



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito

RAQUEL JOYCE ARAUJO DA SILVA SALGADO

**A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES: ENTRE
A REGULAÇÃO E A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS**

BRASÍLIA

2019

RAQUEL JOYCE ARAUJO DA SILVA SALGADO

**A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ENTRE:
A REGULAÇÃO E A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na linha de Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^a. Dr^a Alice Rocha da Silva

BRASÍLIA

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Raquel Joyce Araujo da Silva Salgado

Título: A Agência Nacional de Telecomunicações: entre a regulação e a composição de conflitos

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, na linha de Direito Constitucional.

Brasília/DF, 10 de outubro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a Alice Rocha da Silva
Orientadora

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Examinador Externo

A Deus, pois sem seu amor, sua misericórdia e sua graça, não teria condições para finalizar, mais uma etapa na minha vida. À minha Família, que eu amo e agradeço por tudo que hoje sou.

AGRADECIMENTO

Sou uma pessoa de poucas palavras.

Mas nesse momento de agradecimentos, muitas palavras de gratidão me ressoam no pensamento. Grata, acima de tudo, a Deus pela vida e saúde de cada dia, pelos desafios que me impõe e que me permitem me aprimorar como ser humano. Grata a minha família, por estar junto comigo nessa linda jornada que é a vida. A minha mãe, dedico palavras especiais não apenas de carinho, mas de honra. Sua história de vida e eterna superação é a fonte orientadora dos meus pensamentos em busca de uma vida justa para mim e para os que ao meu redor estão. Ao meu padrasto, por seu grande carinho com todos nós, alimentando-nos não apenas com deliciosos manjares de Minas, mas principalmente nutrindo-nos com afeto. Ao meu irmão, pelas profundas conversas sobre a existência e por ser uma inspiração jurídica. A minha cunhada e sobrinho, que agregam alegria constantes aos nossos dias. Ao meu pai, *in memoriam*, por todo amor a mim concedido em vida.

Agradecimentos aos amigos também são muitos, mas não irei nomeá-los um a um. Cada amigo teve sua participação especial, seja por proporcionar maiores reflexões sobre o tema, o que coube aos de formação jurídica, seja pelo socorro nos momentos de extremo cansaço mental, proporcionando-me diversão, ou seja por simplesmente demonstrarem um carinho genuíno por mim, entendendo minha ausência e se preocupando em enviar um “Oi, estou torcendo por você”.

Ao time de jornada diária da Anatel, que ao longo do mestrado, me ajudou a exercer minhas atividades funcionais juntamente com o trabalho acadêmico, verdadeiros motivadores para que eu não me deixasse vencer pelo cansaço.

Aos professores de ontem, de hoje e de amanhã, o meu agradecimento é pouco para demonstrar a importância na minha formação pessoal e profissional. Em especial, à Professora Dra. Alice Rocha da Silva, cuja orientação foi fundamental para a finalização desse trabalho.

A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça.
(Aristóteles)

RESUMO

O presente estudo avalia a possibilidade de atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996), analisando os aspectos conceituais e funcionais previstos na referida lei. O setor de telecomunicações desenvolve-se sob uma cadeia complexa, tanto nos aspectos técnicos da operação das redes, quanto na teia de relações jurídicas que o compreende. De fato, considerando os limites definidos pela regulação, os prestadores de serviço de telecomunicação celebram contratos entre si e com os consumidores do serviço; sobre tais contratos, o ordenamento jurídico confere poderes à Anatel para compor administrativamente conflitos deles decorrentes. O processo de composição de conflitos, atualmente sob tutela da Anatel, tem natureza jurídica de processo administrativo e assim segue a tramitação segundo as regras procedimentais estabelecidas na Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999) e no Regimento Interno da Agência. Esse trabalho pretende demonstrar que a Anatel pode atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem, mesmo sem expressa previsão legal, apontando a compatibilidade dessa atuação com o ordenamento jurídico vigente e a maneira que ela pode ser realizada, bem como demonstrar que essa atuação na resolução de conflitos, nos termos da Lei de Arbitragem, contribui para a persecução da pacificação social dentro de uma sociedade cada vez mais complexa.

Palavras chaves: arbitragem, órgão regulador, Anatel, árbitro.

ABSTRACT

The present study evaluates the possibility of acting by the National Telecommunications Agency (Anatel) in the resolution of conflicts under the Arbitration Law (Law No. 9,307, September 23, 1996), analyzing the conceptual and functional aspects provided for in the referred law. The telecommunications sector develops under a complex chain both in the technical aspects of the operation of the networks, as in the web of legal relations that comprises it. In fact, considering the limits defined by the regulation, telecommunication service providers enter into contracts with each other and also with consumers of the service. On such contracts, the legal system empowers Anatel to administratively compose conflicts arising from them. The process of composition of conflicts, currently under Anatel's tutelage, is legal in nature as an administrative proceeding and thus follows the procedure according to the procedural rules established by the Law on Administrative Proceeding (Law No. 9,784 of January 29, 1999) and the Rules of Procedure. Agency Internal. This paper aims to demonstrate that Anatel can act in conflict resolution under the Arbitration Law, even without express legal provision, pointing out the compatibility of this action with the current legal system and the extent to which this action can be performed by the Agency, as well as demonstrating that Anatel's role in conflict resolution under the Arbitration Law contributes to the pursuit of social pacification within an increasingly complex society.

Keywords: arbitration, regulator, Anatel, arbitrator.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO.....	25
1.1. Histórico da arbitragem no Brasil.....	26
1.2. O atual regramento jurídico da arbitragem no Brasil.....	36
1.3. A utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública.....	50
CAPÍTULO II - A LEGALIDADE DA ATUAÇÃO ARBITRAL DA ANATEL	55
2.1. A previsão legal da atuação da Anatel na resolução de conflitos	56
2.2. A leitura do princípio da legalidade no contexto contemporâneo permite à Anatel atuar na composição de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem.....	67
CAPITULO III – O CENTRO DE ARBITRAGEM DA ANATEL.....	79
3.1. A instituição do centro de arbitragem da Anatel	82
3.2. Cobrança pelos serviços prestados na arbitragem.	89
3.3. A apresentação de Corpo Permanente de Árbitros pelo centro de arbitragem da Anatel.....	95
CAPÍTULO IV – A RELAÇÃO DO ÁRBITRO COM A ANATEL.....	99
4.1. A caracterização jurídica do desempenho da função de árbitro	101
4.1.1. Teoria contratual ou privatista	102
4.1.2. Teoria publicista ou processualista	104
4.1.3. Teoria mista (contratual-publicista)	107
4.1.4. Teoria autônoma	108
4.2. As características daquele que pode ocupar a função de árbitro.....	109
4.3. O relacionamento da Anatel com o árbitro.....	123
4.4. Os benefícios de um Corpo Permanente de Árbitros no centro de arbitragem da Anatel.....	128
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

O tema desta tese é a possibilidade de atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) na resolução de conflitos nos termos da Lei n. 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem), analisando os aspectos conceituais e funcionais previstos na referida lei, mesmo sem uma expressa previsão legal, apontando a compatibilidade dessa atuação com o ordenamento jurídico vigente. Essa atuação pode contribuir para a persecução de um ambiente que promova respostas mais céleres aos conflitos de interesse que ocorrerem no setor de telecomunicações.

O conflito é inerente à existência da sociedade, nele há a demonstração ou confrontação de posições naturalmente diferentes. O conflito de interesses surge das diferenças econômicas, sociais, étnicas, religiosas, filosóficas e políticas, destacando o antagonismo e posições divergentes conforme a defesa de interesses próprios de cada parte.

O conflito de interesses é resolvido por técnicas de composição adversarial (heterocomposição) ou não adversarial (autocomposição). Nas técnicas de composição não adversariais ou autocompositivos, as próprias partes, entre elas ou com a mera colaboração de terceiro(s), encontram a solução. Isso ocorre, via de regra, na transação, na conciliação e na mediação. Nas técnicas de composição adversariais ou heterocompositivos, as partes terceirizam a solução do conflito e o terceiro imparcial julga aplicando o direito ou a equidade no caso concreto, via de regra, a jurisdição estatal e a arbitragem¹.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco², apontam que, nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 26.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 27.

e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria de, com sua própria força e na medida dela, conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Mas aos poucos os indivíduos foram percebendo os males desse sistema e começaram a preferir uma solução amigável e imparcial por meio de árbitros, pessoas de confiança mútua que as partes escolhiam para resolver o conflito. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes ou aos anciãos.

Segundo Figueira Júnior³, o instituto jurídico da arbitragem constitui-se, por certo, num dos mais antigos que se tem notícia na história do direito. Com relação à jurisdição ou justiça privada, se tem notícia que já existia na Babilônia de 3.000 anos A. C., na Grécia Antiga e em Roma.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁴ relatam que, à medida que o Estado foi se afirmando e conseguindo se impor contra a invasão da indiscriminada liberdade dos particulares, nasceu também a tendência em absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, apontando a origem histórica no direito romano⁵.

³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.23/24.

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 28.

