

Tra arbitrato brasiliano e arbitrato europeo: uno studio sull'Agenzia nazionale delle telecomunicazioni (ANATEL) e sull'Ufficio delle comunicazioni (UFCOM)

Clodio Enre

Università tecnica di Monaco

Email: enre5@gmail.com

Riepilogo

La ricerca dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie è importante per la grande mole di casi sottoposti al giudizio dello Stato - giudice, in numero inversamente proporzionale alla preparazione tecnica di coloro che sono investiti della funzione giurisdizionale per atto statale. Attualmente parlare di composizione extragiudiziale dei conflitti in materia di regolamentazione significa entrare in uno scenario di grandi discussioni e dibattiti. In questo modo, il testo cerca di costruire ragioni per la risoluzione delle controversie nel campo delle telecomunicazioni attraverso l'arbitrato, anche, vista l'esperienza europea, come l'UFCOM. Uno dei compiti delle agenzie di regolamentazione è proprio la soluzione dei conflitti tra attori del settore a livello amministrativo. Analizzando le forme di risoluzione delle controversie nell'Unione Europea, si può evidenziare il peculiare comportamento. Nelle principali controversie che si verificano nel continente, è più comune utilizzare l'arbitrato rispetto alla magistratura. Infatti, l'arbitrato può essere utilizzato da ANATEL come uno strumento importante per garantire una concorrenza ampia, libera e leale tra i fornitori di servizi di telecomunicazioni, in quanto elude la lentezza della magistratura e la possibilità di contenziosi fittizi, consentendo la rapida adozione di una decisione che spesso lede i diritti di un gran numero di utenti dei servizi di telecomunicazione. L'alto prestigio di cui godono questi metodi di risoluzione delle controversie rende omaggio alla loro caratteristica di essere un forum neutrale posizionato lontano da un'agenzia di regolamentazione di un determinato paese e vicino a arbitri scelti di comune accordo, o anche collegato ad istituzioni internazionali che forniscono i servizi di arbitrato nelle controversie commerciali.

Parole chiave: ANATEL, UFCOM, arbitraggio, risoluzione delle controversie, confronto.



A. INTRODUZIONE

L'articolo inizialmente affronta l'arbitrato come mezzo consensuale di risoluzione dei conflitti che sta guadagnando sempre più forza. Porta anche una critica ai metodi di amministrazione della giustizia brasiliana, basati sulla lentezza e complessità del sistema. Il suo costo, così come la sua facilità di accesso, rende indistinguibile a tutti il suo accesso,

il che non significa necessariamente un'adeguata previsione giurisdizionale, tanto meno la soddisfacente realizzazione dei valori costituzionali. Anche all'inizio del testo, si osserverà che il ruolo giurisdizionale dell'organismo di regolamentazione brasiliano è ancora poco dibattuto, anche perché la Legge Generale sulle Telecomunicazioni non ha aperto nuove e significative possibilità per l'esercizio della Pubblica Amministrazione in tal senso. In questo modo, l'articolo analizzerà gli organismi di regolamentazione brasiliani ed europei che svolgono il ruolo di risoluzione dei conflitti tra operatori di telecomunicazioni e, in particolare, come viene utilizzato l'arbitrato per questo. Sulla base di questa premessa, vengono analizzati criticamente i mezzi che ANATEL e UFCOM devono agire nella risoluzione di tali controversie, formulando interrogativi affinché questo ruolo dell'organismo di regolamentazione nazionale possa essere migliorato, nei confronti dell'organismo di regolamentazione europeo. In un secondo momento si affronterà il fenomeno dello Stato Regolatore, tenendo conto della manifestazione dell'azione regolatoria come azione del potere politico, caratterizzandola come progetto di diritto pubblico. Il testo ruota attorno alle agenzie di regolamentazione, ovvero l'Agenzia nazionale brasiliana delle telecomunicazioni (ANATEL) e l'Ufficio europeo per la comunicazione (OFCOM), che dettagliano gli strumenti giuridici della loro creazione, le loro specificità e natura giuridica. Infine, il testo tratta del contenzioso che coinvolge gli agenti del settore regolamentato o uno di essi e l'agenzia di regolamentazione.

