49 “É tradicional no Direito Administrativo a distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses “indisponíveis” do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império”.

50 “Em 2004, José Emilio Nunes Pinto, interpretando a Lei de Parcerias Público-Privadas, manifestou sua posição considerando que “a questão relativa às matérias em que não será possível a utilização da arbitragem deverá ser analisada à luz de princípios gerais de Direito Administrativo quanto aos direitos indisponíveis”, sendo certo que, na visão do autor, “a arbitragem estaria excluída, apenas e tão somente, no que tange a controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes do respectivo contrato”. Trata-se hoje do entendimento majoritário na doutrina.

Compartilhando desse ponto de vista, Selma Ferreira Lemes, escrevendo em 2007, entende que “[...] não são matérias que possam ser submetidas aos árbitros as decisões adotadas pela Administração quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas cláusulas exorbitantes, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de reaver seu objeto e escopo etc.” (MONTEIRO e RODRIGUES, 2020)

qual o fez o Poder Judiciário, à deferência quanto à legitimidade e efeitos do ato produzido em virtude do regular poder normativo. Não poderia, assim, o Tribunal exercer um controle de mérito, devendo, sempre que praticado o ato normativo de acordo com as normas procedimentais que sobre ele recaiam, atribuir o efeito previsto na norma regulatória, debruçando-se exclusivamente sobre as consequências patrimoniais ou econômicas decorrentes da regulação. Se, por exemplo, o litígio versasse sobre afastar uma norma regulatória e com isso se reconhecer um determinando efeito patrimonial, o Tribunal, para agir em respeito ao ordenamento jurídico e a teoria normativa das agências, não poderia afastar a norma regulatória, mas poderia se debruçar sobre suas consequências econômicas na esfera patrimonial dos interessados.

Outra solução seria considerar o tema objetivamente excluído da arbitragem como meio de solução da controvérsia pois, ainda que se possa ao tema se atribuir uma primeira característica de patrimonialidade e disponibilidade (por exemplo uma obrigação de investimento em um item de segurança em um bem público concedido), a exigência decorre de norma regulatória inafastável e praticada pelo ente regulador competente, não havendo espaço para pronunciamento de órgão jurisdicional (estatal ou arbitral) sobre a controvérsia.

Existem vantagens e desvantagens em cada uma dessas opções. Na primeira, a desvantagem óbvia é a limitação do Tribunal sobre o que pode decidir ainda que a matéria seja considerada arbitrável. Em contrapartida, essa solução traria como vantagem a possibilidade de, apesar de reconhecer e respeitar o conteúdo normativa, o Tribunal poder avançar e eventualmente modular as questões patrimoniais decorrentes da aplicação da norma. Por exemplo, o reconhecimento de teorias como a do adimplemento substancial atrelado à ideia de que a obrigação contratual, fruto da norma regulatória, não foi afastada, mas sim substancialmente cumprida ou adimplida.

Já para a segunda hipótese, em que nessas situações o Tribunal se pronuncia pela inarbitrabilidade por decorrer a obrigação de norma regulatória, uma das vantagens pode ser o tempo rápido de constatação e decisão sobre isso, além de diminuir o espaço para análises que, a pretexto de modular efeitos econômicos, acabam por desnaturar a obrigação regulatória anulando seu sentido.

Ainda mais difícil é a situação em que o contrato contém um conteúdo que decorre de uma competência legal normativa da Agência Reguladora, e inexistem normas prévias editadas no sentido do contrato. Um exemplo seria uma obrigação adicional de segurança, que decorre dos critérios técnicos estabelecidos pelo regulador contratante, mas que

não encontram identidade nas normas que precedem o contrato. Nesse hipótese, nos parece ainda mais complexa a tarefa dos árbitros, pois terão que em um primeiro momento investigar se o conteúdo do clausulado decorre de uma simples opção do poder concedente dentro das possíveis e patrimonialmente disponíveis, ou se decorre de um poder normativa que se manifesta pelo estabelecimento daquela cláusula que produz eventualmente efeitos patrimoniais alcançados pela convenção de arbitragem, mas que decorreu legitimamente da competência normativa do órgão regulador.

Essas questões não são simples, porque os contratos que versam sobre bens e serviços concedidos, não estabelecem uma classificação das cláusulas quanto ao exercício de qual competência típica, a de firmar contratos e portanto adotar relativa independência no estabelecimento de direitos e obrigações, como, por exemplo, a construção das matrizes de risco contratuais, ou se a cláusula decorre de uma competência normativa que somente pode ser exercida pelo órgão regulador, que optou por utilizar legitimamente do contrato para regular a conduta do privado submetido ao seu arcabouço regulatório.