⁵ Na perspectiva histórica, os romanos conheceram, sucessivamente, três sistemas de processo civil: a) o das *legis actiones* (ações da lei), utilizado no período arcaico; b) o *per formulas* (formulário), empregado no período clássico; e c) o sistema da *cognitio extra ordinem* (extraordinário), no pós-clássico e justiniano. O processo civil romano foi marcado pela progressiva penetração do elemento publicístico na esfera dos interesses privados, com a sequência das *legis actiones* ao processo *agere per formulas* até à efetiva publicização com o *cognitio extra ordinem*, quando o Estado assumiu o encargo jurisdicional de forma exclusiva. Antonio Santos Justos (*Direito Privado Romano I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, *Studia Iuridica* 50. Coimbra: Coimbra, 2003, pg. 391) descreve que foi a partir do *cognitio extra ordinem* que surge o posicionamento do Estado chamando para si a tarefa de proteger o direito e defender a paz e, em consequência, o novo processo assumiu uma dimensão pública que contrasta com o carácter privado do velho processo das fórmulas: de privada, a justiça tornou-se pública. Esclarece esse autor que

Apontam esses autores que o caminho histórico observado foi a evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impondo-se sobre os particulares, independentemente da voluntária submissão dos conflitos ao Estado, impondo-lhes autoritariamente uma solução para o conflito de interesses⁶. Daí, surge a tendência de conferir ao Estado o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas, constituindo-se inclusive como uma das vertentes de expressão do poder estatal a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Assim, por um longo período da história, o Estado foi concebido como detentor de monopólio da administração da justiça entre as pessoas.

Com efeito, a sociedade atual está em completa mutação e demanda novos meios de organização social e institucional, os quais têm desafiado o desenvolvimento de novas abordagens para a solução dos conflitos dentro dessa sociedade em mutação.

Mauro Cappelletti⁷ descreve que o movimento de acesso à Justiça deve procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem

inicialmente o Estado indicava preceitos a serem avaliados no caso concreto, seria um processo de fórmulas que se desenvolvia em dois momentos: primeiro, na presença do pretor (ou magistrado) que declarava o direito (*ius dicere*); depois, perante um árbitro (ou *judex*) escolhido, em regra, pelas partes, que proferia a sentença depois da atividade probatória (*apud judicem*). Nesse momento, cabia as partes irem ao pretor, pois se repudiava a intervenção sem que houvesse a vontade do interessado. Contudo, com o fortalecimento do Estado surge um novo processo em que a administração da justiça é confiada ao Imperador ou os seus funcionários a quem delega, que apreciam e resolvem determinados litígios, com isso a *cognitio extra ordinem* se expandiu até substituir o velho processo das fórmulas. Completou-se então um círculo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impondo-se sobre os particulares, independentemente da voluntária submissão dos conflitos ao Estado, impondo-lhes autoritariamente uma solução para o conflito de interesses (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 29).

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 29.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, in Revista de Processo, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994, pp. 82/97.

inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas. Aponta o autor que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Esclarece que métodos como conciliação arbitragem e mediação sempre foram métodos importantes na solução de conflitos, mas que as sociedades modernas encontram uma nova razão na utilização dessas alternativas.

Para esse autor, as novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, isto é, o fato do processo judicial dever ser acessível a segmentos cada vez maiores da população, ou teoricamente, a toda a população. Esse é por ele denominado de “terceira onda” no movimento de acesso à justiça. E citando Richard L. Abel apresenta as questões árduas e dificuldades a serem encaradas:

(1) quais as melhores espécies de instituições a promover a arbitragem, mediação, conciliação e naturalmente uma fileira de procedimentos simplificados, assim como juizados de pequenas causas?

(2) quais as melhores espécies de pessoas para trabalhar em tais instituições? (leigos ou pessoas envolvidas e pessoalmente familiarizadas com o mesmo tipo de interesses e problemas das partes)?

(3) quais os padrões de garantia mínimos a serem mantidos nessas espécies alternativas de órgãos julgadores e procedimentos?

Boaventura de Sousa Santos⁸ descreve que a “Administração da justiça nos países capitalistas avançados inicia os anos 80 sob o signo de uma crise do sistema judicial que se julga profunda e com preocupantes repercussões sobre o conjunto da

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%2C%20Os%20metodos%20alternativos.pdf. Acesso em maio de 2019.

⁸ SANTOS. Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. Disponível: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/O_direito_e_a_comunidade_RCCS10.PDF.

Acesso em julho de 2019.

atividade estatal.” Indica que a crise se manifesta pela crescente incapacidade (em termos de falta de recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais) do sistema judicial para responder ao aumento da procura dos seus serviços.

Esse autor aponta que “em face desta situação e da crescente preocupação reconheceu-se que a superação da crise só será possível por meio de reformas profundas do sistema judicial, isto é, de reformas que envolvem alterações qualitativas dos seus modos atuais de funcionamento”. As reformas propostas foram de dois tipos. O primeiro tipo propõe transformações profundas na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com múltiplas e sofisticadas inovações técnicas que vão da automatização dos ficheiros e arquivos e do processamento automático dos dados, ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, às técnicas de planeamento e previsão de longo prazo e à elaboração de módulos e de cadeias de decisão que tornem possível a rotinização. Segundo o autor, este primeiro tipo de reforma parece apontar para o que se pode designar por administração tecnocrática da justiça.

O segundo tipo de reforma caracteriza-se pela elaboração de alternativas ao modelo centralizador, formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça sobretudo nos últimos duzentos anos. Esclarece o autor que estas alternativas, várias e genericamente designadas por ‘informalização da justiça’, ‘deslegalização’, ‘justiça comunitária’, ‘resolução de conflitos’ e ‘processamento de litígios’, consistem, em geral, na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados que substituam ou complementem, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem, em geral, mas rápida, mais barata e mais acessível.

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino⁹ relata que o processo de expansão do Poder Judiciário foi sentido tardiamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocasião em que a sociedade brasileira passou a vivenciar gradativamente uma ampliação do acesso à justiça e um aumento

⁹ AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. Considerações sobre a Resolução CNJ 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesse? Série Monografias do CEJ.2017. p.105

expressivo da litigiosidade, esse decorrente do ajuizamento de inúmeras ações judiciais.

Almir Garcia Fernandes e Florença Drummond Borges¹⁰ indicam que, apesar de indiscutível a importância jurisdicional, é necessário constatar que com a judicialização, toda e qualquer demanda é processada e julgada pelo Judiciário; o que causa impacto na eficiência desse Poder, uma vez que haja aí uma sobrecarga de trabalho. Relatam que há uma tendência brasileira em acreditar que só é possível a solução de litígios por meio judicial, o que, sem dúvida, é errôneo, pois o Estado não pode ser atuante em todo e qualquer litígio; somente podendo ser atuante, desde que seja provocado.

Concretamente, vislumbra-se uma forte atuação política no sentido de incluir no seio da sociedade brasileira a utilização de formas alternativas de acesso à solução de conflitos, mas detidamente em 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) institui, por meio da Resolução n. 125/2010, a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário”, visando solucionar os problemas de congestionamento e morosidade da justiça brasileira. Essa política iniciou a ampliação dos mecanismos para obtenção de solução consensual de controvérsias, notadamente aquelas confiadas à autoridade judicial e aos seus auxiliares¹¹.

¹⁰ FERNANDES, Almir Garcia e BORGES, Florença Drummond. A arbitragem internacional privada como método de resolução de disputas comerciais. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81_21_n.20.01_2.pdf. Acesso em julho de 2019.

¹¹ A política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ n. 125/2010. Por intermédio dela foi instituída uma política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, de observância obrigatória por todos os órgãos do Judiciário nacional. O que era facultativo, em termos de organização e oferta de serviços de conciliação, passou a ser obrigatório. Mais do que isto, os serviços ofertados teriam que ter qualidade, com sua prestação por pessoas capacitadas, treinadas e aperfeiçoadas constantemente. Previu que os serviços deveriam ser prestados em um Centro de Solução de Conflitos e de Cidadania (Cejusc) todos os dias e em caráter permanente e não de modo episódico,

Das mudanças propostas por essa política observa-se o ensaio para a configuração de uma nova arquitetura para a resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, perseguindo a construção de uma nova visão sobre a tutela dos direitos.

Embora explicitamente um dos objetivos de abertura de novas formas de compor os conflitos, fomentada pela referida política, seja efetivar a razoável duração do processo ou mesmo desafogar o Poder Judiciário, o incentivo a outras formas de solução de conflito também embute no seu seio a ideia de que cada tipo de conflito deve ser tratado segundo suas peculiaridades. Assim, ao invés de se ter apenas uma única porta – que corresponderia à jurisdição tradicional, prestada pelo Poder Judiciário – embrionariamente surge um modelo que aceita outras possibilidades, todas em igualdade de importância.

A referida política considera que a resolução de conflitos por meio de instrumentos que evocam a atuação das partes, para além da esfera judicial, é um importante ferramental de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser os atores principais da construção da decisão jurídica que regula as suas relações.

Ocorre que o modelo proposto se estruturava na ideia do monopólio da jurisdição ou por uma espécie similar que traz para o âmbito do judiciário uma nova atividade de trabalho, a qual é relacionada a solução do conflito pré-processual que deveria fazer parte de uma política pública geral, não restrita a um poder republicano.

Assim, na sequência, o ordenamento jurídico brasileiro passou por transformações no campo processual que ensejaram a incorporação, em seus

em algumas sessões periódicas. Estabeleceu o critério de centralização dos serviços de conciliação para assegurar a permanência e o aperfeiçoamento constante dos serviços ofertados. Além da resolução dos conflitos, um outro serviço a ser ofertado pelo Cejusc, por meio do seu Setor de Cidadania, foi o de orientação e informação dos jurisdicionados em suas dúvidas e problemas jurídicos e não, necessariamente, em situação de conflito, permitindo a orientação da população diante da multiplicidade e complexidade cada vez maior do ordenamento jurídico. Nessa concepção, buscava-se ofertar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, e não apenas o acesso aos órgãos judiciários.

fundamentos, da orientação de que toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos busque o estímulo à sua persecução da forma mais adequada.