Per questo, sembra che la possibilità di utilizzare mezzi consensuali di risoluzione delle controversie sostanzia l'adozione di uno strumento per superare questa crisi, rafforzando la coerenza del sistema. L'azione dello Stato, nel senso di abilitare mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, compreso l'arbitrato, si traduce in un'azione regolamentare da parte dello Stato. L'arbitrato ha cominciato ad assumere i contorni di un mezzo che, accanto alla giurisdizione statale, rappresenta una forma eterocompositiva di risoluzione dei conflitti. Le parti capaci, di comune accordo, di fronte a una controversia, o per mezzo di una clausola contrattuale, stabiliscono che un terzo, o collegiale, avrà poteri per risolvere la controversia, senza l'intervento dello Stato, e la decisione avrà la stessa efficacia di una sentenza giudiziale. Nella ricerca della migliore alternativa alle parti, in sostanza abbiamo nell'arbitrato il modello più adatto a diverse situazioni, come conflitti complessi, che comportano l'approfondimento di specifiche materie, e richiedono una struttura e un trattamento più dedicati, difficilmente ottenibili in Magistratura per le loro caratteristiche e il colossale carico di lavoro. Per quanto riguarda le discussioni sull'arbitrato come mezzo "alternativo" di risoluzione dei conflitti, CARMONA (2009, p.31) preferisce chiamare l'arbitrato un "mezzo appropriato" per risolvere le controversie. Nel nostro Paese l'arbitrato era previsto dal codice civile del 1916 tra mezzi di pagamento indiretti, sotto il titolo di "compromesso" (artt. 1037-1048), ma non trovò largo impiego come mezzo di risoluzione dei conflitti, in Ciò premesso, all'art. 1.085 a 1.102, il codice di procedura civile ha richiesto la ratifica del cd "rapporto

arbitrale" (oggi equiparato al lodo arbitrale), con decisione giudiziale con tutti i rimedi inerenti. Di conseguenza, la magistratura è diventata il "secondo grado di giurisdizione" per l'arbitrato. La legge 9.307, del 23 settembre 1996, ha abolito la necessità della ratifica giudiziale del lodo arbitrale e ha equiparato l'arbitro al giudice incaricato nell'esecuzione dell'arbitrato (art. 18), stabilendo così che l'arbitro è un giudice di fatto e in diritto. , e la sentenza pronunciata non è soggetta ad appello o ratifica da parte della Magistratura. Chiarire, quindi, che la sua decisione è una sentenza e, come tale, costituisce un ordine di esecuzione giurisdizionale (CPC, art. 475-N, IV, incluso dalla L. 11.232/2005), apportando materia di giudicato nel merito del conflitto . Vale la pena aggiungere l'informazione che il nuovo codice di procedura civile (2015) adotta il dualismo giurisdizionale, stabilendo parallelamente la giurisdizione statale e la giurisdizione arbitrale, di cui agli articoli 3 e 42. Si osserva all'articolo 3 che non sarà escluso dalla giurisdizione di valutazione minaccia o danneggia la legge e l'arbitrato sarà consentito dalla legge. Il testo dell'articolo 42, invece, esprime l'idea che le cause civili saranno trattate e decise dal giudice nei limiti della sua competenza, fatta salva la facoltà delle parti di instaurare l'arbitrato, a norma di legge.

Quanto ai limiti imposti alla possibilità di arbitrato, ai sensi dell'art. 1 della Legge sull'Arbitrato (Legge 9.307/1996), l'arbitrato è limitato alla capacità contrattuale e ai diritti patrimoniali e disponibili. Vediamo: "I soggetti capaci di contrattare potranno avvalersi dell'arbitrato per dirimere le controversie relative ai diritti di proprietà disponibili". Pertanto, è sufficiente che la persona abbia personalità giuridica per potersi sottoporre ad arbitrato. Si ricorda che, ai sensi dell'art. 1 del CC, personalità giuridica è la capacità di essere titolare di diritti e di obblighi, acquisita dalla persona fisica con la nascita in vita (art. 2 del CC).

