



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais

Regulatory agencies and arbitration: an alternative to sectoral divergences

Luis Roberto Sigaud Cordeiro Guerra

Resumo: Um dos principais fatores de estímulo aos investidores a assumirem novos riscos, atraindo aporte de recursos necessários ao desenvolvimento dos setores regulados, consiste na possibilidade de se resolverem, com celeridade e eficácia, eventuais litígios decorrentes dessas atividades. O Poder Judiciário, imerso em demandas, não é atualmente capaz de oferecer a prestação jurisdicional no tempo necessário, sobretudo quando a questão envolve setores dinâmicos da economia, como aqueles regulados pelas agências. Esses litígios tratam invariavelmente de questões técnicas com alto grau de complexidade, e nem sempre o Judiciário reúne as características necessárias para resolvê-las adequadamente. Nesse contexto, a arbitragem instituída pela Lei nº 9.307/1996 apresenta-se como uma alternativa para a solução de litígios no âmbito do setor regulado. A arbitragem é, reconhecidamente, um dos meios mais eficientes para dirimir litígios complexos e com repercussões econômicas relevantes. O presente texto analisará a possibilidade de as agências reguladoras adotarem a arbitragem prevista na lei nº 9.307/1996 – instrumento reconhecidamente ágil, técnico e especializado – como método alternativo de resolução de litígios no ambiente regulado, buscando também definir os respectivos limites para a sua utilização nesse setor.

Palavras-Chave: Direito da Regulação. Agências reguladoras. Poder normativo. Arbitragem. Administração Pública.

Abstract: One of the main factors encouraging investors to take on new risks, attracting the necessary resources to develop regulated sectors, is the possibility of resolving disputes arising from these activities quickly and effectively. The Judiciary, immersed in lawsuits, is not currently able to offer the jurisdictional provision in the necessary time, especially when the question involves dynamic sectors of the economy, such as those regulated by the Agencies. These disputes invariably deal with technical issues with a high degree of complexity, and the judiciary does not always have the characteristics necessary to resolve them adequately. In this context, the Arbitration instituted by Law nº. 9.307/1996 presents itself as an alternative for the settlement of disputes within the regulated sector. Arbitration is, admittedly, one of the most efficient ways to resolve complex and relevant economic disputes. This text will analyze the possibility for the regulatory agencies to adopt the Arbitration provided for in Law No. 9.307/1996 – a recognized agile, technical and specialized instrument – as an alternative dispute resolution method in the regulated environment and the respective limits for its use in this sector.

Keywords: Regulation. Regulatory agencies. Normative power. Arbitration. Public Administration.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p71-94>

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A ARBITRAGEM: UMA ALTERNATIVA ÀS DIVERGÊNCIAS SETORIAIS

Luis Roberto Sigaud Cordeiro GUERRA*

1. Introdução. 2. Características e funções das agências reguladoras brasileiras. 3. A arbitragem como forma de resolução de litígios junto às agências reguladoras. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

No Brasil, a criação das agências reguladoras como autarquias especiais integrantes da estrutura administrativa do Estado encontra inspiração em experiências de outros países, nos quais o movimento regulatório foi desenvolvido seguindo esse mesmo modelo – embora por razões diversas.

No caso da experiência norte americana, principal fonte de inspiração do modelo nacional, as modernas agências reguladoras¹ foram desenvolvidas entre os anos de 1930 a 1940, período em que o *New Deal* estava em expansão naquele país. Pretendia-se, com a difusão das agências reguladoras à época, intervir de forma eficiente no capitalismo liberal puro, estabilizando-se as oscilações do mercado. Ao mesmo tempo, buscava-se atuar nos respectivos setores com uma estrutura eficiente e tecnicamente capacitada, evitando os constantes obstáculos e entraves criados por um judiciário conservador frente ao necessário e natural desenvolvimento dos setores de produção da época.

Enquanto nos Estado Unidos a evolução do modelo da agência reguladora ocorreu em um momento de fortalecimento do Estado, a implementação desse modelo no Brasil foi difundida em um contexto histórico distinto e por motivações absolutamente diversas.

Em meados dos anos 90, o Brasil vivenciava uma transição institucional sem precedentes, com a alteração do papel exercido até então pelo Estado. O descontrol

* *Mestrando em direito da regulação pela FGV/RIO. Bacharel em direito pela UCAM. E-mail: lrcordeiroguerra@fcdg.com.br*

¹ Gustavo Binenbojm (2005, p. 148) esclarece que “embora as agências administrativas tenham constituído parte importante do Executivo norte-americano desde os albores da nação, fato é que o surgimento e a proliferação das modernas agências reguladoras coincidem com movimentos políticos, econômicos e sociais de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal dito puro”.

² Sergio Guerra (2014, p. 373) expõe o contexto histórico: “(...) buscou-se, no Brasil, no início da segunda metade da década de 1990, um novo marco teórico para a administração pública que substituísse a perspectiva burocrática weberiana até então seguida. Sob influxos dessa onda em que impôs uma reforma administrativa para a renovação de estruturas estatais absorvidas do modelo burocrático francês”.

das finanças públicas, além do reconhecimento de que o Estado era incapaz de investir adequadamente no desenvolvimento de setores essenciais da economia, conduziram a uma política de desestatização voltada a reduzir a máquina pública, obter recursos para a diminuição do déficit fiscal e, assim, iniciar um novo ciclo de crescimento.

Nesse contexto, o programa de privatizações transformou o papel reservado ao Estado, que, até então, atuava ativamente em setores estratégicos – muitas vezes na qualidade de agente monopolista das principais atividades econômicas³. Diante da nova conjuntura, a atuação estatal passou a concentrar-se preponderantemente na regulação desses setores.

A concepção das agências reguladoras no Brasil, portanto, foi imposta pela necessidade de se responder adequadamente ao novo contexto dos setores públicos, como forma de, a um só tempo, garantir estabilidade e previsibilidade na relação com os investidores, além de exercer controle e fiscalização dos segmentos explorados.