Com essa convicção de que o Brasil necessitava de instrumentos mais ágeis para solução de conflitos, especialmente no âmbito da Administração Pública, foram realizadas alterações legislativas prevendo o fomento para a utilização de instrumentos alternativos ao Poder Judiciário para a solução de conflitos. Dentre elas destacam-se as previsões postas no Novo Código de Processo Civil, a aprovação da Lei de Mediação e a alteração na Lei de Arbitragem.

O Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015¹², no seu art. 3º, §3º, determina que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Nesse propósito a lei dedicou uma seção para tratar da conciliação e mediação judicial, art. 165 e seguintes, descrevendo que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Mas a referida lei foi além dos tradicionais atores previstos na atuação da solução dos conflitos, determinou no seu art. 174 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Essas câmaras serão responsáveis por dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de

¹² Nos dizeres do Ministro LUIZ FUX, em mensagem quando do envio do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ao Senado Federal: “Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro Diritto*”. Nesse sentido, v. também a Exposição de Motivos do Anteprojeto, em especial: “Em suma, para a elaboração do Novo CPC. Identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”

conflitos, por meio de conciliação e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Já o art. 175 da referida lei deixa claro a possibilidade do estabelecimento de procedimento de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas aos órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, o qual deve ser regulamentado por lei específica.

Até então não existia, no ordenamento brasileiro, uma legislação específica para o procedimento de mediação, foi a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que pela primeira vez trouxe os contornos legais desse procedimento. Dois aspectos importantes foram tratados por essa lei.

O primeiro diz respeito ao estabelecimento de regras gerais sobre a mediação, seguindo-se da descrição dos elementos caracterizadores da mediação extrajudicial e da judicial. Cabe destacar que a mediação não encontrava óbice legal para seu exercício anteriormente, mas com a lei estabeleceu-se juridicamente o reconhecimento de sua validade como título executivo, quando as partes chegam por si ao acordo que põe fim a situação conflituosa.

O segundo aspecto traz disciplina para a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Nesse ponto, a lei determina como deve se dar o procedimento de autocomposição de conflitos entre pessoas de direito público e entre as pessoas de direito público com particulares. Normativa também, de maneira mais específica, o procedimento que deve ser adotado no âmbito da Administração Pública Federal.

A Lei de Mediação também apresentou conceitualmente a possibilidade de que a Administração Pública atue na mediação de conflitos entre ela e particulares, ao prever a possibilidade de que os órgãos e entidades da Administração criem câmaras para a resolução dos conflitos que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas, conforme art. 43.

Com relação à arbitragem, certamente, essa já tinha alcançado grande avanço com a aprovação da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2001.

Contudo, grandes foram os questionamentos de sua utilização pela Administração Pública.

Para sanar as dúvidas com relação a possibilidade da Administração Pública valer-se da arbitragem para solucionar conflitos, foi promulgada a Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, na qual foi incluído dispositivo que expressamente prevê a possibilidade da Administração Pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Diante dessas alterações, legal e explicitamente foi prevista a possibilidade da utilização, pela Administração Pública, da mediação e da arbitragem, alternativamente ao Poder Judiciário, para a solução de conflitos dos quais faz parte.

Fato é que, nos instrumentos acima listados, expressamente está previsto um conjunto de regramentos a serem utilizados no caso da Administração Pública configurar-se como parte em um dos polos da relação conflituosa.

Contudo, parece não ter ganho tanto espaço a discussão sobre a situação em que a Administração Pública possa figurar-se como o terceiro que irá participar da solução do conflito na condição de mediador ou árbitro. Ou seja, para atuação da Administração Pública na solução dos conflitos jurídicos, nos termos da Lei de Mediação e da Lei de Arbitragem, não há o estabelecimento de um conjunto de regras específicas.

Como já apontado, o art. 43 da Lei de Mediação possibilitou que os órgãos e entidades da Administração Pública criem câmaras para a resolução de conflitos entre particulares que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. A autorização permite explicitamente a criação de uma câmara de mediação por órgão da Administração Pública, sem tecer maiores considerações sobre limites dessa atuação.

Cabe aqui destacar que no processo de mediação o terceiro atua como auxiliador nada impondo às partes, pois o êxito está totalmente vinculado à anuência delas, em comum acordo, para findar com a situação em litígio. Nesse sentido, a participação da Administração Pública na função de mediadora, à princípio, não

evoca grandes questionamentos jurídicos, visto que as suas ações são meramente de auxílio, não há efeitos jurídicos diretos sobre o direito das partes, porquanto na mediação a alteração da situação jurídica ocorre tão somente pela composição autônoma das partes.

Quando a iniciativa privada explora essa atividade de centros de composição de conflitos, de um modo geral, é criada uma câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem, isto é, uma estrutura que possibilita que as partes conflitantes possam escolher o meio mais adequado para a solução da lide posta.

Daí indaga-se, caso um órgão da Administração Pública pretenda efetivar o previsto no art. 43 da Lei de Mediação, poderia ele incluir além da mediação o fornecimento da atividade de arbitragem?

Chama-se a atenção para o fato da Lei de Arbitragem não trazer vedação com relação a pessoa que pode exercer a função de árbitro, afirmando poder ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes¹³. Também não há nenhum direcionamento direto para que a Administração Pública atue no exercício da prestação do serviço de arbitragem à sociedade.

Isto posto, parece estar passando ao largo que o Poder Executivo possa exercer atividades de composição de conflitos para além da atuação principiológicamente administrativa, isto é, atuar também em processos arbitrais nos termos da Lei de Arbitragem.

Assim, considerando ser importante o estabelecimento de procedimento célere e efetivo na resolução de conflitos entre os entes regulados, propõe-se a avaliação da possibilidade da consecução da atividade de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 1996, pela Administração Pública, mas especificamente por uma Agência Reguladora.

Adota-se a delimitação do estudo à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A Anatel é prevista constitucionalmente, sendo pessoa jurídica de direito público interno, integrante da Administração Pública indireta, responsável pela

regulação do setor de telecomunicações nos termos da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

A escolha dessa Agência decorre da avaliação de que o setor de telecomunicações atualmente apresenta uma pulverização de relações jurídicas no seio da sociedade, seja pelo quantitativo de consumidores de serviço de telecomunicações, seja pelas relações atacadistas entre as empresas do setor, seja pelas relações entre as empresas de telecomunicações e outros agentes econômicos que precisam das redes para explorar a sua atividade.

Dessa transversalidade do setor de telecomunicações, verifica-se que há duas características fundamentais dentro da Quarta Revolução Industrial¹⁴. A

¹⁴ Aqui adota-se a ideia de Klaus Schwab que estamos em direção ao fenômeno da Quarta Revolução Industrial. A complexidade desse fenômeno em suas palavras “Ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico.” *E aponta o autor que* Múltiplas fontes de ruptura causam diferentes formas de impactos nos negócios. Do lado da oferta, muitas indústrias estão vendo a introdução de novas tecnologias que criam formas inteiramente novas de servir às necessidades efetivas e causar grandes rupturas nas cadeias de valor existentes. Há muitos exemplos.” E um dos exemplos dados é o setor de telecomunicações “As rupturas também serão geradas por competidores ágeis e inovadores que, acessando as plataformas digitais globais para pesquisa, desenvolvimento, marketing, vendas e distribuição, poderão ultrapassar os operadores históricos bem estabelecidos com uma velocidade jamais vista, melhorando a qualidade, a velocidade ou o preço da entrega de valor. Esta é a razão por que muitos líderes comerciais consideram que sua maior ameaça são os concorrentes que ainda não são considerados como tal. Seria um erro, no entanto, imaginar que a ruptura competitiva virá apenas das startups. A digitalização permite também que os grandes operadores históricos cruzem as barreiras da indústria, aproveitando a sua base de clientes, a infraestrutura ou a tecnologia que já possuem. A transferência das empresas de telecomunicações para os segmentos de cuidados de saúde e automotivos são exemplos disso.” (SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p.7, 25 e 26)”

primeira é o papel crucial nesse ecossistema que as telecomunicações possuem, já que as redes de telecomunicações são o meio utilizado para a ampla circulação de dados. O segundo é que as empresas desse setor possuem a capacidade de atuar em vários trechos do provimento de serviços de tecnologia da informação adicionalmente à prestação do serviço de telecomunicações em si.

Quanto à segunda característica, somente a título de exemplo, pode-se citar: serviços de garantia de qualidade fim-a-fim; serviços de nuvem; atuação próxima ao usuário por meio da presença local; segurança da informação; marketing direcionado; hospedagem de conteúdo; agregação de valor de negócio a produtos por meio da aplicação de análise de dados dentre muitos outros.

Considera-se que o órgão regulador tem como a principal função elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os prestadores de determinado serviço. Na persecução de tal objetivo, a normatividade regulatória fixa padrões de comportamentos para os agentes econômicos e parâmetros de fiscalização para a Administração. Constatase que os padrões de comportamento estabelecidos pelos regulamentos não alcançam apenas o comportamento do agente perante a Administração Pública, mas estabelece direitos e obrigações entre os agentes privados.

Assim, por características intrínsecas da cadeia produtiva do setor de telecomunicações, há o estabelecimento de uma complexa teia de relacionamento entre os agentes que exploram essa atividade, o que evoca o entrelaçamento de múltiplas relações jurídicas, as quais a normatividade impõe alguns condicionamentos. Diante dessa realidade, o art. 19, inciso XVII, da Lei n. 9.472, de 1997, estabelece como competência da Anatel a composição administrativa de conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações.

Ocorre que os referidos condicionamentos administrativos não alcançam a integralidade das relações, isto é, há um espaço para a atuação da autonomia das partes nos vínculos estabelecidos que geram direitos e obrigações de cunho patrimoniais disponíveis.