B. ARTICOLO DI LETTERATURA

Alcuni tratti sono comuni alle agenzie di regolamentazione, come l'indipendenza dei leader dal potere politico, la loro settorizzazione e la natura giuridica dell'autarchia in un regime speciale. Includiamo qui il potere normativo e il potere di risolvere i conflitti, poiché sintetizza questi due che sono limitati ai settori che mirano a regolare. Indipendenza, ovviamente, non significa che siano esenti da controllo o supervisione. Per attuare le politiche pubbliche democraticamente proposte dal Potere Legislativo, le agenzie devono rimanere indipendenti da questo e dallo stesso Potere Esecutivo, in modo che possa attuarle nel modo più efficiente possibile. Pertanto, questa indipendenza mira, secondo Alexandre Santos de Aragão, a compensare alcuni degli inconvenienti del principio maggioritario, correggendo eventuali distorsioni per le porzioni di popolazione che non sono d'accordo con le posizioni adottate dalla maggioranza (ARAGÃO, 2009,

p.88). Tale indipendenza presenta diverse sfaccettature, in particolare: a) indipendenza degli amministratori nei confronti del Potere Esecutivo, mediante deleghe a tempo determinato, non coincidenti con le deleghe del Potere Esecutivo, con divieto di esonero gratuito; b) indipendenza economica e amministrativa, con le agenzie dotate di entrate proprie, in genere, dal settore regolamentato stesso, nonché libertà di assunzione del personale, in regime civilistico e CLT (a seconda della posizione); c) autonomia procedurale, essendo inammissibile l'impugnazione gerarchica inappropriata.

Questa indipendenza non può essere presa alla lettera e intesa come se potessero innanzitutto innovare l'ordinamento giuridico. Il loro potere normativo è innegabile; tuttavia, possono esercitarlo solo al fine di integrare le norme quadro (o Standard) imposte dal Potere Legislativo. Il principio di legalità deve essere inteso in senso ampio – il principio di legalità, scrivono alcuni (MORAES, 2004) in modo tale che gli atti dell'agenzia siano intesi come esercizio di una funzione amministrativa, e debbano rispettare non solo la Costituzione, ma la legge che ha autorizzato il rilascio di tali atti. Inoltre, il primato di questi enti non è un primato generale, come quello dello Stato sui suoi amministratori, ma un primato speciale, dove una caratteristica (o un insieme di caratteristiche) riunisce un gruppo di persone nella stessa condizione, esigente trattamento differenziato di coloro che non presentano tali caratteristiche (FIGUEIREDO, 2005, p.285). Gli organismi di regolamentazione svolgono attività di supremazia statale, come le tipiche pratiche di polizia, motivo per cui devono entrare nell'ordinamento nazionale come soggetto di diritto pubblico, compreso nell'amministrazione indiretta. Poiché esigono una certa autonomia, le agenzie di regolamentazione assumono lo status di autarchia, che concettualmente significa autogoverno, nel senso di un'entità giuridica amministrativa con capacità di gestire i propri interessi (CARVALHO FILHO, 2009, p.444). Tuttavia, l'indipendenza comune a ogni autarchia non basta, in quanto le agenzie esigono un grado di autonomia più intensificato, come l'impossibilità di revoca ad nutum degli amministratori (con mandati in tempi diversi da quelli dei capi dell'Esecutivo), l'inesistenza di risorse amministrative inadeguate, tra le altre caratteristiche. Pertanto, si dice che le agenzie di regolamentazione hanno, nel diritto brasiliano, la natura giuridica dell'autarchia in un regime speciale. Sebbene l'espressione "autarchia speciale" o "autarchia di regime speciale" sia sfaccettata, in quanto comprende diverse possibilità (l'indipendenza concessa può essere maggiore o minore, secondo la legge che ha creato l'agenzia), è necessario sottolineare che solo attraverso la analisi dello specifico strumento giuridico per la creazione dell'agenzia, possiamo verificare con maggiore precisione il grado di indipendenza di una determinata agenzia. Recentemente, le modalità di amministrazione della giustizia brasiliana sono state oggetto di numerose critiche, che si

basano soprattutto sulla loro lentezza e sulla complessità del sistema. Il suo costo, così come la sua facilità di accesso, rende il suo accesso indistinguibile a tutti, il che non significa necessariamente un'adeguata previsione giurisdizionale, tanto meno la soddisfacente realizzazione dei valori costituzionali. Il ricorso all'arbitrato nelle controversie che coinvolgono lo Stato incontra ancora difficoltà fondate sul principio dell'indisponibilità del pubblico interesse. L'applicazione di tale modalità stragiudiziale di risoluzione delle controversie tra ente di regolazione e concessionario e tra concessionari e utenti sarebbe impossibile, data la natura amministrativa di tali rapporti e l'interesse pubblico in essi implicato.