Nesse intuito, as principais características das agências reguladoras, resguardadas as peculiaridades de cada setor, garantem a blindagem institucional (BINENBOJM, 2005, p. 149/152) necessária à atração dos investidores internos e externos preocupados com a segurança jurídica. A organização colegiada, a impossibilidade de exoneração ad nutum dos seus dirigentes e a independência decisória são atributos inerentes às agências reguladoras que garantem maior estabilidade da sua atuação no ambiente regulado, garantindo maior previsibilidade no desenvolvimento de negócios estratégicos que demandam investimentos vultosos e contínuos, e cujo retorno é diluído no curso de longos anos de contrato.

Ainda nesse contexto, uma das características essenciais às agências reguladoras é a sua competência para promover a adequada solução de controvérsias entre os partícipes dos setores regulados. Isso se explica pela dificuldade do Poder Judiciário garantir o desfecho célere das demandas, ao mesmo tempo em que crescem os questionamentos sobre os limites do controle – nem sempre técnico e eficaz – dos atos administrativos.

Como são dotados de elevada complexidade e especialidade, os setores econômicos regulados podem ser gravemente afetados por uma decisão atécnica. Nesse contexto, a adoção de métodos de resolução de litígios céleres, técnicos e eficientes

³ Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto (2002, p. 72) esclarece que “durante muito tempo a intervenção do Estado na economia foi vista, entre nós, como sinônimo de assunção das atividades de produção de utilidades públicas (bens e serviços considerados essenciais à vida social) pelo aparato estatal. No exercício de tal função o Estado lançava mão de empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e outras modalidades menos frequentes) que monopolizavam a atividade econômica respectiva. Especialmente no provimento de serviços públicos este fenômeno se fez notável, entre outros motivos, devido ao fato de que tais serviços foram, ao longo do tempo, identificados como monopólios naturais”.

pelas agências reguladoras mostra-se indispensável à segurança jurídica e ao equilíbrio dos partícipes desses setores.

Ao presente texto caberá analisar, portanto, a possibilidade de as agências reguladoras adotarem a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/96 – instrumento reconhecidamente ágil, técnico e especializado – como método alternativo de resolução de litígios no ambiente regulado.

O presente trabalho se justifica diante da atual impossibilidade do Poder Judiciário, imerso em demandas, oferecer a prestação jurisdicional em tempo adequado, sobretudo quando a questão envolve setores dinâmicos da economia, como aqueles regulados pelas agências. Portanto, é necessário buscar meios alternativos para dirimir, de forma célere e eficaz, os litígios envolvendo os partícipes dos setores regulados, órgãos reguladores e usuários. O problema de pesquisa deste artigo é a verificação da possibilidade, viabilidade e limites da utilização da arbitragem prevista na lei nº 9.307/96 como método alternativo de resolução de litígios no ambiente regulado.

A hipótese é de que a arbitragem prevista na lei nº 9.307/96 pode se revelar o meio de composição de litígios mais eficiente para o Estado, para o órgão regulador e para seus partícipes.

O plano de trabalho é, inicialmente, analisar as principais características e funções das agências reguladoras no Brasil. Em seguida, serão destacados os critérios necessários à adoção do método arbitral junto à administração pública. Por fim, buscaremos realizar uma análise acerca da possibilidade de se utilizar a arbitragem nos litígios envolvendo as agências reguladoras, bem como os limites da sua adoção como método alternativo de solução de litígios no ambiente regulado.

2. Características e funções das agências reguladoras brasileiras

Instituídas como pessoas jurídicas de Direito Público, sob a forma de autarquia em regime especial, com função de regulamentar, fiscalizar, decidir e intervir em determinado segmento da atividade econômica e social de interesse público, as agências reguladoras constituem um importante instrumento de diálogo com os setores da economia⁴, adaptando e exercendo o seu mister de expedir normas e regulamentos em respostas técnicas, eficientes e adequadas às transformações dinâmicas que

⁴ Giandomenico Majone (2006, p. 9) afirma que “Entre as consequências estruturais mais óbvias da mudança para um modo regulador de governança, figura a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente e relação ao governo central. A redistribuição de renda e a gestão macroeconômica exigem um alto grau de centralização na formulação de políticas públicas e na administração. Daí um serviço público unificado, grandes empresas nacionalizadas e burocracias do bem-estar social expandidas serem instituições características do Estado positivo. As demandas administrativas do exercício da normatividade, todavia, são bastante diferentes. Essas demandas são melhor atendidas por organizações flexíveis e altamente especializadas que gozem de autonomia considerável no processo de tomada de decisões: as agências reguladoras independentes.”

a sociedade demanda atualmente⁵ (BAPTISTA, 2003, p. 101; e SUNDFELD, 2012, p. 178-179).

Justamente para prover a mais adequada e célere disciplina normativa da atividade econômica privada, as agências reguladoras reúnem diversas competências, cada qual com a sua especificidade. Atualmente, o Brasil conta com dez agências reguladoras a nível federal⁶.

Para exercer em sua plenitude os poderes típicos de Estado, evitando ingerências políticas e pressões externas dos partícipes dos setores, era indispensável que fosse concedida às agências reguladoras certo grau de liberdade⁷.

Nesse sentido, com o objetivo de assegurar imunidade contra as pressões externas, dos dirigentes políticos, as agências reguladoras detêm, entre outras características, autonomia gerencial, orçamentária e financeira. A sua gestão também é reforçada por uma organização colegiada e pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, garantindo-se, com essas prerrogativas, o pleno exercício do seu poder de regular⁸.

Embora não seja possível delimitar a competência de cada agência reguladora – uma vez que depende de cada setor –, MARÇAL JUSTEN FILHO (2002, p. 359) esclarece as suas principais atividades:

⁵ Sobre a segurança jurídica que as escolhas regulatórias podem proporcionar, Sergio Guerra (2015, p. 357) expõe o seguinte: “No âmbito dessa procedimentalização da concretização de políticas públicas estatais, a previsibilidade técnica, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas. A complexificação crescente da atividade administrativa contemporânea implica a consideração da escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvido futuro das relações jurídicas administrativas. O relacionamento entre a Administração e o cidadão deixou de ser esporádico e instantâneo, surgindo espaço para relações duradouras e continuadas. Isto é, ‘a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimulando, para esse feito as consequências previsíveis, de modo que ela seja ponderada, tanto quanto o seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada’”.