Assim, considerando que para o bom funcionamento do setor de telecomunicações é preciso que haja procedimento claro, célere e objetivo na resolução de conflitos, de modo que a atuação do Estado garanta a eficiência da prestação do serviço e a concorrência no próprio setor regulado e daqueles mercados que dele são dependentes, o estabelecimento de uma estrutura que possibilite um procedimento mais célere na resolução dos conflitos entre os regulados, com a participação do órgão regulador, apresenta-se como elemento relevante de estudo.

Visto que o atual panorama brasileiro converge para uma mudança paradigmática na forma de solucionar embates, pretende-se avaliar nessa pesquisa em que medida a Anatel pode atuar na resolução de conflitos com base na Lei n. 9.307, de 1996.

Cabe esclarecer que a pesquisa se limita ao estudo da Anatel participando de um processo de arbitragem na função de terceiro, que auxilia na resolução de conflito e não como uma das partes em dele.

Da sequência da exposição e do tema de investigação dessa pesquisa, determinada a sua finalidade e apontadas as razões que a motivam, é chegado o momento de indicar a sequência a que obedecerá o presente estudo.

Com efeito, parte-se de uma base mais alargada, ou seja, da contextualização histórica e contemporânea da arbitragem e da respectiva noção e aspectos que a caracterizam o processo arbitral. Seguindo a avaliação da legalidade sobre a possibilidade de atuação da Anatel na resolução de conflitos, nos termos da Lei n. 9.307, de 1996. Para ao final, avaliar a compatibilidade da atuação na resolução de conflitos, segundo os caracteres estabelecidos na Lei de Arbitragem, frente as prerrogativas/competências conferidas ao órgão regulador. Para tanto, o trabalho desenvolve-se em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, apresenta-se a contextualização histórica da arbitragem no Brasil, para na sequência descrever os principais aspectos da estrutura da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. De posse desses elementos, parte-se

para a avaliação sobre o instituto da arbitragem na perspectiva da Administração Pública.

No segundo capítulo, avalia-se a natureza do processo de resolução de conflitos estabelecido na Lei Geral de Telecomunicações e a aderência do atual processo desenvolvido pela Anatel ao procedimento de arbitragem previsto em lei. Na sequência, analisa-se em que medida a ausência de previsão expressa na Lei de Arbitragem, dispondo sobre a atuação da Administração Pública na solução da controvérsia no procedimento de arbitragem, deveria ser considerada como fator limitante para que a Anatel crie um centro com essa finalidade.

No terceiro capítulo, adentra-se nas especificidades sobre o órgão arbitral institucional ou entidade especializada, segundo as disposições da Lei de Arbitragem. A partir dos pressupostos legais para a atuação órgão arbitral institucional ou entidade especializada, pretende-se avaliar em que medida a Anatel pode estabelecer um centro de arbitragem.

No quarto capítulo, a análise é feita sobre quem poderia habilitar-se como árbitro vinculado a um centro de arbitragem instituído pela Anatel e sobre os benefícios do fornecimento da lista de árbitros pela Agência.

A metodologia científica empregada no desenvolvimento deste trabalho é o método hipotético-dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica na literatura especializada sobre o assunto inserta em livros, periódicos, revistas jurídicas, internet, bem como análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei n. 9.307, 26 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), define o atual regime arbitral no Brasil que se configura como o estabelecimento de uma nova perspectiva de acesso à justiça que pode ser utilizada tanto pelas pessoas de direito privado, como pelas pessoas de direito público.

Enquanto a utilização da arbitragem pela Administração Pública para resolver os conflitos de que faz parte apresenta-se como um movimento crescente e atualmente tem evocado o debate de como deve ser operacionalizada, a participação da Administração Pública somente atuando na resolução de conflitos de terceiros, nos termos da Lei de Arbitragem, não se apresenta como assunto que levante grandes debates na atualidade.

Fato é que, no que toca as Agências Reguladoras, uma das competências a elas conferida é resolução de conflitos entre os regulados. No caso da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) essa previsão foi expressamente prevista na sua lei de criação.

Assim, da descrição dos fundamentos básicos da arbitragem nos termos da Lei n. 9.307, de 1996, se dará a avaliação sobre se o processo de resolução de conflitos estabelecido atualmente pela Anatel tem aderência ao procedimento de arbitragem previsto na referida lei.

Mas antes de adentrar nas características intrínsecas ao atual regime arbitral estabelecido no Brasil, para melhor compreensão dos avanços trazidos pela Lei n. 9.307, de 1996, isto é, compreensão dos caracteres inovadores trazidos por ela, cabe primeiramente a contextualização histórica referente à aplicação de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1. Histórico da Arbitragem no Brasil

A arbitragem no direito brasileiro remonta a época da colonização portuguesa, estava prevista no Livro III, Título XVI e XVII, sob a rubrica “Juízes Árbitros” e “Arbitradores”, das Ordenações Filipinas de 1603¹⁵. Na sequência, a Constituição Política do Império do Brasil do Império de 1824¹⁶ fazia referência expressa ao juízo arbitral no Título VI, do Poder Judicial, Capítulo Único, Dos Juízes e Tribunais de Justiça, permitindo que a resolução de divergências jurídicas civis, fosse decidida por árbitros nomeados pelas partes ¹⁷.

No Código Comercial de 1850 foi estabelecido o arbitramento obrigatório, no Título XV, Das Companhias e Sociedades Comerciais¹⁸. Em 1866, a Lei n. 1.350 revogou a arbitragem compulsória¹⁹. Em 1867, por meio do Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, foi regulada, de forma expressa, a cláusula arbitral, também se previu que a cláusula compromissória sobre litígios futuros só possuiria valor de

¹⁵ HERNANDES NETO, Antonio Marcos. Noções Gerais de Arbitragem Comercial Internacional e sua aplicação para a solução de conflitos em investimentos estrangeiros. In Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. _UniBrasil, n. 12. VI. 1. Curitiba, p. 278-288.

¹⁶ “Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionares as partes.”

¹⁷ CRETELLA NETO, José. Comentários à lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p.11.

¹⁸ Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

¹⁹ Art. 1º Fica derogado o Juízo Arbitral necessário, estabelecido pelo artigo vinte título único do Código Comercial.

§ 1º O Juízo Arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes.

§ 2º Podem as partes autorizar os seus árbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e formas de direito.

promessa, resolvendo-se em perdas e danos, tendo esse posicionamento jurídico doutrinário perdurado até a aprovação da Lei n. 9.307, de 1996²⁰.

O Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916)²¹ manteve a arbitragem voluntária, prevendo tão somente a figura do compromisso, não fazendo menção à cláusula arbitral.

No âmbito processual, após a Constituição de 1891, vários foram os estados da federação que adotaram regras específicas sobre juízo arbitral em seus Códigos de Processo Civil ²². Após esse período de descentralização da legislação processual, os Códigos de Processo Civil de 1939²³ e 1973²⁴ adotaram a arbitragem em sua forma facultativa de juízo arbitral.

Cabe destacar que a Constituição de 1946 foi a primeira a inserir no texto constitucional o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que no § 4º do artigo 141, previa: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Partindo deste princípio constitucional, foram suscitados vários questionamentos acerca da validade da arbitragem sob o argumento de que, ao se submeter a este instituto jurídico, as partes estariam renunciando ao Poder Judiciário. Contudo, nesta época os laudos arbitrais eram submetidos à

²⁰ AZEVEDO, André Gomma de. “A Arbitragem no Brasil após 5 anos da Lei n. 9.307/96: novos desafios para a sua plena eficácia. In Estudos em arbitragem, mediação e negociação. AZEVEDO, André Gomma de (org). Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p -113 e 114.

²¹ Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.

Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes.

²² CRETELLA NETO, José. Comentários à lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p.23.

²³ O Código de Processo Civil de 1939 deu uma maior atenção à arbitragem dedicando-se dezesseis artigos distribuídos em três Capítulos: Disposições Gerais; Do Andamento da Causa e do Julgamento; e Da Homologação. Porém, o referido diploma legal, manteve a obrigatoriedade da homologação do laudo arbitral por um juiz togado, conforme arts. 1041 e 1042.

²⁴ Com a entrada em vigor do Código Processual Civil de 1973, houve finalmente a previsão da cláusula compromissória, estabelecendo a harmonia no que se refere à arbitragem, entre o Código Civil. Contudo, manteve a exigência de homologação da sentença arbitral, conforme art. 1098.

homologação pelo Judiciário. Assim, tal argumento não prosperou, uma vez que era possível rever as decisões arbitrais quando de sua homologação, o que garantia a utilização da jurisdição estatal mesmo quando a arbitragem era empregada.

Cabe aqui o destaque da manifestação do Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 52.181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14 de novembro de 1973, conhecido como caso Lage²⁵, no qual a Suprema Corte reconheceu que a arbitragem seria um instituto consagrado no direito brasileiro, desde o período imperial, na forma do Decreto nº 3.900, de 26 de julho de 1867. Inclusive apontando que sempre teria prevalecido o entendimento de que seria aplicável nas relações contratuais, de natureza privada, em que fosse parte a Fazenda Pública. Assim, a Corte Suprema referendou o entendimento de que o tribunal arbitral seria uma criação contratual, de natureza consensual, nascida do compromisso entre as partes.