In questo modo, la liberalizzazione dei mercati per la fornitura di servizi di telecomunicazioni a livello mondiale dall'ultimo decennio del 20° secolo ha richiesto la creazione di organismi di regolamentazione del settore che cercassero di tutelare l'interesse pubblico nel mezzo delle prestazioni dei soggetti privati. Il Brasile ha proceduto alla creazione dell'Agenzia Nazionale delle Telecomunicazioni (ANATEL), che è un organismo autonomo il cui compito è quello di regolamentare e supervisionare il settore sulla base di due principi operativi: l'universalizzazione dei servizi di telecomunicazione di base e una concorrenza ampia e leale nello sfruttamento dei servizi (OLIVEIRA, 2009, p.112). Tra gli oneri derivanti dall'obbligo di garantire la concorrenza c'è il ruolo di risoluzione dei conflitti tra operatori. Il ruolo del regolatore è molto importante in questo senso, soprattutto quando si parla della necessità di una regolamentazione della concorrenza asimmetrica, in cui gli operatori affermati godono di un elevato potere di mercato in virtù del possesso della maggior parte delle reti di telecomunicazioni (OLIVEIRA, 2009, p. 112). Inizialmente, vale la pena ricordare che l'indisponibilità è l'interesse pubblico primario e non l'interesse dell'amministrazione (GRAU, 2016). Il primo è il risultato dell'unione di singoli complessi in una determinata società mentre il secondo. È interesse della struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione guidata dal principio di legalità. Pertanto, poiché esiste la possibilità giuridica per qualsiasi soggetto capace di avvalersi dell'arbitrato per dirimere le controversie relative ai diritti di proprietà disponibili (art. 1 L. 9.307/96, e suoi commi inclusi dalla L. 13.120/2015), si apre lo spazio normativo al Pubblico Amministrazione di utilizzare questo meccanismo per i propri interessi. Optando per l'arbitrato, la Pubblica Amministrazione non trascura un interesse pubblico; al contrario, si sceglie un modo più rapido e specializzato per risolvere i conflitti tecnici che esulano dal modello dei conflitti soggetti alla Magistratura e che, proprio per questo motivo, saranno maggiormente soggetti a decisioni che non piacciono a nessuna delle parti (PEREIRA; CAVALCANTE, 2010). Il ricorso all'arbitrato nei settori economici regolamentati deve essere espresso nei

contratti stipulati tra l'ente concedente e le società concessionarie, in una clausola compromissoria. Pertanto, salvo i casi di espresso divieto di utilizzo di tale mezzo, o nei casi di beni di uso comune da parte delle persone e per usi speciali, ogni altra causa che comporti diritti di proprietà è arbitrabile (BINENBOJN, 2015).