⁶ Informação extraída do sítio oficial do Governo Federal: <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

⁷ Segundo Jacques Chevallier (2009, p. 101), “O estatuto da independência é inerente à ideia mesma da regulação: com efeito, a regulação não pode ser eficaz senão quando as instâncias dela encarregadas dispuserem de uma capacidade de ação autônoma. Essa exigência deriva, fundamentalmente, do caráter metainstitucional da função de regulação: ela é chamada a exercitar-se em face das próprias entidades públicas, seja que essas entidades sejam percebidas como fonte de ameaça para as liberdades individuais, seja que elas sejam implicadas diretamente no jogo econômico e social, enquanto produtoras de bens e serviços; é, então, necessário que a regulação incumba a instâncias neutras e objetivas não apenas desvinculadas de qualquer liame de fidelidade em relação aos governantes mas também desconectados do resto do aparelho, e por essa razão capazes de definir as condições de um ‘justo equilíbrio’ entre os interesses sociais de toda a natureza, incluindo-se os interesses públicos”.

⁸ “(...) a atribuição de competências regulatórias, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, e a impossibilidade de recursos hierárquicos, sendo que apenas a conjunção destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente”. (ARAGÃO, 2006, p. 299).

A autonomia das agências no desenvolvimento de suas funções envolve uma análise acerca de suas competências para aplicação do Direito. A expressão pode ser interpretada em termos amplos, quer para indicar a produção de normas abstratas como também para referir o processo de individualização da norma concreta destinada a reger uma situação específica. As agências exercitam não apenas competências de cunho normativo. Também são titulares de outras funções tipicamente administrativas, de cunho autorizativo, com perfil amplamente conhecido no âmbito do Direito Administrativo.

Assim se caracteriza, por exemplo, a fiscalização exercitada sobre entidades privadas quanto ao cumprimento e respeito a determinações legais e regulamentares. Nesse caso, não se está diante de uma situação peculiarizada pela natureza da atividade, mas a especialidade reside na atribuição da competência a uma entidade separada do aparato burocrático comum.

Em outros casos, prevê-se uma competência materialmente peculiar. Assim se passa quando se atribui a uma autoridade independente a função de árbitro para compor conflitos entre particulares, como alternativa à solução jurisdicional. Outra hipótese envolve a repressão a desvios na área de concorrência. Nesses casos, a atividade da autoridade se configura como aplicação da lei, ainda que não numa acepção puramente mecânica. Trata-se de identificar os pressupostos de fato e as hipóteses normativas abstratas.

É necessário determinar a natureza desses poderes reconhecidos às agências, inclusive para estabelecer limites à sua atuação. O entendimento de que as agências se enquadram no âmbito da Administração Pública é insuficiente para propiciar uma solução mais precisa e unânime sobre a natureza de sua atuação. Reconhecida a existência, de uma atividade administrativa (numa acepção muito ampla), remanesce a controvérsia acerca da margem de autonomia de suas decisões que em face da lei como quanto à orientação política fixada pelo Governo. (...)

No exercício de seu poder normativo, as agências regulam a atividade econômica, por meio da expedição de regulamentos – atos normativos com caráter técnico, geral, abstrato e amplo. Na edição dessas diretrizes técnicas, é necessário que as agências reguladoras respeitem os limites impostos pela Constituição Federal e outras legislações aplicáveis.

Em sua atividade fiscalizatória, as agências reguladoras, conforme as suas respectivas competências, podem aplicar sanções aos partícipes do setor regulado em razão do descumprimento de obrigações legais, regulamentares ou contratuais.

Outra função essencial das agências reguladoras diz respeito à composição de litígios⁹ envolvendo os partícipes dos setores regulados. Há inúmeras disposições legais e infralegais que concedem às respectivas agências reguladoras poderes específicos para dirimir as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

Cite-se, entre outros, o exemplo previsto na lei nº 9.472/1997 que dispõe que a ANATEL detém competência para “*compor administrativamente conflitos de interesse entre as prestadoras de serviço de telecomunicações*” (artigo 19, “XVII”). A lei nº 9.478/1997 estabelece ainda que “*o regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e arbitramento*” (artigo 20). Outro exemplo desse tema está previsto na lei nº 9.427/1996, que estabelece a competência da ANEEL para “*dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre as concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores*” (artigo 3º, “V”). A ANTAQ e a ANTT têm competência também para “*harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica*” (lei nº 10.233/2001, artigo 20, “II”, letra “b”).

É possível verificar que em alguns desses textos legais há previsão do *arbitramento* ou da *arbitragem* como forma de resolução de litígios no âmbito das agências reguladoras. Houve, no passado, algum debate doutrinário acerca dessas disposições, tendo parte da doutrina¹⁰ defendido que a *arbitragem* inserida na legislação das agências correspondia àquele método alternativo de solução de litígios estabelecido pela lei nº 9.307/96.

Com a evolução da discussão, entendeu-se que, apesar da evidente identidade nominativa, as características estabelecidas nas disposições das agências reguladoras não encontravam identidade com os mais elementares conceitos procedimentais estabelecidos na lei nº 9.307/96. De fato, conforme previsto na lei nº 9.307/96, a adesão à via arbitral deve ser realizada de forma voluntária, com a escolha de árbi-

⁹ A respeito da competência para composição de litígios, afirma Alexandre dos Santos Aragão (2006, p. 319): “O que deve ser destacado é que a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização das políticas públicas cuja implementação lhes incumbe. E, conseqüentemente, mais do que visar apenas à composição de determinado conflito inter partes, objetiva precipuamente a composição de latentes conflitos inter setoriais (ex: entre determinadas categorias de consumidores, entre consumidores e concessionárias, entre estas e o Estado, etc.)”.

¹⁰ A favor desse entendimento, Luiz Ricardo Trindade Bacelar (2003, p. 157) sustenta que “nada impede que uma agência reguladora venha a funcionar como tribunal arbitral, exercitando plenamente sua função jurisdicional, havendo ao revés enorme vantagem, visto que detentora de conhecimento técnico específico do setor (...)”.

tros independentes de forma consensual, afastando-se, conseqüentemente, a intervenção do Poder Judiciário. Além disso, é possível convencionarem-se os prazos, o idioma e principalmente a lei aplicável ao caso, entre outras características que não se compatibilizam com os procedimentos previstos na legislação das agências reguladoras.

Tais elementos revelam, portanto, que a forma de composição de litígios estabelecida nas agências reguladoras, na verdade, se assemelha a um *procedimento administrativo*, voltados à pacificação de divergências com agentes e integrantes dos setores regulados, cujas decisões podem sofrer controle de mérito pelo Poder Judiciário.