Ocorre que as limitações previstas, dentre elas a necessidade de corroboração do judiciário sobre as sentenças arbitrais, fizeram com que a arbitragem não fosse vista como um meio célere, seguro e confiável, tido então

²⁵ Por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, foi incorporado ao patrimônio nacional os bens e direitos das empresas da Organização Lage, em especial os acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos, tudo no interesse da defesa nacional e no contexto da Segunda Guerra Mundial. Não chegaram as partes a um consenso quanto ao valor da indenização a ser paga e, em função disso, foi editado o Decreto Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, que incumbiu a um juízo arbitral a fixação do quantum indenizatório. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e em 21 de janeiro de 1948, ao final do processamento do feito, por unanimidade, fixou a indenização em CR\$ 288.460.812,00. Ato seguinte, foi encaminhado projeto de lei à Câmara dos Deputados, solicitando a abertura de crédito especial para pagamento da indenização devida ao Espólio de Henrique Lage e ao Espólio de Renaud Lage. Mas mudando a orientação até então adotada, o Governo Federal passou a sustentar a inconstitucionalidade do juízo arbitral e encaminhou mensagem ao Congresso Nacional, solicitando o cancelamento dos créditos destinados ao espólio. Inconformada, a família Lage provocou o judiciário, com o objetivo de receber os valores fixados no laudo arbitral.

como um meio pouco atraente para a resolução de conflitos de maneira extrajudicial²⁶.

Carlos Alberto Carmona²⁷ explicita que a necessidade de homologação do laudo arbitral destruía as vantagens da arbitragem, pois o custo do processo acabava acrescido das despesas perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, eis que apesar da simplicidade (aparente) do procedimento homologatório, a sentença proferida pelo juiz togado – oficializado ou não o laudo – desafiava recurso de apelação, que, por sua vez poderia abrir portas ao recurso especial e/ou ao recurso extraordinário; por derradeiro o sigilo ficava prejudicado, já que a publicidade do processo estatal não preservava o segredo do litígio nem a decisão a ele dada pelo árbitro.

Já no plano internacional, o Brasil prestigiou a arbitragem como um instrumento de resolução de conflitos entre Estados, pois foram firmados diversos tratados bilaterais pelo Brasil. O país assinou o Protocolo de Genebra de 1923²⁸, sendo um dos contratantes do Código de Bustamante e signatário²⁹, como também da Convenção Internacional de Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975³⁰.

²⁶ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. A arbitragem no direito brasileiro: Lei n. 9307/96 – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 26

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. A nova Lei de Arbitragem. Revista Consulex, Ano I, n. 9, p. 46, set. 1997.

²⁸ Sendo o mesmo ratificado em 22 de março de 1932, e publicado no mesmo ano por meio do Decreto n. 21.187. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em 30 de julho de 2019.

²⁹ Convenção de direito internacional privado, de Havana. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em 30 de julho de 2019

³⁰ Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, também conhecida como a “Convenção do Panamá”, é um acordo multilateral que regula a conduta da arbitragem comercial internacional e a execução de sentenças arbitrais. A Convenção foi aberta à assinatura de todos os 35 Membros da Organização dos Estados Americanos (oásis) e entrou em vigor em 16 junho 1976. O Brasil ratificou essa convenção em 1995, pelo Decreto n. 90, de 12 de junho de 1995. Disponível em

Em 2002, por meio do Decreto n. 4.311³¹, de 23 de julho desse ano, o Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque de 1958. Segundo Renato Parreira Stelner e Eleonora Coelho Pitombo³², a ratificação da Convenção pelo Brasil, ainda que tardia, deve ser celebrada, pois consolida a arbitragem internacional em nosso país. Afirmam que essa convenção é o mais relevante diploma internacional multilateral atinente à arbitragem, tanto por sua abrangência mundial, quanto por ter sido e continuar sendo a principal mola propulsora do desenvolvimento da arbitragem internacional, ao garantir aos diversos signatários a efetividade de decisões arbitrais por meio de procedimentos simples e conhecidos de reconhecimento e execução.

O Brasil também participou da Criação da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL³³ (Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional, criada em 1966)³⁴. O texto dessa Lei-Modelo da UNCITRAL foi construído por meio da harmonização das diversas legislações internas, discutindo-se os seus termos por representantes de 58 países sendo aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1985. Esse texto surge como base para que os legisladores dos países pudessem ter um norte para a atualização de suas legislações internas³⁵.

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-90-6-junho-1995-360608-exposicaodemotivos-144503-pl.html>. Acesso em 30 de julho de 2019.

³¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em 12, de setembro de 2019.

³² STELNER, Renato Parreira e PITOMBO, Eleonora Coelho. A convenção de Nova Iorque: ratificação pelo Brasil. Disponível em : <http://eleonoracoelho.com.br/wp-content/uploads/2018/06/01-convencaodeny-2004.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

³³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)

³⁴ Tal acordo internacional conta com mais de 130 países signatários, dando maior visibilidade ao direito arbitral, e efetividade aos juízos arbitrais, e tem como principais prerrogativas: o reconhecimento dos contratos por escrito de arbitragem internacional; a recusa de disputa judicial quando há previsão de um contrato arbitral; e o reconhecimento e execução das decisões provenientes de juízos arbitrais, mesmo que proferidas em território diverso do território onde será executada a sentença arbitral.

³⁵ Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, com as alterações adotadas em 2006. Disponível em:

Nos anos de 1981, 1986 e 1988, surgiram os primeiros três projetos para o estabelecimento de uma lei específica sobre a arbitragem no Brasil, todos de iniciativa do Poder Executivo, mas apenas em 1991 foi que surgiu o principal anteprojeto, decorrente da Operação Arbitrer, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, o qual resultou no Projeto de Lei do Senado n. 78 de 1992 (PLS 78/92), de autoria do Senador Marco Marciel, sendo essa origem da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996³⁶.

A comissão relatora, integrada por Selma M. Ferreira Lemes, Pedro Antonio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, utilizando-se das pesquisas dos projetos anteriores, preencheu as exigências da sociedade moderna e apresentou o Projeto do Senado 78, de 1992. Destaca-se o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça³⁷, *in verbis*:

O projeto (...) é fruto do estudo e empenho de setores mais interessados da própria sociedade em levar adiante as novas ideias para a implantação de uma justiça, em sentido amplo, ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal. Para a elaboração do projeto, consultaram-se as mais modernas legislações sobre arbitragem e levaram-se em conta as diretrizes de organismos internacionais, dentre as fixadas pela ONA ampla liberdade (Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional_Uncitral), além das convenções de Nova Iorque (1958, não firmada pelo Brasil), e do Panamá (1975, firmada, mas, ainda não ratificada pelo Brasil).

Cabe destacar que o projeto da referida Lei foi apresentado em 1992, isto é, já havia sido promulgada a Constituição de 1988, ordem constitucional atualmente estabelecida no Brasil, portanto, os princípios dessa nova ordem já estavam

http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf. Acesso em abril de 2019.

³⁶ Diferente de como ocorreu na Itália, França, Alemanha e Países Baixos, que incorporaram a matéria em seus respectivos Códigos de Processo Civil, o Brasil seguiu o exemplo de países como Portugal, Espanha, Peru, Inglaterra, Venezuela, Suécia e Paraguai, que escolheram por estabelecer as regras da arbitragem por meio de um diploma separado do Código, levando-se em conta a especificidade do tema e o agrupamento de normas de natureza material e processual em uma lei específica. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1-2.

³⁷ Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16SET1995.pdf#page=69>. Acesso em abril de 2019.

incorporados na legislação arbitral que nitidamente baseou-se na Lei Modelo da UNCITRAL.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira, SE 5.206³⁸, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, de 12 de dezembro de 2001, deparou-se com a necessidade de analisar incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307, de 1996, em face da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Nesse caso, a Suprema Corte deparou-se com a situação em que a sociedade constituída sob as leis espanholas requereu, antes da vigência da Lei nº 9.307/96, a homologação de laudo arbitral proferido na Espanha, em arbitragem ocorrida naquele país com uma sociedade brasileira, da qual era representante comercial. A sociedade brasileira compareceu espontaneamente ao requerimento de homologação perante o STF, dando-se por citada, e anuiu com o pedido de homologação para que pudesse pagar a quantia fixada no laudo e receber quitação da empresa espanhola. Apesar disso, o pedido de homologação foi indeferido, sob o argumento de que o laudo arbitral não fora homologado por autoridade judiciária ou órgão público equivalente na Espanha, país de origem. Ainda anteriormente à vigência da Lei de Arbitragem, a sociedade espanhola interpôs agravo regimental contra essa decisão, alegando a dispensa de homologação do laudo arbitral pelo ordenamento jurídico espanhol. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.307, de 1996, o ministro Sepúlveda Pertence, relator do recurso, decidiu afetar o julgamento do recurso ao plenário da Corte, em razão da novidade da questão.

Embora o relator do recurso, em seu voto inicial, no sentido de dar provimento ao agravo regimental interposto, não tenha questionado a constitucionalidade de qualquer dispositivo da Lei nº 9.307/96, o ministro Moreira Alves propôs a conversão do julgamento em diligência, proposição esta unanimemente acolhida, para que o Ministério Público Federal opinasse acerca da constitucionalidade da Lei de

³⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em janeiro de 2019.

Arbitragem e seus dispositivos em cotejo com o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Cabe destacar que, minoritariamente, os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, por outro lado, entendiam ser inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade da outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

Ao final, o STF, por maioria, privilegiando a autonomia da vontade das partes, deliberou que a arbitragem pode ser exercida dentro dos limites estabelecidos na Lei n. 9.307, de 1996, não restando violação do acesso ao Poder Judiciário previsto na Constituição. Assim, foi declarada a constitucionalidade da referida Lei, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, no momento da celebração do contrato, e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito")³⁹.

