

Entre a Arbitragem Brasileira e a Arbitragem Europeia: Um estudo acerca da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Office of Communications (OFCOM)

Achille kurtouis

Novosibirsk State University

Email: achille4@gmail.com

Resumo

A procura pela arbitragem como meio de resolução de litígios se mostra importante em função do grande volume de causas submetidas ao julgamento do Estado - juiz, em número inversamente proporcional ao preparo técnico daqueles que são investidos na função jurisdicional por ato estatal. Atualmente, falar em composição extrajudicial de conflitos no campo da regulação significa adentrar em um cenário de grandes discussões e debates. Dessa forma, o texto busca construir razões para a resolução de litígios no âmbito das telecomunicações por meio da arbitragem, inclusive, face a experiência europeia, a exemplo da OFCOM. One of the duties of the regulatory agencies is precisely the solution of conflicts between players in the sector at the administrative level. When analyzing the forms of dispute resolution in the European Union, a peculiar behavior can be highlighted. In major disputes that occur on the continent, it is more common to use arbitration than the judiciary. In fact, arbitration can be used by ANATEL as an important tool to ensure a broad, free and fair competition between providers of telecommunications services, as it dodges the slowness of the judiciary and the possibility of sham litigations, enabling the rapid adoption of a decision that often affects the rights of a great number of users of telecommunications services. The high prestige enjoyed by these methods of dispute resolution pays homage to their characteristic of being a neutral forum positioned far from a regulatory agency of a specific country and close to referees chosen by common agreement, or even connected to international institutions that provide the arbitration services in commercial disputes.

Palavras-chave: ANATEL, OFCOM, arbitrage, dispute resolution, comparison.



A. INTRODUCCIÓN

O artigo aborda, inicialmente, a arbitragem como meio consensual de solução de conflitos que, cada vez mais, ganha força. Traz, também, uma crítica aos métodos de administração da justiça brasileira, fundamentados na morosidade e na complexidade do sistema. Seu custo, bem como sua facilidade para o ingresso, torna seu acesso indistinto a todos o que não necessariamente significa uma adequada prestação jurisdicional, muito

menos a concretização satisfatória dos valores constitucionais. Ainda no início do texto, observar-se-á que a função jurisdicional do órgão regulador brasileiro é ainda pouco debatida, em parte pelo fato de a Lei Geral de Telecomunicações não ter aberto possibilidades novas e significativas para a atuação da Administração Pública nesse sentido. Dessa forma, o artigo analisará os órgãos reguladores brasileiro e o europeu que exercem a função de dirimir conflitos entre operadoras de telecomunicações e, particularmente, como é usada a arbitragem para isso. Partindo dessa premissa, analisam-se criticamente os meios que a ANATEL e a OFCOM possuem para atuar na resolução dessas disputas, formulando-se questões para que esse papel do órgão regulador nacional possa ser aprimorado, face o órgão regulador europeu. Em momento, posterior, tratar-se-á do fenômeno do Estado Regulador, levando em consideração a manifestação da atuação reguladora como uma atuação de poder político, caracterizando-a como um projeto de direito público. O texto gravita em torno das agências reguladoras, quais sejam, a brasileira Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a europeia Office off Communication (OFCOM), detalhando os instrumentos jurídicos de sua criação, especificidades e natureza jurídica das mesmas. Por fim, o texto versa sobre litígios envolvendo agentes do setor regulado ou um deles e a agência reguladora.

Para isso, constata-se que a possibilidade de utilização dos meios consensuais de resolução de disputas consubstancia a adoção de uma ferramenta de superação dessa crise, reforçando a coerência do sistema. A atuação estatal no sentido de possibilitar os meios alternativos de resolução de controvérsias, entre eles a arbitragem, traduz-se em uma atuação regulatória do Estado. A arbitragem passou a tomar contornos de um meio que, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial. Na busca da melhor alternativa às partes, em sua essência temos na arbitragem o modelo mais adequado para diversas situações, como em conflitos complexos, envolvendo aprofundamento em matérias específicas, e exigindo estrutura e tratamento mais dedicado, difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho. No que tange às discussões sobre a arbitragem como meio “alternativo” de solução de conflitos, CARMONA (2009, p.31) prefere denominar a arbitragem como “meio adequado” de solução de controvérsias. Em nosso país, a arbitragem estava prevista no Código Civil de 1916 entre os meios indiretos de pagamento, sob o título de “compromisso” (arts. 1.037 a 1.048), mas não encontrou larga utilização como meio de solução de conflitos, tendo em vista que, nos arts. 1.085 a 1.102, o Código de Processo Civil exigia a homologação do então denominado “laudo arbitral” (hoje equivalente à sentença arbitral), por sentença judicial com todos os