Uno dei punti cruciali dell'arbitrato è il fatto che si traduce in una risoluzione delle controversie più rapida, in un tempo più breve rispetto al procedimento giudiziario, caratterizzato da lentezza e possibilità di ritardare l'esecuzione della sentenza. Questo punto è importante, in quanto i grandi operatori di telecomunicazioni possono utilizzare la propria forza economica per impedire il più possibile l'esecuzione di un provvedimento giudiziario, o addirittura il successo di un accordo da cui l'operatore più piccolo dipende per la fornitura dei propri servizi, violando la libera concorrenza nel settore. Il più grande scalpore, forse, da parte delle telecomunicazioni è il modo di affrontare la controversia, in particolare per la proiezione dei suoi effetti sulla concorrenza tra operatori e sulla fornitura dei servizi. Qualsiasi intervento normativo di settore deve, oltre a individuare questa sfida, dare priorità a nuove modalità di contrasto, che implicano il riconoscimento che la Magistratura non può essere l'unico attore nella composizione di questi conflitti. Occorre, quindi, analizzare i presupposti per l'utilizzo degli strumenti stragiudiziali per la risoluzione delle controversie nel campo delle telecomunicazioni, al fine di verificare che alcuni aspetti della regolamentazione, del regime giuridico e delle caratteristiche del settore siano in piena sintonia con l'aspetto stragiudiziale composizione delle controversie e, conseguentemente, con arbitrato (SANTIAGO, 2014, p.183). L'introduzione del modello delle agenzie di regolazione nella Pubblica Amministrazione brasiliana sarebbe derivata dall'individuazione di un deficit normativo tradotto nei seguenti aspetti, la cui attuazione persegue: politica tariffaria definita e stabile; quadri normativi più chiari che dettagliano le relazioni tra i vari attori in ciascun settore, i loro diritti e doveri; meccanismo agile ed efficiente per la risoluzione di divergenze e conflitti tra ente concedente e concessionario; garanzie contro i rischi economici e politici degli investimenti nei settori economici (ARANHA, 2005, p.57).

In Brasile non esiste un'unica procedura per la risoluzione delle controversie tra le agenzie di regolamentazione che copra tutti i tipi di conflitto. Le caratteristiche principali di tale processo sono: l'impossibilità per le parti di scegliere gli "arbitri", in quanto l'articolo 10 della Delibera Congiunta 2/2001 stabilisce che la Commissione è composta da due rappresentanti per ciascuna agenzia (ANEEL, ANATEL e ANP); (natura giuridica di un procedimento amministrativo, come espressamente definito all'articolo 19 della citata Delibera; la decisione della Commissione non può essere impugnata solo in ambito amministrativo (articolo 36 della Delibera n. 2/2001), e, quindi, sindacato giurisdizionale

di merito e la possibilità per una sola delle parti di chiedere l'intervento degli organi (Delibera n. 1/1999, art. 14, §2°). L'inizio è facoltativo, non vi è, in generale, alcuna scelta da entrambe le parti, né un preventivo accordo che escluda la giurisdizione statale, rendendo impossibile il riesame di merito alla Magistratura. Le controversie che insorgono tra operatori di telecomunicazioni non sono soggette al Regolamento sopra richiamato, ma alle forme concordatarie previste dallo stesso regolamento di condivisione delle infrastrutture, approvato dalla risoluzione n. 274. Queste forme sono arbitrato e mediazione amministrativa.

Per utilizzare questi mezzi di risoluzione delle controversie, la negoziazione tra le parti deve essere stata infruttuosa. Il Regolamento fa riferimento alle procedure di arbitrato e mediazione approvate dall'Agenzia. Tuttavia, non esistono procedure generali per nessuno di questi RD nell'ambito di ANATEL: non esiste una procedura di mediazione approvata dall'Agenzia e la procedura di "arbitrato" esistente fa riferimento ad "arbitrato di interconnessione", di cui si è già parlato. Oltre a queste modalità di risoluzione delle controversie, l'arbitrato e la mediazione dei conflitti tra operatori da parte di ANATEL sono citati anche nel Regolamento Interno e nei contratti di concessione, privi della stessa disciplina. In base ai contratti di concessione, le parti hanno il diritto di sottoporre ad ANATEL, attraverso una riunione di risoluzione delle controversie, un processo di mediazione o un processo arbitrale, eventuali conflitti derivanti dall'interpretazione e dall'applicazione del regolamento. Come dimostrato dalla mappatura effettuata nel comma precedente, non esiste una procedura arbitrale e una procedura di mediazione disciplinata da ANATEL che trovino ampia applicazione. Si tratterà quindi dell'uso del diritto comparato per illuminare la concezione di mediazione e arbitrato che porta l'Agenzia brasiliana e, da lì, indicare percorsi possibili e coerenti con la posizione di un organismo di regolamentazione in relazione a un mercato liberalizzato (OLIVEIRA, 2009, pag. 143).