³⁹ EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão

Do julgamento, tem-se a conclusão de que não há permissão na Constituição para que uma lei ou norma proíba as partes de irem ao Poder Judiciário para dirimir os seus conflitos, isto é, não se pode criar lei ou norma que torne a arbitragem em caráter obrigatório, essa sim é uma conduta proibida pela Constituição.

A decisão da Suprema Corte primou pela autonomia de vontade das partes sobre os seus direitos patrimoniais disponíveis, pois esses são passíveis de transação, e tal conclusão é aderente ao texto constitucional de 1988. O ato de proibir as pessoas de buscarem meios fora do Poder Judiciário para solucionar suas

prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de 'guarda da Constituição' - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

demandas seria inconstitucional, afrontando a dignidade e a liberdade da pessoa humana.

Assim, as partes podem no âmbito de sua liberdade, renunciar ou não à jurisdição, o que não é permitido é a determinação da escolha compulsória pela arbitragem. Portanto, o que foi defendido nesse julgado é o direito à livre escolha das partes interessadas em relação a qual instituto para dirimir seus conflitos será o mais viável.

Além disso, cabe a reflexão de que, ao reconhecer a constitucionalidade do compromisso arbitral, o Supremo privilegiou o instituto contratual, admitindo que o firmado pelas partes em contrato deve ser observado. Portanto, nos meandros da análise da constitucionalidade da Lei n. 9.307, de 1996, a discussão teve por foco o exercício da autonomia da vontade e os limites conferidos ao legislador sobre disposição que vede a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário.

Considerando a avaliação da Suprema Corte de que as partes podem, no âmbito de sua liberdade, renunciar ou não à jurisdição, não sendo permitida a determinação da escolha compulsória pela arbitragem, tal instituto encontrou plena aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro nos limites estabelecidos na Lei de Arbitragem.

Luiz Scavone Junior⁴⁰, cita Geraldo Brindeiro, então Procurador Geral da República à época da prolação desse julgado da Suprema Corte, o qual conseguiu sinteticamente expressar em que medidas as partes em conflito podem vislumbrar a utilização da arbitragem como uma vantagem em relação ao encaminhamento da demanda ao Poder Judiciário.

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional,

⁴⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7.ed.atual.ampli. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 70.

mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

Assim, com o reconhecimento da Suprema Corte pela constitucionalidade da Lei n. 9.307, de 1996, a possibilidade de resolução de conflitos mediante acordo de vontades das partes fora do Poder Judiciário, alçou uma nova dimensão no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. O atual regramento jurídico da arbitragem no Brasil

Como bem salienta Alexandre Freitas Câmara⁴¹, a Lei de Arbitragem está afinada com a moderna tendência do direito processual: a desformalização. Esta se divide em dois planos: a desformalização dos processos e a desformalização das controvérsias. Na primeira dessas acepções, tem-se a utilização da técnica processual em busca de um processo simplificado, célere, econômico, de fácil acesso e apto a pacificar tipos particulares de litígios. Na segunda dessas acepções, a desformalização das controvérsias, busca-se, de acordo com a natureza dela, equivalentes jurisdicionais e vias alternativas ao processo judicial, capazes de evitá-lo.

A Lei de Arbitragem manifesta-se ajustada às duas acepções da tendência de desformalização. Desformaliza-se as controvérsias com a valorização de um meio paraestatal de solução de conflitos e, ao mesmo tempo desformaliza-se o processo, assegurando-se uma quase que total informalidade ao se permitir que as próprias partes estabelecerem o procedimento a ser observado.

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART⁴² esclarecem que a arbitragem surgiu como forma alternativa de resolução dos conflitos, caminhando ao lado da jurisdição tradicional, com o objetivo de reduzir o formalismo exagerado do

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 37-38

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343.

processo judicial e dar maior agilidade à resolução dos problemas. Defendem, ainda, que a arbitragem pode dar soluções mais adequadas a diversas situações concretas de litígio.

O Código de Processo Civil (CPC), Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, possui 1072 artigos os quais tem por finalidade disciplinar o procedimento a ser adotado quando se evoca a jurisdição estatal. Já a Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307, de 1996, possui apenas 44 artigos podendo-se inferir que são dispostos parâmetros mínimos a serem observados pelas partes ao optarem pela utilização da arbitragem, restando a elas o preenchimento das demais condições.

Da estrutura da Lei de Arbitragem, verifica-se a preocupação em traçar as linhas mestras para a consecução de um processo arbitral, definindo basicamente quem pode utilizar-se desse processo, o que pode ser objeto, o parâmetro mínimo do procedimento e o que se espera daquele que atuará como árbitro.

Usando como analogia a construção de uma casa, poderia se afirmar que no processo judicial a lei estabelece todos os aspectos sobre o alicerce, as colunas, o tamanho das paredes e as ferramentas, já para a arbitragem, em lei, se estabelece os alicerces, cabendo às partes a escolha das colunas, do tamanho das paredes e as ferramentas que serão utilizadas.

Assim, o alicerce básico conferido pela Lei de Arbitragem é que as pessoas capazes de contratar podem se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Isto é, por meio dessa lei, permite-se que as partes, sem recorrer ao processo judicial, alcancem a resolução de um conflito, isso por meio da decisão de um terceiro por elas escolhido⁴³.

⁴³ Vale ressaltar que todas as partes de uma arbitragem têm preservado o seu direito de optar, livremente, pela representação por advogado, e na prática, é o que ocorre na grande maioria dos casos. Mas isso é uma faculdade e não uma obrigatoriedade. A faculdade de representação da parte por advogado é um dos elementos que tornam à regulamentação da arbitragem no Brasil similar àquela internacionalmente prestigiada. Com efeito, na prática internacional, frequentemente não há a exigência da representação das partes por advogado, exatamente para tornar o instituto mais acessível e adequado à solução de conflitos pela via extrajudicial. Inclusive, o STF, na ADI n. 1.127-8 julgou procedente que os dispositivos legais que dispensam a participação do advogado não ofendem

A consecução de uma arbitragem pode ser identificada no desencadeamento de três fases: (i) a fase pré-arbitral, desde as negociações da convenção de arbitragem até a instituição dela; (ii) a fase arbitral propriamente dita, que se inicia com a instituição da arbitragem e termina com a sentença; e (iii) a fase pós-arbitral, que envolve tudo que ocorrer – em decorrência da arbitragem – após a sentença arbitral (eventual execução da sentença arbitral e/ou a ação de anulação).

Assim, na fase pré-arbitral, dentro do escopo de que as partes, no exercício da autonomia da vontade, irão optar em resolver o conflito, a Lei de Arbitragem deixa resguardado que elas podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas ao caso, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Inclusive é conferido às partes convencionarem que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Diferentemente do processo judicial, em que o procedimento se desenvolve com base no que foi traçado pela lei e que define uma conduta geral, abstrata a ser perseguida pelos que se utilizam dele, o procedimento da arbitragem é aquele definido pelas partes, isto é, ao acordarem por resolver o conflito utilizando-se de um árbitro, cabe aos conflitantes escolherem o procedimento que será aplicado à resolução daquele determinado conflito⁴⁴.

a Constituição Federal. Cabe destacar que o controle da legalidade da arbitragem continuará sendo feito perante o Poder Judiciário, hipótese na qual a representação da parte por advogado é imprescindível e infestável.

⁴⁴ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão sempre respeitados, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular, por intermédio de advogado, respeitada sempre a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

Nesse sentido, podem as partes escolher por definir as regras por si só ou reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegarem ao próprio árbitro ou ao tribunal arbitral disciplinar o procedimento. Contudo, não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

A flexibilidade do procedimento arbitral é de tal sorte que a escolha inicial do procedimento não impede que, no meio da arbitragem, as partes resolvam mudar os procedimentos, conforme art. 19, §1º⁴⁵.

A fase arbitral propriamente dita, que se inicia com a instituição da arbitragem, segundo o art. 19⁴⁶ da Lei de Arbitragem, ocorre quando é aceita a nomeação do árbitro⁴⁷.

O art. 13⁴⁸ da Lei 9.307, de 1996, estabelece que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, bem como define os requisitos de

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

⁴⁵ Art. 19. (...)

§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).

⁴⁶ Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

⁴⁷ Segundo o art. artigo 2º do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015 (CPC), o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. No artigo 238 do CPC, a citação é definida como “o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”. A citação do réu ou executado é pressuposto de validade do processo, podendo resultar em nulidade do processo, caso não seja executada. Isso porque a citação é ato processual realizado por oficial de justiça e tem a finalidade de levar ao conhecimento da outra parte em conflito que está sendo movido um processo contra si e a partir da qual a relação triangular se fecha com os três sujeitos envolvidos no litígio: autor, réu e juiz. O processo judicial efetivamente inicia-se quando há a citação do réu. Nesse ponto oportuno observar que no caso da arbitragem os dois polos em conflito já estão em acordo em iniciar a resolução do conflito, mas somente com a anuência do árbitro é que se dará o fechamento da relação triangular.

⁴⁸ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

sua atuação, sendo atribuição dessas mesmas partes a responsabilidade, não apenas da escolha da pessoa que irá exercer tal função, mas também o processo de escolha.

Joel Dias Figueira Junior⁴⁹ destaca que o único requisito de caráter subjetivo imposto pelo legislador é que a pessoa escolhida, sobre a qual recairá a indicação e exercerá as funções de árbitro, esteja em gozo de sua plena capacidade civil. Inexiste qualquer outro requisito.

Portanto, num processo arbitral, da perspectiva daqueles que irão participar da realização de atos para a consecução de uma solução do conflito, observa-se que a Lei apresenta as figuras do árbitro, do tribunal arbitral, do órgão arbitral institucional e da entidade especializada.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 4o As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolhá pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei n. 13.129, de 2015)

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

⁴⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 197

O tribunal arbitral ocorre quando as partes em conflito decidem que a decisão proferida no processo arbitral deve ser dada por meio de um colegiado de árbitros.