recursos inerentes. Com isso, o Poder Judiciário se transformava em “segundo grau de jurisdição” da arbitragem. A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18), logo afirmando que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Esclarecendo, dessa forma, que a sua decisão é sentença e, como tal, constitui título executivo judicial (CPC, art. 475-N, IV, incluído pela Lei 11.232/2005), fazendo coisa julgada material ao decidir o mérito do conflito. É válido acrescentar a informação que o novo código processual civil (2015) adota a dualidade jurisdicional, estabelecendo paralelamente a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, observada nos artigos 3º e 42. Observa-se no artigo 3º que não será excluída da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, bem como será permitida a arbitragem na forma da lei. Já o texto do artigo 42 passa a ideia de que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Quanto aos limites impostos à possibilidade de solução arbitral, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), a arbitragem se limita à capacidade de contratar e aos direitos patrimoniais e disponíveis. Vejamos: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Portanto, basta que a pessoa tenha personalidade jurídica para que possa se submeter à arbitragem. Lembre-se que, nos termos do art. 1º do CC, personalidade jurídica é a capacidade de ser titular de direitos e obrigações, adquirida pela pessoa natural com o nascimento com vida (art. 2º do CC).

B. REVISIÓN DE LA LITERATURA

Alguns traços são comuns às agências reguladoras, tais como a independência dos dirigentes frente ao poder político, sua setorização bem como a natureza jurídica de autarquia em regime especial. Incluímos aqui o poder normativo e o poder de dirimir conflitos, visto que sintetiza estes dois que são limitados aos setores que visam regular. A independência, por evidente, não quer dizer que estas estão livre de controle ou de fiscalização. Visando a implantar políticas públicas propostas democraticamente pelo Poder Legislativo, as agências devem manter-se independentes frente a este e ao próprio Poder Executivo, para que possa implementá-las da forma mais eficiente possível. Assim, esta independência visa, na visão de Alexandre Santos de Aragão, a compensar alguns dos inconvenientes do princípio majoritário, corrigindo eventuais distorções para as parcelas da população que não estiverem de acordo com as posturas adotadas pela maioria (ARAGÃO, 2009, p.88). Esta independência tem diversas facetas, quais sejam: a)

independência dos dirigentes frente ao Poder Executivo, por intermédio de mandatos por tempo determinado, não coincidentes com os mandatos do Poder Executivo, sendo vedada a livre exoneração; b) independência econômica e administrativa, tendo as agências suas próprias receitas provenientes, geralmente, do próprio setor regulado, bem como liberdade para contratar seu pessoal, sob o regime estatutário e celetista (dependendo do cargo); c) independência processual, sendo inadmitido o recurso hierárquico impróprio.

Esta independência não pode ser tomada literalmente e entendida como se estas pudessem inovar primariamente a ordem jurídica. O poder normativo destas é inegável; contudo, apenas poderão exercê-lo visando a complementar as normas-quadro (ou Standards) impostos pelo Poder Legislativo. O princípio da legalidade deve ser entendido de maneira ampla – princípio da juridicidade, escrevem alguns (MORAES, 2004) de maneira que os atos da agência são compreendidos exercendo função administrativa, devendo respeitar não apenas à Constituição, mas a lei que autorizou a expedição destes atos. Ademais, a supremacia destes entes não é uma supremacia geral, tal qual a do Estado frente a seus administrados, mas uma supremacia especial, onde uma característica (ou um conjunto de características) reúne um grupo de pessoas sob uma mesma condição, demandando tratamento diferenciado de quem não detém tais características (FIGUEIREDO, 2005, p.285). As agências reguladoras exercem atividades de supremacia estatal, como práticas típicas de polícia, razão pela qual devem ingressar no ordenamento jurídico pátrio como sujeito de direito público, constantes da Administração indireta. Por demandarem uma certa autonomia, as agências reguladoras assumem status de autarquia que, conceitualmente, significam autogoverno, no sentido de pessoa jurídica administrativa com capacidade para gerir interesses próprios (CARVALHO FILHO, 2009, p.444). Não basta, todavia, a independência comum a toda autarquia, demandando as agências um grau mais intensificado de autonomia, como impossibilidade de demissão ad nutum dos dirigentes (com mandatos em tempo distinto dos mandatos dos chefes do Executivo), inexistência de recursos administrativo impróprio, dentre outras características. Assim, se fala que as agências reguladoras possuem, no direito brasileiro, natureza jurídica de autarquia em regime especial. Embora a expressão “autarquia especial” ou “autarquia em regime especial” seja multifacetária, por comportar diversas possibilidades (a independência conferida pode ser maior ou menor, conforme a lei criadora da agência), faz-se mister ressaltar que apenas mediante a análise do instrumento legal específico de criação da agência, podemos verificar com maior precisão o grau de independência de determinada agência. Recentemente, os métodos de administração da justiça brasileira vêm sendo alvo de