Admitir o contrário seria transformar as agências reguladoras, no que concerne à sua competência de composição em litígios, em verdadeiros tribunais arbitrais – o que, por óbvio, contraria a sua própria essência enquanto órgão regulador de mercado¹¹. Essa conclusão é corroborada pela análise de PAULO OSTERNACK AMARAL (2014, p. 37):

O cotejo das características previstas na Lei de Arbitragem com as contidas no regramento das Agências conduz à conclusão de que os processos decisórios conduzidos pelas Agências Reguladoras, com base no método de resolução de controvérsias concebido pelas leis do setor, não são verdadeiras arbitragens. Trata-se de processos administrativos, que produzem decisões administrativas, passíveis de serem submetidas ao controle amplo do Poder Judiciário.

Isso não significa que essas previsões de resolução de controvérsias pelas Agências não possuam relevância. Ao contrário, elas guardam congruência com a diretriz de que se deve promover a composição das disputas independentemente da intervenção do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em demanda envolvendo a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, reconheceu o caráter administrativo de decisão proferida no âmbito de procedimento arbitral que tramitou naquela agência reguladora¹²:

16. Nunca é demais relembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição, o qual - ao contrário do sistema contencioso francês - possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário inde-

¹¹ Nesse sentido, Sérgio Guerra (2016, p. 875) esclarece o seguinte a respeito do tema: “Nesse quadro, não parece ser jurídico que a ANEEL atue como Tribunal Arbitral. A função estatal da regulação não se coaduna com a função arbitral, método não estatal com características e princípios que não se encaixam no modelo autárquico.”.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Turma. Recurso Especial nº 1275859, Distrito Federal, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 27/11/2012. Data de Publicação: 05/12/2012.

pendentemente da solução alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional.

17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas agências de regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial - o Estado Juiz - para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

18. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar formulada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, se expressou no sentido que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Esse entendimento também doutrinariamente aceito. Ademais, no caso em concreto, embora a Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 - tenha atribuído à ANATEL a competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, XVII), em nenhum momento há vedação para que eventuais interessados ingressem no Poder Judiciário visando à discussão de eventual lesão ou a ameaça de lesão a direito tutelado por Lei.

Portanto, no que concerne ao presente texto, é possível concluir que as agências reguladoras comportam múltiplas funções, notadamente aquelas de competência regulatória do setor, outras de natureza fiscalizatória (e sancionatória) dos partícipes do setor regulado, e ainda aquelas necessárias a dirimir divergências e litígios, mas sempre no âmbito administrativo (e, portanto, sujeito ao controle judicial).

3. A arbitragem como forma de resolução de litígios junto às agências reguladoras

Um dos principais fatores de estímulo aos investidores a assumirem novos riscos, atraindo aporte de recursos necessários ao desenvolvimento dos setores regulados, consiste na possibilidade de se resolverem, com celeridade e eficácia, eventuais litígios decorrentes dessas atividades. O Poder Judiciário, imerso em deman-

das¹³, não é atualmente capaz de oferecer a prestação jurisdicional no tempo necessário, sobretudo quando a questão envolve setores dinâmicos da economia, como aqueles regulados pelas agências. Como observou ARNOLDO WALD (2012, p. 240), há atualmente um absoluto descompasso entre o tempo da justiça e do mundo dos negócios:

São distintos os tempos da justiça e do mundo dos negócios, tendo até finalidades diferentes. Efetivamente, por muito tempo, os magistrados e os juristas, em geral, não se preocupavam com a demora para que fosse encontrada uma solução definitiva para os litígios, nem davam maior importância às consequências das suas decisões. Prevalencia, ao menos na teoria, o princípio *fiat justitia, pereat mundus* (que se faça justiça, mesmo que o mundo pereça). Ao contrário, na vida comercial, as pendências não podem perdurar e não devem demorar as respectivas soluções em virtude dos prejuízos que causa às partes.

De igual modo, os procedimentos administrativos para dirimir litígios junto às agências reguladoras podem não encontrar a imparcialidade necessária¹⁴ quando o litígio envolva os próprios atos expedidos pela respectiva agência, e a sua decisão ainda poderá ser submetida ao controle do Poder Judiciário, incidindo nos problemas acima identificados.

Nesse contexto, a arbitragem instituída pela lei nº 9.307/96 apresenta-se como uma alternativa viável para a solução de litígios no âmbito do setor regulado. A arbitragem é, reconhecidamente, o meio mais eficiente para dirimir litígios complexos e com repercussões econômicas relevantes.

Os benefícios da adoção desse método alternativo de solução de litígios correspondem àqueles preceitos técnicos que levaram à concepção das próprias agências reguladoras no Brasil. Capacidade técnica dos árbitros, consensualidade de sua instituição, celeridade e informalidade no seu procedimento são algumas das principais características, e que podem resultar em uma decisão mais célere e adequada para a evolução dos setores da economia.

¹³ Segundo o relatório Justiça em Números 2018, o poder judiciário recebeu 29,1 milhões novos processos no ano de 2017. Isso significa que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial naquele ano. O judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação e aguardando solução definitiva. <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 04.2.2019.

¹⁴ Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2002, p. 548) explica: “sob esse prisma, adota-se a concepção de que o traço distintivo fundamental entre função administrativa e função jurisdicional consiste na neutralidade do órgão julgador, na acepção firmada pela doutrina italiana. Tem-se insistido da necessidade de imparcialidade da autoridade administrativa, quando exercita funções de julgamento. No entanto e por maior que se possa configurar a ‘isenção’ da autoridade administrativa, nunca existirá uma imparcialidade na acepção que se configura no âmbito jurisdicional.”.

A admissão da arbitragem envolvendo a administração pública, contudo, nem sempre foi um tema pacífico na doutrina e jurisprudência – e tampouco o é agora. Houve resistência à adoção desse método alternativo, chegando-se inclusive a ser ventilada uma proposta de emenda constitucional¹⁵.