Já em relação ao órgão arbitral institucional e a entidade especializada, a lei não apresenta definições, nem mesmo estabelece limites para a sua constituição. Essas duas figuras são mencionadas nos art. 5º; art. 10, inciso II; art. 13, parágrafos 3 e 4; art. 6, parágrafo 1; e, art. 21. Portanto, não foi definido por lei a forma de constituição do órgão arbitral institucional e da entidade especializada, nem mesmo apontou a lei qualquer direcionamento no que tange a atividade poder ser explorada com ou sem fins lucrativos.

Assim, se no processo judicial aplica-se o princípio do juiz natural⁵⁰, a arbitragem vai em direção diretamente oposta, pois a escolha daquele que irá dizer qual a solução a ser dada ao conflito é atribuída às partes, que no exercício da autonomia da vontade, estabelecem o processo de escolha dos árbitros.

Inclusive, permite a lei que as partes, de comum acordo, afastem a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, co-árbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos

⁵⁰ O princípio do juiz natural se refere ao juízo adequado para o julgamento de determinada demanda, conforme as regras de fixação de competência e a proibição de juízos extraordinários ou tribunais de exceção (*ex post facto*), ou seja, constituídos após os fatos. Ao vedar os tribunais de exceção, verifica-se que o órgão judiciário responsável pelo julgamento deve preexistir aos fatos, o que pretende impedir ações de arbitrariedade do Estado. O juiz competente é a autoridade definida pela Constituição Federal ou pela lei que tem a atribuição de processar e julgar determinada causa. Carlos Alberto Alvaro Oliveira aponta esse princípio como uma garantia constitucional “A garantia do juiz natural, por sua vez, compõe também importante faceta do formalismo processual, por igualmente circunscrever o exercício arbitrário do poder impedindo a alteração da competência do órgão judicial ou a criação de tribunal especial, após a existência do fato gerador do processo, para colocar em risco os direitos e garantias da parte, tanto no plano processual quanto material. Daí a necessidade de tal matéria ser regulada por um direito processual rigoroso, aplicado de maneira formal, sugestão a que desde muito se mostra sensível o ordenamento jurídico brasileiro, erigindo o princípio à condição de garantia constitucional.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p 105).

competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento.

A lei tão somente estabelece o parâmetro mínimo a ser observado no caso de instituição de uma decisão com mais de um árbitro, isto é, que seja estabelecido um colegiado em número ímpar. Obviamente, aqui a lei apresenta regramento mitigador de possíveis controvérsias ordinariamente básicas, pois se uma decisão a ser proferida por mais de um julgador não se der pela unanimidade dos votos, é necessário que ocorra, ao menos, pela maioria.

Sobre a perspectiva daquele que irá atuar na função de árbitro, a lei também aponta regras mínimas a serem observadas. Segundo a Lei de Arbitragem, estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Com efeito, a lei definiu 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, avanço propulsor para uma maior utilização desse instituto no Brasil, visto que a partir desse momento, passou-se a conferir verdadeira força vinculante às determinações de uma sentença arbitral, pois o decidido passa a ser mandatário entre as partes.

Para Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho⁵¹ a atividade do árbitro é voltada para composição do litígio e, mesmo exercida em sede privada, é impregnada de autoridade pública. Por isso, à decisão do árbitro atribuiu-se o caráter de sentença, o que significa que a decisão do árbitro terá caráter definitivo e imutável (art. 18 da Lei de Arbitragem), só impugnável quando possuir vícios formais ou ofensa à Ordem Pública Nacional. Por esta razão, exige-se enorme grau de responsabilidade por parte deles.

⁵¹ COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. Arbitragem e a lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75

As partes interessadas submetem a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem⁵², a qual tem sua origem inicial ou na cláusula compromissória (prévia ao conflito), que deve ser inserida no próprio contrato, em documento apartado, ou no compromisso arbitral (contemporâneo ao conflito).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵³ afirmam que a cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies de convenção de arbitragem, que é o pacto através do qual se sujeita alguma questão (presente ou futura) ao juízo arbitral. Os dois instrumentos servem para viabilizar a arbitragem. No entanto, a primeira é parte integrante do contrato principal, definida antes de pretensa lide, pelo exercício da vontade das partes que, desde o início, pré-determinam a arbitragem como via extrajudicial para solução futura. O segundo, é uma forma posterior de eleição de arbitramento, por meio de documento escrito, inserido depois do contrato principal. A primeira é celebrada pelas partes em um contrato, o segundo é assinado pelas partes em um litígio.

Para o presente trabalho, destaca-se a previsão legal de que caso as partes na cláusula compromissória indiquem que irão se submeter às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras. Mas podem as partes também, na cláusula compromissória, estabelecer a forma em que se dará a instituição da arbitragem.

Ou seja, em breve síntese, a cláusula arbitral decorre de um acordo entre partes que, mesmo antes da ocorrência ou sinalização de um potencial conflito, já manifestam e deixam estabelecido que no caso da ocorrência de um conflito, a solução deste será dada em um processo arbitral, o que afasta a possibilidade de que no futuro se utilize o Poder Judiciário para a solução desse conflito.

⁵² Define a lei que a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato, deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais. v. 5. p72.

Em relação ao compromisso arbitral, a lei define como sendo a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, isto é, ele surge contemporâneo ao conflito. O compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial. O judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda. O extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas ou por instrumento público.

Tendo em vista a cláusula compromissória de utilização da arbitragem ser um acordo de vontades ocorrido no momento em que as partes não estão em litígio, seria de fácil compreensão que, quando da efetiva ocorrência do litígio, uma das partes manifeste-se negativamente em relação a sua utilização.

Conforme ensinamentos de Pedro A. Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes⁵⁴, cabe às partes instituir a arbitragem, seja de boa-fé, com a feitura e assinatura do compromisso, seja forçosamente, por meio da instituição arbitral indicada (se previsto no Regulamento), se for o caso, ou seja por sentença judicial, que substitui a vontade da parte rebelde e configura o documento legal que fixa os limites e alcance do julgamento privado.

Assim, existindo recusa por uma das partes em firmar a convenção arbitral, poderá a outra parte propor a demanda perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, competiria o julgamento da causa. Nesse caso, a parte que se recusa deve ser citada para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso. Determina a lei que o juiz tente previamente a conciliação acerca do próprio litígio. Não obtendo sucesso, o juiz deve tentar conduzir as partes à celebração de comum acordo do compromisso arbitral. Sendo negativa a resposta, então caberá ao juiz decidir sobre os termos do compromisso. Sendo decidido o termo do compromisso arbitral, passará o litígio a ser decido por um árbitro.

Sobre a negativa de utilização do procedimento de arbitragem, a cláusula compromissória passa a ser de observância obrigatória, o juiz somente atuará para estabelecer os termos do compromisso arbitral, mas quem decidirá o conteúdo de mérito sobre o litígio é o árbitro.

⁵⁴ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 210-211.

A lei possibilita a aplicação da arbitragem nos contratos de adesão, contudo ressalva que a cláusula compromissória prevista nesse tipo de contrato só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Em relação às relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, veda a utilização da arbitragem compulsória em seu art. 51, inciso VII⁵⁵. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que só terá eficácia a cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição no momento do litígio em concreto.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES.

1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti.

2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.

3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

4. Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a

⁵⁵ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo policitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.050 - SP (2010/0062200-4))

Portanto, entende o Superior Tribunal de Justiça que a convenção de arbitragem nas relações de consumo é válida desde que o próprio consumidor tome a iniciativa, ou expressamente ratifique, porém, tal regra não vale para o fornecedor, incidindo, nesse caso, o art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei n. 13.129, de 2015 trouxe regramento sobre a tutelas cautelares e de urgência no processo arbitral. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência, sendo instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Contudo, no caso a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão acautelatória, cessa a

eficácia da medida cautelar ou de urgência. Já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, a lei estabelece o prazo de seis meses para a apresentação da sentença, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. A lei garante que a sentença arbitral produza, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Sobre a sentença arbitral, tão somente pode recair a contestação de nulidade nos casos previstos na lei, que define: for nula a convenção de arbitragem; não contiver os requisitos obrigatórios da sentença arbitral; for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; proferida fora do prazo, desrespeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei e os princípios de que trata o art. 21, § 2º.

Pelo exposto, verifica-se que o processo arbitral tem em seu espírito a celeridade, informalidade, confiabilidade, especialidade, possível aplicação de sigilo e flexibilidade.

A celeridade e informalidade do procedimento arbitral parte da constatação de que a solução dos conflitos é fundada precipuamente na completa ausência de previsão expressa de possibilidade de interposição de recursos, também na ausência de formas solenes, como as exigidas no processo comum. Em verdade, podem as partes optarem em prever a possibilidade de interposição de recurso, mas isso não é obrigatório. Pois, como já mencionado neste trabalho, às partes foi dado o poder de escolher o procedimento a ser utilizado na arbitragem, cabendo ao árbitro observá-lo.

A confiabilidade desenvolve-se pela possibilidade das próprias partes escolherem o árbitro, tribunal arbitral ou instituição de arbitragem que solucionará conflito. Assim, diferente do que ocorre no Judiciário, onde o litígio é solucionado pelo juiz a quem for distribuído, que não necessariamente possui a confiança das

partes, na arbitragem as partes possuem maior confiabilidade no julgador, pois este provém de sua escolha.