diversas críticas, que se fundamentam, sobretudo, em sua morosidade e na complexidade do sistema. Seu custo, bem como sua facilidade para o ingresso, torna seu acesso indistinto a todos, o que não necessariamente significa uma adequada prestação jurisdicional, muito menos a concretização satisfatória dos valores constitucionais. O uso da arbitragem em disputas envolvendo o Estado ainda encontra dificuldades fundadas no princípio da indisponibilidade do interesse público. A aplicação deste meio extrajudicial de resolução de disputas entre agência reguladora e concessionário e entre concessionários e usuários seria impossível, dado a natureza administrativa destas relações e o interesse público nelas envolvidos.

Dessa forma, a liberalização de mercados para a prestação de serviços de telecomunicações em âmbito mundial a partir da última década do século XX demandou a criação de órgãos reguladores do setor que buscassem resguardar o interesse público em meio a atuação dos entes privados. O Brasil procedeu à criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que é um órgão autônomo cujo dever é regulamentar e fiscalizar o setor fundando-se em dois princípios de atuação: a universalização dos serviços básicos de telecomunicações e a ampla e justa concorrência na exploração de serviços (OLIVEIRA, 2009, p.112). Entre os encargos oriundos do dever de garantir a competição, está o papel de resolver os conflitos entre operadoras. O papel do regulador é muito importante nesse sentido, principalmente quando se trata da necessidade de regulação concorrencial assimétrica, em que as operadoras já estabelecidas gozam de alto poder de mercado em virtude de possuírem a maior parte das redes de telecomunicações (OLIVEIRA, 2009, p.112). Inicialmente, vale ressaltar que indisponível é o interesse público primário e não o interesse da administração (GRAU, 2016) Aquele é o resultado da união de complexos individuais em determinada sociedade ao passo que este. É o interesse da estrutura organizacional da Administração Pública pautada pelo princípio da legalidade. Assim, uma vez que existe a possibilidade legal de qualquer pessoa capaz utilizar da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º Lei 9.307/96, e seus parágrafos incluídos pela Lei 13.120/2015), abre-se espaço normativo para a Administração Pública utilizar-se desse mecanismo em proveito de seus próprios interesses. Ao optar pela arbitragem, a Administração Pública não negligencia um interesse público; ao revés, opta-se por um modo mais célere e especializado de solucionar conflitos técnicos que fogem ao padrão dos conflitos sujeitos ao Poder Judiciário e que, por isso mesmo, estarão mais sujeitos a proferir decisões que não agradem nenhuma das partes (PEREIRA; CAVALCANTE, 2010). O uso da arbitragem em setores econômicos regulados deverá vir expresso nos contratos firmados entre o Poder concedente e as empresas concessionárias, em cláusula compromissória.

Portanto, salvo em casos de proibição expressa pela utilização deste meio, ou em casos de bens de uso comum do povo e de uso especial, quaisquer outras causas envolvendo direitos patrimoniais são arbitráveis (BINENBOJN, 2015).