Mais do que apontar um caminho único ou uma solução melhor e outra pior para o enfrentamento das questões aqui levantadas, pretendemos fomentar o debate de que a discussão sobre a regulação que se manifesta em contratos firmados por Agências Reguladoras não é simples e também não se resolve facilmente pela clássica doutrina do Direito Administrativo.

4. CONCLUSÃO

A consolidação do uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo as Agências Reguladoras e os contratos que firmam, mais do que o enfrentamento sobre legitimidade para figurar em arbitragens, passa hoje pelo enfrentamento de um tema caro aos órgãos reguladores, que é justamente a arbitrabilidade objetiva em questões regulatória e a observância e respeito ao poder normativo das agências.

Longe de se pretender exaurir o tema, buscou-se analisar a evolução normativa específica das Agências e das normas sobre concessões e contratos, para tentar identificar caminhos que apontem para a solução dos contornos máximos que pode a arbitragem assumir no campo regulatório.

Restou demonstrada que a doutrina administrativista, bastante precisa para casos em que os atos podem ser classificados quanto ao tipo ou quanto ao poder dos quais decorrem, não nos fornece todas as

ferramentas para incluir ou excluir a matéria regulatória do âmbito dos procedimentos arbitrais.

Por fim, as questões levantadas e exemplificadas são meramente provocativas para uma reflexão sobre qual a melhor forma de lidar com esses temas, considerá-los impassíveis de decisão arbitral, posto que objetivamente não arbitráveis, ou considerá-los passíveis de decisão dos árbitros, desde que observada a necessária deferência e respeito ao conteúdo normativo editado pelo órgão regulador legalmente competente para tal.

O tempo e a resolução dos recentes casos envolvendo Agências Reguladoras Federais nos dirão quais soluções se consagraram nessas arbitragens, que são todas públicas, sendo fundamental para os reguladores e os mercados regulados que, em qualquer solução que se venha a adotar, o resultado final seja o respeito à regulação praticada regularmente pela Agência Reguladora.

5. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços público e nas PPPs. in RDA Revista de Direito Administrativo n. 263, Belo Horizonte, 2013.

Revista de Informação Legislativa, Ano 37, n. 148. Brasília, 2000.

BELTRÃO, Irapuã. Arbitragem, Regulação e normas de ordem pública. Fórum administrativo: direito público: ano 9, n. 105. Nov./2009

CÂMARA, Jacintho Arruda. SUNDFELD, Carlos Ary. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, n. 248, páginas 117/126. Editora Forum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. 2^a ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- In Temas polêmicos de licitações e contratos. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Coluna Interesse Público. Consultor Jurídico publicado em 24 de setembro de 2015.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. Fórum Administrativo – FA, , ano 17, n. 198. Belo Horizonte, 2017.

HOLPERIN, Michelle Moretzsohn. O processo de Agencificação no Brasil: divergência ou mimetismo? Rio de Janeiro: FGV, 2012. 76 páginas. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre em Administração

MARQUES, Floriano de Azevedo Marques e ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 1, p. 175-201, Rio de Janeiro, 2018.

MONTEIRO, André Luís. RODRIGUES, Marco Antonio. Arbitragem e cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 66, p. 51/94, 2020.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 2, p. 90/101, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, 209, páginas 81/90, 1997.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Ano 7, n. 25, Belo Horizonte, 2009.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Edição 1, Maio de 2017.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, p. 103/126, 2016.

RODI, Rodrigo Mota. Cabimento da Arbitragem na Administração Pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2016. 78 páginas. Monografia

apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público –SBDP, sob orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016. 142 páginas. Dissertação de Mestrado

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – Do rebus sic stantibus ao Pacta Sunt Servanda? Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, n. 5. Março/Agosto de 2015

TIBURCIO, Carmem. MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na Indústria do Petróleo no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, páginas 53/91, 2005.

VIANNA, Fernando Villela de Andrade. KLOSS, Renato Otto. A arbitragem no âmbito das concessões de aeroportos. Editora Justiça e Cidadania. Direito Público. 17 de março de 2015.

Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/a-arbitragem-no-ambito-das-concessoes-de-aeroportos/>> Acesso em: 11.jul.2022.