A questão evoluiu e os óbices iniciais foram sendo vencidos a partir do melhor conhecimento do instituto, e uma análise mais apurada acerca da *arbitrabilidade* das matérias envolvendo a administração pública. A *arbitrabilidade* significa, em última análise, a permissão conferida pela ordem jurídica de que a controvérsia seja resolvida perante um juízo arbitral, sendo essa questão uma condição de validade da convenção arbitral e do regular desenvolvimento do procedimento junto à administração pública, como ensinam JACOB DOLINGER e CARMEN TIBURCIO (2003, p. 389):

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.

Como circunstância necessária ao desenvolvimento do procedimento arbitral, a *arbitrabilidade* é dividida em duas vertentes: *arbitrabilidade objetiva* e *subjetiva*. A *arbitrabilidade subjetiva* está relacionada à possibilidade de determinada pessoa submeter o seu litígio à arbitragem (*ratione personae*), enquanto a *arbitrabilidade objetiva* diz respeito à viabilidade jurídica da matéria em litígio ser submetida à arbitragem (*ratione materiae*).

A exata compreensão acerca da arbitrabilidade das matérias envolvendo as agências reguladoras passa, necessariamente, pelo conhecimento das diversas correntes que envolveram a questão da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública, como se passará a demonstrar abaixo.

(a) *Arbitrabilidade subjetiva*

A *arbitrabilidade subjetiva* corresponde, essencialmente, à capacidade de as partes submeterem seu litígio à arbitragem, conforme estabelece o artigo 1º da lei nº

¹⁵ Proposta de Emenda Constitucional nº 29.

9.307/96¹⁶. A legislação brasileira, no que diz respeito à *arbitrabilidade subjetiva*, vincula a arbitragem à transação, ao estabelecer que somente poderiam submeter seus litígios a esse método alternativo de resolução da controvérsia aqueles que têm poderes para transigir.

Em regra, aos entes da administração pública, tanto direta como indireta, é permitido celebrar contratos para a realização tanto dos seus interesses gerenciais como das necessidades coletivas. Nesse sentido, utilizando as mesmas prerrogativas, poderiam firmar convenções arbitrais.

Entretanto, entendia-se, entre outras questões, que a presença do interesse público demandaria uma autorização específica. Nesse sentido, o principal óbice apontado para adoção da arbitragem pela administração pública estava relacionado à aplicação do princípio da legalidade, o qual a impediria de utilizar esse método de resolução de litígios sem o respectivo amparo da lei.

Diante disso, diversas interpretações a respeito da sua viabilidade sob o aspecto da *arbitrabilidade subjetiva* foram confabuladas pela doutrina (DOLINGER e TIBURCIO, 2003, p. 389). A partir de interpretações a respeito do alcance do princípio da legalidade, foram desenvolvidas três principais correntes doutrinárias tratando do tema (DOLINGER e TIBURCIO, 2003, p. 380). A primeira sustentava que qualquer entidade pertencente à administração pública estaria apta a estabelecer convenções arbitrais em razão da aplicabilidade do artigo 54¹⁷ da lei nº 8.666/1993, o qual admite, supletivamente, a utilização da teoria geral dos contratos e as respectivas disposições de direito privado.

A segunda vertente doutrinária, por sua vez, acreditava que uma série de leis¹⁸ esparsas, tratando especificamente de determinados setores de produção, autorizariam a administração pública a utilizar a arbitragem como forma de resolução dos seus litígios.

Por fim, ainda existiam aqueles que entendiam que a admissão do método arbitral pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica encontrava respaldo no §1º do artigo 173 da CF (e, mais recentemente, em um desdobramento dessa teoria, que as empresas prestadoras de serviços públicos também, desde que o litígio versasse acerca de conteúdo econômico).

¹⁶ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹⁷ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

¹⁸ V.g. na Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), especificamente em seu artigo 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.” No mesmo sentido: artigo 43, X da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo); artigo 11, III da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público Privadas – PPP); artigo 62 da Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos), entre outros exemplos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça também chegou a se manifestar sobre o tema, dada a relevância da matéria e os diversos entendimentos doutrinários existentes, admitindo a utilização da arbitragem pelas empresas estatais prestadoras de serviço público, com fundamento no § 1º do artigo 173 da CF, desde que o objeto do litígio envolvesse questão patrimonial e disponível¹⁹:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

(...)

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 3ª Turma. Recurso Especial nº 904.813. Paraná, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 20/10/2011. Data de Publicação: 28/02/2012.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

Evidentemente, também existiam aqueles doutrinadores que entendiam ser desnecessária uma autorização específica, ou mesmo que outras leis esparsas dos respectivos setores já autorizavam a adoção da arbitragem.

Embora houvesse uma forte tendência em favor da utilização da arbitragem, a existência de diversos entendimentos gerava uma indesejável insegurança jurídica e acabava por inibir, em certas situações, a utilização de cláusulas compromissórias. Diante disso, passados mais de 20 anos da instituição da arbitragem, revelava-se premente a necessidade de solucionar o tema de forma definitiva.

O encerramento dessa discussão veio com a edição da lei nº 13.129/2015, que introduziu significativa alteração na Lei da Arbitragem (lei nº 9.307/1996), para incluir, entre outras disposições, os esclarecedores parágrafos 1º e 2º ao seu primeiro artigo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

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

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Como se nota, a modificação da legislação autorizou expressamente às pessoas jurídicas de direito público a utilizar a arbitragem como forma de solução de litígios, pacificando os diversos entendimentos doutrinários sobre o tema, ao menos aqueles relacionados à *arbitrabilidade subjetiva*.

(b) *Arbitrabilidade objetiva*

A *arbitrabilidade objetiva* está ligada à matéria que será objeto do litígio envolvendo as partes. A teor do artigo 1º da Lei da Arbitragem (lei nº 9.307/1996), entende-se que a questão poderá ser submetida à arbitragem desde sejam “*litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Assim, é necessário aferir a natureza dos direitos em disputa – disponíveis ou indisponíveis –, para se concluir pela possibilidade (ou não) da adoção da arbitragem.

A interpretação dessa disposição parece não enfrentar maiores dificuldades quando envolve matérias de direito privado. Nesse caso, a regra é a disponibilidade de

direitos. As exceções, por sua vez, estão claramente previstas no artigo 852 do Código Civil²⁰, inexistindo maiores digressões acerca da aferição da *arbitrabilidade objetiva*.