Um dos pontos cruciais da arbitragem é o fato de ter como consequência a solução de litígios com maior celeridade, em um tempo menor se comparado ao processo judicial, marcado pela morosidade e pela possibilidade de se protelar o cumprimento da sentença. Esse ponto é importante, pois grandes operadoras de telecomunicações podem utilizar sua força econômica para impedir ao máximo a concretização de uma determinação judicial, ou até mesmo o sucesso de um acordo de que depende a operadora de menor porte para a prestação de seus serviços, violando a livre concorrência no setor. A grande, talvez, celeuma por parte das telecomunicações é a maneira de se lidar com a controvérsia, notadamente em virtude da projeção de seus efeitos sobre a competição entre as operadoras e sobre a prestação de serviços. Qualquer atuação regulatória no setor deve, além de identificar esse desafio, priorizar novas formas de combatê-lo, o que passa pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário não pode ser o único ator na composição desses conflitos. Destarte, cumpre analisar o pano de fundo para a utilização dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias na esfera das telecomunicações, de modo a verificar que alguns aspectos da regulação, o regime jurídico e as características do setor encontram plena harmonia com a composição extrajudicial de litígios e, consequentemente, com a arbitragem (SANTIAGO, 2014, p.183). A introdução do modelo de agências reguladoras na Administração Pública brasileira teria resultado da identificação de um déficit de regulamentação traduzido nos seguintes aspectos, cuja concretização persegue: política tarifária definida e estável; marcos regulatórios mais claros, que detalhem as relações entre os diversos atores de cada setor, seus direitos e obrigações; mecanismo ágil e eficiente para a solução de divergências e conflitos entre o poder concedente e a concessionária; garantias contra os riscos econômicos e políticos dos investimentos em setores econômicos (ARANHA, 2005, p.57).

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

agências (Resolução no 1/1999, art. 14, §2º). No que se refere o conflito ser solucionado por meio da intervenção de um terceiro, em procedimento cujo início é facultativo, não há, em geral, a escolha por ambas as partes, e nem uma convenção prévia que afasta a jurisdição estatal, impossibilitando o recurso revisional de mérito ao Poder Judiciário. As disputas surgidas entre operadoras de telecomunicações não se submetem ao Regulamento Conjunto anteriormente mencionado, mas às formas compositivas previstas no próprio regulamento de compartilhamento de infraestrutura, aprovado pela Resolução n. 274. Essas formas são a arbitragem e a mediação administrativas.

Para se usarem esses meios de resolução de disputas, a negociação entre as partes deve ter sido infrutífera. O Regulamento remete aos procedimentos de arbitragem e de mediação aprovados pela Agência. No entanto, não há procedimentos gerais para qualquer dessas RDs no âmbito da ANATEL: não existe procedimento de mediação aprovado pela Agência e o procedimento de “arbitragem” existente refere-se à “arbitragem em interconexão”, sobre a qual já se discorreu. Além desses meios de resolução de disputa, também se menciona a arbitragem e a mediação de conflitos entre operadoras pela ANATEL em seu Regimento Interno e nos contratos de concessão, carecendo da mesma regulamentação. Pelos contratos de concessão, as partes têm a faculdade de submeter à ANATEL, por meio de reunião de composição de conflitos, de processo de mediação ou de processo de arbitragem, quaisquer conflitos decorrentes da interpretação e da aplicação da regulamentação. Conforme se demonstrou com o mapeamento feito na subseção anterior, não há um procedimento de arbitragem e um procedimento de mediação regulamentados na ANATEL que sejam amplamente aplicáveis. Assim, tratar-se-á, aqui, de utilização do direito comparado para iluminar a concepção de mediação e de arbitragem que a Agência brasileira carrega e, a partir disso, indicar caminhos possíveis e coerentes com a posição de um órgão regulador frente a um mercado liberalizado (OLIVEIRA, 2009, p. 143).

C. MÉTODO

Ao se observar a resolução de conflitos na Comunidade Europeia, percebe-se uma realidade favorável, qual seja, em inúmeros litígios que ocorrem na Europa, é comum a utilização da arbitragem do que o próprio Poder Judiciário. Isso ocorre porque as grandes disputas europeias, não apenas no setor de telecomunicações, mas no de energia elétrica, de transportes e nos setores comerciais em geral, frequentemente envolvem mais de um país, visto que a maioria das grandes empresas é transnacional. Vislumbra-se um grande apreço aos métodos de resolução de disputas, na medida em que eles propiciam uma

neutralidade de foro. Não se confere a decisão ao Poder Judiciário ou ao órgão regulador de um país específico, mas escolhem-se árbitros a partir do comum acordo das partes ou, ainda, apontam-se instituições de âmbito internacional que prestam o serviço de arbitragem em disputas comerciais. Isso é importante principalmente quando a disputa concerne a duas ou mais empresas com sede em diferentes países. Na resolução de disputas em telecomunicações pelas autoridades reguladoras, essa tradição não é desprezada. Na Europa, há normas de âmbito continental promulgadas pelos respectivos DGs da União Europeia (Europe Union Framework Directives). O setor de redes e serviços de comunicação eletrônica é regido pela Diretiva 2002/21/EC, de 7 de março de 2002. Essa norma aborda, em seus artigos 20 e 21, a posição dos órgãos reguladores na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações em países regidos pela Diretiva (OLIVEIRA, 2009, p. 144).