C. METODO

Osservando la risoluzione dei conflitti nella Comunità Europea, si percepisce una realtà favorevole, ovvero, nelle innumerevoli controversie che si verificano in Europa, è comune ricorrere all'arbitrato rispetto alla stessa Magistratura. Questo perché le principali controversie europee, non solo nel settore delle telecomunicazioni, ma nei settori dell'elettricità, dei trasporti e del commercio in generale, coinvolgono spesso più di un paese, poiché la maggior parte delle grandi aziende sono transnazionali. C'è un grande apprezzamento per i metodi di risoluzione delle controversie, nella misura in cui

forniscono la neutralità del forum. La decisione non è affidata alla Magistratura o all'organismo di regolamentazione di un determinato Paese, ma vengono scelti gli arbitri sulla base del comune accordo delle parti o, anche, vengono nominati istituti di respiro internazionale che prestano il servizio di arbitrato nelle controversie commerciali. Ciò è particolarmente importante quando la controversia riguarda due o più società con sede in paesi diversi. Nella risoluzione delle controversie in materia di telecomunicazioni da parte delle autorità di regolamentazione, questa tradizione non viene trascurata. In Europa esistono standard di portata continentale promulgati dalle rispettive DG dell'Unione Europea (Direttive Quadro dell'Unione Europea). Il settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è disciplinato dalla Direttiva 2002/21/CE, del 7 marzo 2002. La presente norma affronta, nei suoi articoli 20 e 21, la posizione degli organismi di regolamentazione nella risoluzione delle controversie tra operatori di telecomunicazioni in paesi disciplinati dalla Direttiva (OLIVEIRA, 2009, p. 144).

Secondo tale strumento normativo, l'autorità nazionale di regolamentazione deve decidere, in modo vincolante per le parti, entro un periodo massimo di quattro mesi, quando una di esse richiede la soluzione di una controversia relativa a qualsiasi regolamento o direttiva del settore - inclusa la Direttiva 2002/21/ stesso CE Tuttavia, è dovere degli Stati membri garantire la capacità delle autorità di regolamentazione di rifiutarsi di risolvere la controversia quando esistono altri meccanismi, inclusa la mediazione, e contribuiscono in modo più efficace alla risoluzione della controversia entro un termine accettabile. Pertanto, se nel caso è applicabile l'arbitrato o la mediazione, l'autorità di regolamentazione informa le parti che non risolverà la controversia. Se questi meccanismi di risoluzione delle controversie non portano risultati entro quattro mesi, l'autorità di regolamentazione deve impegnarsi a decidere la questione (OLIVEIRA, 2009, p. 145). Nel caso in cui sorga una controversia tra due società domiciliate in paesi diversi, è possibile richiedere una decisione a una qualsiasi delle autorità di regolamentazione nazionali coinvolte. Tuttavia, lavoreranno insieme per prendere una decisione sul caso. In questo tipo di conflitto si applica anche la possibilità per le autorità di regolamentazione di rifiutare, se esistono altri metodi di risoluzione delle controversie. Stando così le cose, decideranno solo dopo che quattro mesi non avranno raggiunto risultati con questi metodi (OLIVEIRA, 2009, p. 145). Le decisioni degli organi regolatori degli Organi sono pubbliche, infatti, caratteristiche comuni alle modalità consensuali di risoluzione dei conflitti, rispettando, tuttavia, le prescrizioni delle parti per la riservatezza degli aspetti commerciali delle società. Tale decisione non preclude l'accesso delle parti alla Magistratura, le quali possono chiedere il controllo giurisdizionale dei meriti già analizzati. Alla luce di questa direttiva europea, il Regno Unito ha emanato il