A questão da *arbitrabilidade objetiva* toma contornos mais polêmicos quando a matéria envolve a administração pública. No direito público, diversamente do que ocorre no direito privado, a regra é a indisponibilidade do *interesse público*. Ocorre que o conceito de *interesse público*, segundo parte da doutrina, não pode ser visto em sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses, imediatos ou mediatos, que sejam concernentes à coletividade. A análise desse conceito, nesse caso, deve ser vista com cautela e profundidade, como recomenda a doutrina.

No caso, parte da doutrina defende que para aferir a *arbitrabilidade objetiva* das matérias envolvendo a administração pública, deve-se levar em consideração o conceito clássico de RENATO ALESSI²¹, segundo o qual o interesse público deve ser dividido em primário e secundário. Enquanto no interesse público primário encontramos o verdadeiro fim a que se destina a administração pública, visando o interesse da coletividade – e, nesse contexto, possui supremacia sobre o particular –, o interesse público secundário diz respeito ao interesse patrimonial do Estado. A propósito, convém destacar as lições de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (1997, p. 84/85) a respeito do tema:

Está-se diante de duas categorias de interesse públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis na forma da lei, não importando o regime. (...)

São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam

²⁰ “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

²¹ Segundo Renato Alessi (1953, p. 151-152), “Estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao invés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, o interesse secundário, da entidade administrativa, pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário individual, apenas no caso e na medida em que coincida com o interesse público”.

ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração e seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

A distinção entre interesse público primário e secundário também já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica de trecho extraído do referido acórdão²²:

Não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”, consoante as lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antonio Bandeira de Mello e do já citado Ministro Eros Grau.

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

Destarte, é assente, na doutrina e na jurisprudência que, indispensável, é o interesse público, e não o interesse da administração.

Nesse contexto, o interesse público primário é inequivocamente indisponível por sua própria natureza, mas o interesse público secundário pode ser objeto de disposição pelo Estado.

Outro ramo da doutrina entende de forma diversa. Rechaçando a divisão de interesse público²³, sustenta essa corrente que o critério geral a ser observado em relação à *arbitrabilidade objetiva* deve levar em consideração a natureza da relação travada com o particular. Nesse sentido, qualquer direito real ou obrigacional que a administração pública venha a ter junto ao privado, ou o contrário, e que não

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Seção. Mandado de Segurança nº 11.308, Distrito Federal, Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 09/04/2008. Data de Publicação: 19/05/2008.

²³ Segundo Alexandre Santos de Aragão (2017, p. 31), “(...) se a distinção entre interesse público primário e secundário já nos parece artificial e imprecisa, já que a relação de instrumentalidade intrínseca existente entre eles os torna, ao menos em parte, indissociáveis, não restam dúvidas quanto à sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ou não ser arbitradas. Repise-se: tanto os interesses públicos primários como os secundários são indisponíveis. Basta observar, para comprovar o ponto, que o Estado não pode dispor livremente dos seus bens dominicais nem dos seus créditos pecuniários, salvo mediante prévia lei autorizativa de alienação ou isenção fiscal”.

exista vedação legal de modo a torná-lo indisponível ou inalienável, é passível de ser arbitrável²⁴.

A interpretação dessa vertente doutrinária é que os direitos disponíveis correspondem àqueles direitos negociáveis. Nesse sentido, ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO (2017, p. 32/33) defende, por exemplo, que “*o campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública – e assim, o conceito de disponibilidade para esse efeito no Direito Administrativo – corresponde às matérias contratualizáveis*”. Ainda sobre o tema, sustenta o autor o seguinte:

“Na verdade, como demonstraremos e exemplificaremos adiante, o que deve ser focado para a definição da arbitrabilidade de um direito administrativo é a sua procedência normogenética. Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito *sub judice*, ainda que previsto mediatemente em Lei (ou em outro ato normativo estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem”.

O fato objetivo é que os mais variados entendimentos e interpretações são defendidos pelos doutrinadores acerca dessa matéria²⁵, a partir de diversos pontos de vista. Tal fato acaba por resultar em interpretações díspares acerca dos limites das matérias relacionadas à administração pública que podem ser submetidas ao procedimento arbitral. A ausência de consenso nessa matéria, conseqüentemente, acaba por fomentar certa insegurança jurídica na adoção da arbitragem pelas agências reguladoras.

²⁴ Nesse sentido, Eros Roberto Grau sustenta que “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade dos direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusulas de arbitragem” (2008, p. 20).

²⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 276) sintetizou as diversas vertentes doutrinárias sobre o tema da seguinte forma: “Muitos critérios têm sido apontados pela doutrina e jurisprudência e que podem ser resumidos: a) é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão (em que a Administração Pública atua sem o seu poder de império, ou seja, como se fosse um particular na gestão de seus negócios); nessa situação ela se iguala ao particular, ao contrário do que ocorre quando se trata do ato de império; b) o princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis; o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis; c) é possível a arbitragem em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, ou seja, quando se trata de atividade econômica em sentido estrito, tal como entendeu o STJ no REsp nº 606.345/RS e nº 612.439/RS, em que foi relator o Ministro João Otávio de Noronha; d) é possível a arbitragem nos atos negociais, em que a Administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas; e) é possível nos contratos de direito privado firmados pela Administração Públicos; f) é possível nas empresas estatais que exercem atividade econômica, com fundamento no art.173, §1º, inc. II, da Constituição Federal, já que esse dispositivo prevê a sujeição dessas empresas ao mesmo regimento jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Na mesma medida, todos esses critérios são válidos. Uns não excluem os outros”.

4. A arbitrabilidade das matérias envolvendo as agências reguladoras

Como as agências reguladoras são dotadas de atribuições e competências distintas²⁶, não é possível fazer uma abordagem ampla e genérica da arbitrabilidade dos conflitos a elas relacionados. Por outro lado, é possível expor critérios mínimos para a admissão da arbitragem como método alternativo de resolução de litígios no setor regulado, a partir da análise da *arbitrabilidade objetiva* e *subjetiva* das matérias de competência geral dessas organizações.

Do ponto de vista da *arbitrabilidade subjetiva*, diante da evolução legislativa acima destacada, parece não mais existir dúvidas ou discussões acerca da possibilidade de as agências reguladoras firmarem convenções arbitrais. Há expressa previsão em lei admitindo essa possibilidade e, nesse contexto, o ponto não demanda maior reflexão.