Segundo esse instrumento normativo, a autoridade regulatória nacional deve decidir de forma vinculativa para as partes, no prazo máximo de quatro meses, quando uma delas requer solução a uma disputa referente a qualquer norma ou diretiva do setor – inclusive a própria Diretiva 2002/21/EC. No entanto, é dever dos Estados-Membros garantirem a capacidade de as autoridades regulatórias declinarem de resolver a disputa quando outros mecanismos – inclusive a mediação – existirem e contribuírem de maneira mais efetiva para a resolução da disputa em um prazo aceitável. Assim, sendo cabíveis a arbitragem ou a mediação no caso, a autoridade regulatória informa às partes que não solucionará a disputa. Se esses mecanismos de resolução de disputa não trouxerem resultado em quatro meses, a autoridade regulatória deve se comprometer a decidir a questão (OLIVEIRA, 2009, p. 145). Na possibilidade de uma disputa surgir entre duas empresas domiciliadas em países distintos, pode-se requerer a decisão a qualquer das autoridades regulatórias nacionais envolvidas. Elas, entretanto, trabalharão em conjunto para se alcançar uma decisão ao caso. Nesse tipo de conflito, também se aplica a possibilidade de as autoridades regulatórias declinarem, se existirem outros métodos de resolução de disputa. Sendo este o caso, só decidirão depois de não se ter alcançado resultado com esses métodos após quatro meses (OLIVEIRA, 2009, p. 145). As decisões dos órgãos reguladores são públicas, aliás, características comuns aos meios consensuais de solução de conflitos, respeitando-se, todavia, os requerimentos das partes pela confidencialidade de aspectos negociais das empresas. Essa decisão não faz o acesso das partes ao Poder Judiciário precluir, podendo elas ir à busca de uma revisão judicial do mérito já analisado. Diante dessa diretiva europeia, o Reino Unido promulgou o Communications Act de 2003, criando o Office of Communications (Ofcom), órgão regulador do setor de telecomunicações, que trouxe novas atribuições à atividade

regulatória. Entre tais atribuições, está a competência de resolver disputas entre operadoras de telecomunicações. O Communications Act é um documento extenso e trata pormenorizadamente desse papel do Ofcom. Primeiramente, para que se tenha a resolução de uma disputa pelo Ofcom, basta que uma das partes a solicite. Na linha da diretiva da União Europeia, a disputa só será resolvida pelo órgão regulador se não houver meios alternativos para resolver a disputa, caso esses meios alternativos sejam cabíveis ao tipo de disputa. Seja qual for o posicionamento do órgão, as partes são notificadas. No caso de o Ofcom declinar e, depois de iniciado o procedimento alternativo de resolução de disputa, não se alcançar uma conclusão em quatro meses, uma das partes tem o direito de solicitar que o órgão resolva a disputa e este é obrigado a fazê-lo. Neste caso, o processo anterior será continuado (OLIVEIRA, 2009, p. 146).

D.CONCLUSIÓN

Recentemente, os métodos de administração da justiça brasileira vêm sendo alvo de diversas críticas, que se fundamentam, sobretudo, em sua morosidade e na complexidade do sistema. Seu custo, bem como sua facilidade para o ingresso, torna seu acesso indistinto a todos, o que não necessariamente significa uma adequada prestação jurisdicional, muito menos a concretização satisfatória dos valores constitucionais. O presente texto visou a discorrer sobre a utilização da arbitragem como técnica de resolução de litígios em setores econômicos regulados, ao lado das decisões emanadas pelas agências reguladoras e de decisões judiciais. As agências reguladoras no Brasil, em especial após o fenômeno da desestatização gozam de crescente importância, servindo como um órgão de proteção do consumidor, de efetivação de políticas públicas setoriais e de fiscalização e indução do ambiente econômico regulado. Com isso, suas competências multiplicam-se à medida que cresce o setor regulado. Uma das principais atribuições das agências reguladoras é arbitrar conflitos oriundos entre Poder Público e empresas concessionárias e entre estas entre si bem como entre concessionárias e consumidores, visando a proferir decisões mais céleres e especializadas, sobretudo em conflitos técnicos de grau elevado de complexidade que dificilmente seriam solucionadas a contento pelo Poder Judiciário. Tais decisões gozam ainda de maior legitimidade, uma vez que proferidas no interior do ordenamento jurídico setorial, em um ambiente seguro e conhecido pelas partes.