Communications Act del 2003, creando l'Office of Communications (Ofcom), un organismo di regolamentazione per il settore delle telecomunicazioni, che ha portato nuove attribuzioni all'attività di regolamentazione. Tra tali attribuzioni vi è la competenza a risolvere le controversie tra operatori di telecomunicazioni. Il Communications Act è un documento ampio e tratta in dettaglio questo ruolo dell'Ofcom. In primo luogo, affinché una controversia sia risolta da Ofcom, è sufficiente che una delle parti ne faccia richiesta. In linea con la direttiva dell'Unione Europea, la controversia sarà risolta dall'organismo di regolamentazione solo se non esistono mezzi alternativi per risolvere la controversia, se tali mezzi alternativi sono applicabili alla tipologia di controversia. Qualunque sia la posizione dell'ente, le parti sono informate. Nel caso in cui Ofcom rifiuti e, dopo aver avviato la procedura alternativa di risoluzione della controversia, non si pervenga a una conclusione entro quattro mesi, una delle parti ha il diritto di chiedere all'organismo di risolvere la controversia e l'organismo è obbligato a farlo. . In questo caso si proseguirà con il processo precedente (OLIVEIRA, 2009, p. 146).

D.CONCLUSIONE

Recentemente, le modalità di amministrazione della giustizia brasiliana sono state oggetto di numerose critiche, che si basano soprattutto sulla loro lentezza e sulla complessità del sistema. Il suo costo, così come la sua facilità di accesso, rende il suo accesso indistinguibile a tutti, il che non significa necessariamente un'adeguata previsione giurisdizionale, tanto meno la soddisfacente realizzazione dei valori costituzionali. Questo testo mira a discutere l'uso dell'arbitrato come tecnica per la risoluzione delle controversie nei settori economici regolamentati, insieme alle decisioni emesse da agenzie di regolamentazione e alle decisioni giudiziarie. Le agenzie di regolamentazione in Brasile, soprattutto dopo il fenomeno delle privatizzazioni, godono di un'importanza crescente, fungendo da agenzia per la protezione dei consumatori, l'attuazione delle politiche pubbliche settoriali e la supervisione e l'induzione dell'ambiente economico regolamentato. Di conseguenza, le sue competenze si moltiplicano con la crescita del settore regolamentato. Una delle principali attribuzioni delle agenzie di regolamentazione è quella di arbitrare i conflitti che insorgono tra il Potere Pubblico e le società concessionarie e tra queste nonché tra concessionari e consumatori, mirando a prendere decisioni più rapide e specializzate, soprattutto nei conflitti tecnici di alto grado di complessità che difficilmente sarebbe risolto con soddisfazione della magistratura. Tali decisioni godono di una legittimità ancora

maggiore, in quanto sono emanate all'interno dell'ordinamento giuridico di settore, in un ambiente sicuro noto alle parti.

Il ricorso all'arbitrato da parte del Governo, come previsto dalla Legge 9.307/96, è stato oggetto di severe obiezioni, fondate soprattutto sull'indisponibilità dell'interesse pubblico. Questo perché i due istituti – arbitrato nell'ambito delle agenzie regolatorie ed ex vi della L. 9.307/96 – pur avendo la stessa nomenclatura giuridica, sono sostanzialmente differenti; mentre la prima è una decisione amministrativa, non esecutiva e suscettibile di essere giudicata, la seconda costituisce titolo esecutivo e produce gli stessi effetti della sentenza emessa dalla Magistratura. L'interesse pubblico indisponibile è quell'interesse primario, non distinguendosi dall'interesse pubblico secondario, ovvero dall'interesse dell'Amministrazione. È insindacabile la volontà del Potere Pubblico di vedere risolti i propri conflitti in modo rapido e specializzato, con una maggiore probabilità di una decisione giusta e legittima, a fronte di un processo lungo, lungo e costoso da parte della Magistratura e con maggiore probabilità di concludere con una decisione che non conviene alle parti. In tal senso, la Legge 13.129 del 26 maggio 2015 cerca di risolvere tale contenzioso, affermando testualmente che la Pubblica Amministrazione può avvalersi dell'arbitrato per dirimere i conflitti relativi ai diritti patrimoniali disponibili.