A questão da *arbitrabilidade objetiva*, por sua vez, é mais complexa e desafiadora. Como as agências reguladoras reúnem diversas funções e competências nos seus respectivos setores, a possibilidade de esses entes submeterem determinado litígio à arbitragem demanda análise mais cautelosa. Inicialmente, deve-se verificar a natureza do ato emanado pela agência reguladora, levando em conta, naturalmente, a respectiva relação jurídica estabelecida. Assim, a *arbitrabilidade objetiva*, nesses casos, deve ser analisada sob a perspectiva das funções exercidas pelas agências reguladoras, de forma prática e objetiva.

Conforme acima demonstrado, as agências reguladoras reúnem competência para regular o setor, para fiscalizar (e sancionar) seus partícipes, e também para dirimir eventuais divergências e litígios.

Eventual divergência relacionada à competência de emitir normas, notadamente aquelas voltadas à inserção de novas diretrizes de planejamento no setor, não parece ultrapassar a análise da *arbitrabilidade objetiva*. De fato, decidir a respeito de uma nova política regulatória é uma atividade inerente e privativa das agências reguladoras e que levam em conta o interesse público primário (ou, no entender de outra vertente doutrinária, não é uma prerrogativa negociável contratualmente).

Tome-se como exemplo a opção de uma agência reguladora por adotar nova política de reajuste de preços em um determinado setor. A rigor, se essa agência reguladora, no pleno exercício da competência e de sua faculdade de regular o mercado,

²⁶ Marçal Justen Filho (2002, p. 357) explica: “É impossível realizar abordagem abrangente de todas as formas de atuação pelas quais se manifestam as competências próprias das agências. Cada entidade é titular de poderes com determinada característica e recebe atribuição para intervir sobre determinado aspecto da vida social. Verifica-se heterogeneidade de atribuições entre as diversas agências e, mesmo no âmbito interno de cada qual, tem de admitir-se uma pluralidade de disciplina jurídica correspondente à variação das funções exercitadas”.

entendeu como benéfica (ou necessária) a utilização de nova diretriz para o setor, eventual conflito sobre a matéria não poderá ser submetido à arbitragem. Isso porque, ao agir assim, a respectiva agência reguladora apenas fez valer a sua opção regulatória, a qual não poderá ser questionada pela via arbitral (CARDOSO, 2010, p. 29).

Evidentemente, se essa nova política de preços causar efeitos no âmbito do contrato, tal como o desequilíbrio financeiro, a questão da recomposição financeira do partícipe lesado poderá ser solucionada mediante a utilização da via arbitral, justamente por envolver os reflexos patrimoniais da atividade da agência reguladora – e não o questionamento da conveniência da adoção dessa nova política setorial.

Portanto, o conflito não será suscetível de submissão à arbitragem, se questionar a conveniência da edição de norma emitida pela agência reguladora, nos usos de sua atribuição e dentro de sua opção regulatória. Por outro lado, os efeitos resultantes dessa nova política adotada pela agência reguladora poderão, em tese, ser discutidos em procedimento arbitral.

No que diz respeito à competência fiscalizatória – que, como visto acima, compreende também a aplicação de punições aos agentes e partícipes do setor regulado –, eventuais litígios oriundos dessa atuação podem não ser passíveis de sujeição à arbitragem, dependendo de sua natureza.

A rigor, essa atividade da agência reguladora tem caráter nitidamente indisponível. Aplicar uma punição aos partícipes quando violados deveres e obrigações no ambiente regulado não é uma faculdade, mas uma imposição legal, inegociável às agências reguladoras. Há, contudo, uma distinção a ser feita em relação aos poderes fiscalizatórios das agências reguladoras. Segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2006, p. 337), o fundamento da atividade fiscalizatória poderá variar segundo a agência:

Seja qual for a classificação da agência quanto à atividade regulada, todas as leis que as instituíram preveem o desempenho por parte delas de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação. O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente; (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual; ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriundo do poder de polícia exercido pela agência.

Nesse contexto, as sanções que não podem ser questionadas pela via arbitral são aquelas relacionadas a verdadeiras infrações administrativas (e não meramente contratuais ou provenientes da relação contratual). De fato, nessas hipóteses, uma

vez verificado o descumprimento da obrigação prevista em lei, caberá somente à agência reguladora apurar o fato, punindo o infrator, caso assim seja definido após a regular tramitação de procedimento administrativo.

Considerando que, nesse caso, há pleno exercício do poder de polícia pelo órgão regulador, não pode o tribunal arbitral substituir a agência reguladora para decidir sobre a sanção. De todo modo, faculta-se ao regulado discutir, no âmbito do poder judiciário, a legalidade da punição aplicada com base no do poder fiscalizatório das agências reguladoras. A inarbitrabilidade da matéria decorre, portanto, da impossibilidade de eventual sentença arbitral afastar, rever ou impor sanção administrativa prevista em lei, uma vez que se cuida de atribuição exclusiva das agências reguladoras, cuja revisão é facultada exclusivamente ao judiciário.

Outra questão, contudo, é vista quando a punição é prevista contratualmente. Para esses casos, como defende parte da doutrina, ainda que prevista em lei, a punição consubstancia uma prerrogativa contratual e, nesse contexto, tem caráter patrimonial disponível, podendo ser questionada pela via arbitral. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2017, p. 33/34) aponta com propriedade a distinção entre sanções e penalidades contratuais:

Embora as sanções administrativas propriamente ditas, *stricto sensu*, por constituírem atos de império (conforme tópico 6), a princípio não possam ser resolvidas no curso de arbitragens, as sanções contratuais, de base e pressupostos negociais, não encontram qualquer óbice para sê-lo. Nessa perspectiva, é imperioso que diferenciemos e bem delimitemos cada uma dessas formas de atuação punitiva da Administração Pública.

O Poder de Polícia, de acordo com a definição contida no Código Tributário Nacional (art. 78), consiste na “atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público”. O poder de polícia, diferentemente das prerrogativas contratuais da Administração, fundamenta-se diretamente na soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território, que faz com que toda atividade ou propriedade esteja, observado o ordenamento jurídico-constitucional, condicionado ao bem-estar da coletividade e à conciliação com os demais direitos fundamentais.

(...)