A utilização da arbitragem pelo Poder público, tal qual prevista pela Lei 9.307/96 foi alvo de severas objeções, fundamentando-se especialmente na indisponibilidade do interesse público. Isto porque os dois institutos – arbitragem no âmbito das agências

reguladoras e ex vi da Lei 9.307/96 – conquanto terem a mesma nomenclatura jurídica, são essencialmente distintas; enquanto aquela trata-se de uma decisão administrativa, não gozando de executividade e sendo passível de ser judicializada, esta constitui título executivo e tem os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário. O interesse público indisponível é aquele interesse primário, não se distinguindo do interesse público secundário, ou interesse da Administração. É incontestado a vontade do Poder Público de ver seus conflitos serem solucionados rapidamente e de maneira especializada, com uma maior probabilidade de uma decisão justa e legítima, face a um processo longo, demorado e dispendioso do Poder Judiciário e com uma maior probabilidade de findar com uma decisão que não atenda às partes. Nesse sentido, a Lei 13.129 de 26 de maio de 2015 tenta resolver este entrevero, afirmando textualmente que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Pode-se observar que, no âmbito das agências reguladoras, vislumbra-se duas arbitragens, quais sejam, aquela emanada pela própria agência, que constitui decisão administrativa bem como aquela submetida a tribunal ou câmara arbitral, nos moldes da Lei 9.307/96, cuja decisão terá os mesmos efeitos daquela emanada pelo Poder Judiciário e, se condenatória, constituirá título executivo. Podemos observar pontos em comum com o Brasil, um vez que ele segue a técnica europeia para definição de que matérias podem ser dirimidas pela ANATEL. Assim, a arbitragem deve tratar de pendências relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos entre as partes, e a arbitragem, de “conflito de interesses entre operadoras de telecomunicações. É uma forma válida, pois não se corre o risco de determinado caso demandar a intervenção da agência e isso não poder ocorrer pela disputa não se enquadrar na listagem taxativa de hipóteses. possível observar pontos negativos também. O principal deles é a possibilidade de desvio de finalidade na atuação da agência. Uma disputa que não versa propriamente sobre a matéria que é objeto de regulação pela agência pode passar a ter de ser resolvida por ela. Se uma operadora de TV a cabo expõe indevidamente, em uma propaganda sua, a marca de uma operadora de SMP, tem-se, aí, um conflito de interesses, que, em tese, pode ser posto perante a agência. Dessa forma, muito dificilmente um conflito como esse prejudicará a concorrência entre as partes a ponto de a Agência precisar intervir. Portanto, a melhor maneira de previsão da atuação da Agência parece mesmo ser a listagem analítica de hipóteses. É importante, no entanto, também deixar a agência decidir discricionariamente se deve atuar ou não em algum outro caso não contemplado pelo rol de hipóteses, mas que venha a ser potencialmente prejudicial a uma ampla e justa concorrência. A arbitragem na ANATEL é sempre faculdade das partes, que, antes de solicitar a atuação da agência, têm de entrar

em consenso sobre isso. A regulamentação do procedimento na Inglaterra (Europa) não traz essa necessidade.

No Regimento Interno da ANATEL, há a exigência de consenso tanto para a instauração da arbitragem pela Agência quanto para o início da mediação. Faz sentido, como se demonstrou, exigir o consenso das partes para que a Agência proceda à mediação. Já, na arbitragem, exigir o consenso das partes pode significar a necessidade inequívoca de a empresa solicitante ter de ir ao Judiciário, frustrando-se a possibilidade de uma decisão rápida e bem fundamentada ao conflito.

REFERENCIAS

1. ARANHA, Márcio Iorio. Manual de Direito Regulatório. 3ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015.
2. BINENBOJN, Gustavo. Arbitragem em Ambientes Regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In MORAES, Carlos Eduardo Guerra, RIBEIRO, Ricardo Lodi. Direito Público Uerj. Vol 8. Rio de Janeiro. Freitas Batos, 2015.
3. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96. 3ed. São Paulo: Atlas, 2009.
4. CARREAU, Dominique. BICHARA, Jahyr-Philippe. Direito Internacional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.
5. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
6. DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
7. DOLINGER, Jacob. Conciliação e Arbitragem no Direito Judaico, apud AYOUB, Luiz Roberto. Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
8. FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005.
9. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. Disponível em:< http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=20533> . Acesso em: 10 abr. 2016.
10. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.
11. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Vol.II, 15ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

12. MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.