Si osserva che, nell'ambito delle agenzie di regolamentazione, sono previsti due arbitrati, quello emesso dall'agenzia stessa, che costituisce una decisione amministrativa, nonché quello sottoposto a un tribunale o camera arbitrale, con modalità di Legge 9.307/96, la cui decisione avrà gli stessi effetti di quelle emesse dalla Magistratura e, in caso di condanna, costituirà titolo esecutivo. Possiamo osservare punti in comune con il Brasile, poiché segue la tecnica europea per definire le questioni che possono essere risolte da ANATEL. Pertanto, l'arbitrato deve trattare le controversie relative al riconoscimento o all'attribuzione di diritti tra le parti, e l'arbitrato, del “conflitto di interessi tra operatori di telecomunicazioni. Si tratta di una forma valida, in quanto non vi è il rischio che un caso particolare richieda l'intervento dell'agenzia e ciò non può verificarsi perché la controversia non rientra nell'elenco esaustivo delle ipotesi. possibile osservare anche punti negativi. Il principale è la possibilità di deviazione dello scopo nelle prestazioni dell'agenzia. Una controversia che non affronta adeguatamente la questione soggetta a regolamentazione da parte dell'agenzia potrebbe dover essere risolta dall'agenzia. Se un operatore di TV via cavo espone indebitamente, nella sua pubblicità, il marchio di un operatore SMP, vi è, quindi, un conflitto di interessi che, in teoria, può essere portato dinanzi all'agenzia. Pertanto, è molto improbabile che un conflitto come questo danneggi la concorrenza tra le parti al punto che l'Agenzia debba intervenire.

Pertanto, il modo migliore per prevedere le prestazioni dell'Agenzia sembra essere l'elenco analitico delle ipotesi. È importante, però, anche lasciare che l'agenzia decida a propria discrezione se agire o meno in ogni altro caso non contemplato nell'elenco delle ipotesi, ma che potrebbe essere potenzialmente dannoso per una concorrenza ampia e leale. L'arbitrato in ANATEL è sempre a discrezione delle parti, le quali, prima di richiedere l'intervento dell'agenzia, devono raggiungere un consenso su di esso. La regolamentazione della procedura in Inghilterra (Europa) non porta questa esigenza.

Nel Regolamento Interno di ANATEL è richiesto il consenso sia per l'avvio dell'arbitrato da parte dell'Agenzia sia per l'inizio della mediazione. Ha senso, come è stato dimostrato, richiedere il consenso delle parti affinché l'Agenzia possa mediare. Nell'arbitrato, invece, pretendere il consenso delle parti può significare la necessità inequivocabile per la società richiedente di rivolgersi alla Magistratura, vanificando la possibilità di una decisione rapida e fondata sul conflitto.

RIFERIMENTI

1. , MárcioIorio, Manuale di diritto regolamentare. 3d. Londra: Laccademia Publishing, 2015.
2. BIENBOJN, Gustavo. L'arbitrato in ambienti regolamentati e il suo rapporto con le competenze degli enti regolatori. In MORAES, Carlos Eduardo Guerra, RIBEIRO, Ricardo Lodi. Diritto pubblico Uerj. Vol 8. Rio de Janeiro. Freitas Batos, 2015.
3. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitrato e processo: un commento alla legge 9,307/96. 3d. San Paolo: Atlante, 2009.
4. CARREAU, Domenico. BICHARA, Jahyr-Philippe. Diritto internazionale. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.
5. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manuale di diritto amministrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
6. DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria generale dei diritti fondamentali. San Paolo: Giornale dei tribunali, 2006.
7. DOLINGER, Giacobbe. Conciliazione e arbitrato nel diritto ebraico, apud AYOUB, Luiz Roberto. Arbitrato: accesso alla giustizia ed efficacia del processo – una nuova proposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
8. FIGUEIREDO, Marcelo. Le agenzie di regolamentazione: lo stato democratico del diritto in Brasile e la sua attività normativa. San Paolo: Malheiros, 2005.

9. GRAU, Eros Roberto. Arbitrato e contratto amministrativo. Disponibile all'indirizzo:< http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=20533> . Accesso il: 10 apr. 2016
10. JUSTEN FILHO, Marçal. Il diritto delle agenzie di regolamentazione indipendenti. San Paolo: Dialettica, 2002.
11. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Corso di diritto internazionale pubblico. Vol.II, 15 ed. Rio de Janeiro: Renovare, 2004.
12. MORAES, Germana de Oliveira. Controllo giurisdizionale della Pubblica Amministrazione. 2a ed. San Paolo: Dialettica, 2004.