O fato de no contrato haver referência a regras predispostas em leis ou regulamentos em nada ilide essas assertivas. Por exemplo, boa parte das sanções aplicáveis às empresas que celebram contratos administrativos estão previstas na Lei nº 8.666/1993, mas essas são apenas a sua fonte indireta, são o que a Administração Pública

deve incorporar (por cópia ou por remissão) em seus editais de licitação e instrumentos contratuais. A fonte direta da sua aplicação a particulares não é a Lei, mas sim o contrato: quem não celebrou contrato com a Administração não tem o que se preocupar com tais sanções; apenas o contrato legitima a sua aplicação; ele é a fonte direta de tais sanções.

Em recente precedente, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao analisar o caso envolvendo a Petrobras e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entendeu de forma diversa (BOCKMANN MOREIRA e CRUZ SCHMIDLIN, 2018). A contenda tratava da alegada nulidade de resolução administrativa emitida pela ANP em 2014, a qual alterou a distribuição de royalties e outros parâmetros que afetaram o contrato de exploração do Parque das Baleias, situado na Bacia de Campos.

Ao analisar o caso, em síntese, o referido tribunal entendeu que as matérias envolvendo o poder de fiscalização das agências reguladoras não seriam arbitráveis, em regra²⁷. Embora a citada decisão tenha sido superada, a restrição imposta no julgamento foi objeto de crítica pela doutrina. Segundo ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2017, p. 20), “*Decisões como aquela mencionada do TRF2, com toda a vênua, julgam mais pela aparência do que pelo rigor técnico. Nem todos os poderes exercidos pela Administração Pública podem ser tecnicamente considerados poderes de polícia, que são apenas aqueles incidentes sobre os particulares independentemente da celebração de qualquer contrato.*”. Tal crítica está fundamentada justamente na necessária distinção que se deve fazer a respeito da natureza do ato objeto de questionamento.

Portanto, do ponto de vista da *arbitrabilidade objetiva*, as agências reguladoras poderão se valer da arbitragem para dirimir seus litígios quando a matéria discutida envolver questões ou reflexos patrimoniais da sua atuação no setor regulado. Em nenhuma hipótese, contudo, poderá se utilizar a via arbitral para discussão de regras e diretrizes definidas para ao setor regulado, as quais são emitidas em benefício do interesse público primário (e não contratualizáveis). Tampouco será possível o emprego desse método de resolução de litígios para definir a aplicação ou o afastamento de sanções impostas pelas agências reguladoras nos usos de sua atribuição fiscalizatória, no pleno exercício do poder de polícia. Fica, contudo, resguardada a possibilidade de discussão na arbitragem, quando a matéria envolver questões sancionatórias de natureza contratual.

5. CONCLUSÃO

As agências reguladoras foram criadas para responder de forma célere e adequada as expectativas de uma sociedade cujas relações jurídicas estão cada dia mais com-

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região (TRF2). 8ª Turma. Medida Cautelar nº 0001194-18.2015.4.02.0000 (TRF2 2015.00.00.001194-6), Rio de Janeiro, Relatora: Desembargadora Federal Vera Lucia Lima. Data de Julgamento: 12/03/2015. Data de Publicação: 23/05/2015.

plexas e dinâmicas. Nesse contexto, a submissão de eventuais litígios travados entre os partícipes dos setores regulados a um judiciário assoberbado – e, portanto, vagaroso – contraria a sua própria essência.

Por outro lado, a arbitragem no âmbito da administração pública não é tema novo e vem sendo cada dia mais utilizada como forma de resolução de litígios. A edição da lei nº 13.129/2015 alterou a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e trouxe significativo avanço na matéria, pacificando as discussões sobre o tema. Ainda persistem, contudo, questionamentos significativos de cuja resolução a doutrina vem se encarregando, com o objetivo de conceder maior segurança jurídica ao instituto.

Como visto acima, as agências reguladoras podem valer-se do método arbitral para resolver seus litígios. Contudo, cuida-se de campo ainda pouco explorado pela doutrina, do que resulta certa insegurança jurídica aos partícipes do setor. Outro fato de insegurança é a multiplicidade de funções exercidas pelas agências reguladoras, que levam a diversos questionamentos a respeito das matérias passíveis de serem submetidas ao procedimento arbitral.

Nesse contexto, a criação de critérios mínimos para utilização da arbitragem nos contratos envolvendo as agências reguladoras – como aqueles aqui sugeridos – certamente contribuirá para o desenvolvimento desse sistema célere, eficaz e técnico como método de solução de litígios junto ao setor regulado, trazendo maior segurança jurídica aos seus partícipes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953.
- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no âmbito das agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC* 7, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*. v. 16. nº 03, julho / setembro, página 20/56, 2017.
- BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Função jurisdicional das agências reguladoras. *Revista de Processo* nº 11, junho / setembro, 148/161, 2003.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito público*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In BINENBOJM, Gustavo. (Coord.) *Agências reguladoras e democracia*, Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

- BOCKMANN MOREIRA, Egon e CRUZ SCHMIDLIN, Elisa. Novos parâmetros da arbitragem frente à Administração Pública brasileira: o caso “Petrobras-ANP”. *Revista de Direito Público da Economia*, nº 62, abril / junho, 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo* nº 240, abril / junho, 2005.
- CARDOSO, Andre Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães e TALAMINI, Eduardo. (Coord.) *Arbitragem e o poder público*, São Paulo: Saraiva, 2010, páginas 15/61.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa do Senado*, nº 28, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, A arbitragem em contratos administrativos, In FREITAS CÂMARA, Alexandre, PIRES RODRIGUES, Adilson e MARÇAL, Thais boia (Coord.). *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Jessé Torres de Pereira Junior*. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2016, pagina 273/285.
- DOLINGER, Jacob. e TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Interacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRAZ, Rafaella. Possibilidades e limites à aplicação da arbitragem no setor elétrico. Arbitragem regulatória. In FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim Paiva. (Coord.). *Arbitragem doméstica internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- _____. Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32, abril / junho, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Os direitos das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências reguladoras. In *Direito Administrativo Econômico*, SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos, em *Revista de Direito Administrativo*, nº 209, julho / setembro, 1997.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In MATTOS, Paulo Toescan Lessa (Coord.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros. 2012.

WALD, Arnaldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: v. 33, abril / junho. 2012, p. 239-244.