Nesse ponto, a especialidade do árbitro pode ser uma vantagem, pois como as partes escolhem o julgador, por exemplo, podem escolher aquele julgador que apresenta conhecimentos específicos para além do conhecimento do direito posto, e isso, pode-se dispensar a figura do perito da justiça tradicional, o que, em tese, pode significar uma redução de custo do processo.

Quanto à publicidade das informações, se por um lado exige-se da justiça pública publicidade dos seus atos (art. 5, LX, da Constituição Federal⁵⁶), na arbitragem faz-se presente a possibilidade de atribuição de confidencialidade do deslinde do conflito de interesses. Contudo, tal característica não se encontra expressa na lei como algo a ser observado pelas partes, não há uma determinação legal pelo sigilo. Daí poderem as partes optar por tal prerrogativa.

Conforme o disposto no art. 2 da Lei n. 9.307, de 1996, o conflito pode ser solucionado por meio da aplicação do direito ou por equidade, o que confere flexibilidade. Isso permite inclusive que uma solução para o conflito não se restrinja tão somente ao fato conflituoso, permitindo que a pacificação da relação dos envolvidos se dê de forma mais completa.

Ocorre que a despeito de todas essas características contrapostas a lógica do processo judicial, a lei assegura que o árbitro é juiz de fato e de direito.

José Eduardo Carreira Alvim, ao diferenciar os poderes conferidos ao árbitro e ao juiz togado, esclarece que o árbitro:

[...] dispõe da iurisdictio, o que importa na cognitio, e que lhe permite fazer justiça, por convenção das partes, em nome do Estado, que é afinal quem garante a autoridade dos seus julgados. Por não dispor do poder de império, não pode o árbitro determinar a condução coercitiva de uma testemunha recalcitrante. Se a testemunha deixar de comparecer sem justa causa, poderá o árbitro ou presidente do tribunal arbitral requerer à

⁵⁶ Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

autoridade judiciária que a faça conduzir, comprovando a existência da convenção de arbitragem (art. 22, §2º, Lei de Arbitragem)⁵⁷.

Dessa breve síntese dos principais pontos estruturantes da Lei de Arbitragem, observa-se a preocupação do legislador em apontar os aspectos mínimos a serem observados pelas partes durante o exercício de construção do procedimento arbitral que irão adotar para a resolução da controvérsia.

Assevera-se que a flexibilidade do procedimento arbitral é, portanto, diretamente ligada ao princípio da autonomia da vontade, o qual, no entanto, tem limites até mesmo na arbitragem, posto que nenhum princípio pode ser visto como absoluto, mas sim apreciado em observância a ordem jurídica em sua integralidade.

Pedro A. Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona⁵⁸ explicam que a comissão de redação da lei de arbitragem teve como norte a teoria garantista do procedimento arbitral. Dispõe o art. 21, § 2º, dessa lei, que o procedimento arbitral obedecerá ao que for estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, podendo este reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda ao que as próprias partes delegarem ao árbitro ou ao tribunal arbitral. Em todo o caso, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento deverão sempre ser respeitados.

Essa análise geral dos aspectos definidos pela Lei de Arbitragem serve para demonstrar como ela é processo eminentemente construído segundo a vontade das partes, seja por meio de atos de manifestação expressa que determinam escolhas, seja ante a ausência de posicionamento expresso, deixando a terceiro a complementação de escolhas necessárias ao processamento da arbitragem.

Em síntese, o processo arbitral compreende em suas vantagens

⁵⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 394.

⁵⁸ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 95

- celeridade, pois as partes podem fixar prazo para a solução do conflito e não o fazendo, o prazo de seis meses não poderá ser excedido;
- simplicidade em oposição à estrutura pesada e burocrática do Poder Judiciário;
- informalidade procedimental, podendo as partes simplificar ao máximo o processo, desde que observados os parâmetros mínimos previstos na Lei de Arbitragem;
- menor custo, pois as partes não necessitam, no caso de decisões envolvendo aspectos técnicos, despendem, além das custas, os honorários dos peritos judiciais;
- maior precisão da decisão, por ser o árbitro especialista no tema objeto da lide ele possui melhores condições de elaborar a decisão do que o juiz;
- confidencialidade, apesar de não ser expressa na lei, podem as partes prevê das informações do processo;
- variedade de opções de julgamento, pois o árbitro pode coordenar os interesses em conflito, o que contribui para restaurar a interação cooperativa entre os conflitantes, a ambivalência a arbitragem cria uma atmosfera favorável ao entendimento e a eficiência, porque as partes tendem a aderir à decisão arbitral, visto que de início, em regra, já há um movimento de ambas no sentido de confluir para que o caso seja levado a solução por um terceiro.

Assim, a arbitragem nos termos da Lei n. 9.307, de 1996, alicerça-se na vontade de ambas as partes submeterem o conflito a um terceiro por elas escolhido, o qual será responsável por proferir uma decisão com caráter de definitividade.

1.3. A utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública

A Lei de Arbitragem, quando de sua edição original em 1996, previa tão somente a exigência do atributo de capacidade para que as pessoas se utilizem desse tipo de método para a composição do conflito. Conforme apontado, o STF

reconheceu a constitucionalidade do instituto e apontou que, enquanto há exercício da autonomia da vontade, é legítima a utilização da arbitragem, conforme previsto na lei.

Contudo, com relação à utilização da arbitragem pela Administração Pública para a solução de conflitos de que faz parte, não bastou a autorização genérica veiculada no art. 1º da Lei n. 9.307, de 1996, segundo a qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, parte da doutrina defendia que a Administração Pública só pode recorrer à arbitragem se houver uma autorização legal específica⁵⁹.

Três impedimentos, de índole constitucional, eram geralmente opostos à utilização da arbitragem para solver litígios administrativos: (i) o princípio da legalidade (artigo 37, caput, da Constituição); (ii) a indisponibilidade do interesse público e (iii) o princípio da publicidade (artigo 37, caput, da Lei Maior).

Em linhas gerais, argumentava-se que, na ausência de expressa lei autorizativa, a Administração não poderia se submeter à arbitragem. Os adeptos dessa tese lançavam mão de uma visão oitocentista do princípio da legalidade⁶⁰, advogando que todos os atos da Administração Pública deveriam ter o conteúdo preestabelecido pelo legislador.

Para que se possa dimensionar o tamanho desse movimento de oposição a utilização da arbitragem pela Administração Pública, vale citar a proposição de Emenda à Constituição (PEC n. 29) que visava impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter a arbitragem. Inclusive, o Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto, Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez, in *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

⁶⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade “é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” (Curso de direito administrativo, p. 103).

injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (Decisão n. 286/93, Decisão n. 394/95, Acórdão n. 584/03, Acórdão n. 1271/05 e Acórdão n. 1099/06).

Em destaque o entendimento proferido no ano de 2003 pelo Tribunal de Contas de União:

(...) a aplicação aqui da cláusula de compromisso arbitral encontra um óbice intransponível, qual seja a ausência de autorização legal. O fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no inciso X do art. 43 da Lei n° 9.478/1997¹²⁶, não permite a extensão por analogia desses dispositivos às avenças aqui tratadas. A Administração é regida pelo princípio da legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção à regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal. (Tribunal de Contas da União, Processo n° 005/250/2002-2, Acórdão n° 584/2003)

Eros Grau⁶¹, com visão crítica que lhe é peculiar, afirma que os argumentos em favor e contra a adoção da arbitragem geralmente não atingem o núcleo central da questão. Para o doutrinador, três fatores devem ser destacados: a arbitragem não encerra jurisdição, apenas previne; a noção equivocada de contratos administrativos, de forma que não há distinção entre contrato privado da Administração e contrato puramente administrativo, não existindo, segundo a Constituição Federal, o chamado regime jurídico próprio dos contratos administrativos; e o entendimento de que não se pode confundir "disponibilidade de direitos patrimoniais" e "indisponibilidade do interesse público". Para o autor, não há correlação entre os dois. Assim, sempre que a Administração contrata (o que necessariamente importa em disponibilidade de direito patrimonial) poder-se-á convencionar cláusula arbitral, sem que isso importe em disposição do interesse público.

A pacificação entre os posicionamentos a favor e contra, deu-se com a Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, que inclui dispositivos na Lei n. 9.307, de 1996, apontando explicitamente a possibilidade de utilização desse tipo de procedimento pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros: 2008, p. 303-314.

patrimoniais disponíveis. Ficou estabelecido que, envolvendo a Administração Pública, será sempre de direito devendo respeitar o princípio da publicidade⁶².

Portanto, a discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, com o advento da Lei n. 13.129, de 2015, que acresceu o §1º ao art. 1º da Lei 9.307, de 1996, é elemento superado, vista a expressa autorização no sentido de que esta pode utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Atualmente, o ponto central da discussão passou a ser a arbitrabilidade objetiva: definir quais conflitos havidos com entes ou entidades administrativas podem ou não ser resolvidos pelo método arbitral. Contudo, esse não é um ponto que será explorado nesse trabalho.

Pelo exposto nesse capítulo, algumas constatações podem ser feitas em relação a utilização da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as disposições legais e a decisão da Suprema Corte que assegurou sua constitucionalidade.

A primeira é que explicitamente o limite de sua utilização vincula-se pela análise do objeto a ser solucionado e não pelas pessoas envolvidas, isto é, se pretendesse arbitrar conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, conforme artigo 1.

A segunda foi que, a despeito da primeira constatação, a ausência de uma previsão expressa na lei de que a Administração Pública poderia se utilizar de tal instrumento para dirimir conflitos em que faz parte, levou a pacificação da questão com a alteração legal, que positivou a permissão.

A terceira é que, no que se refere a arbitragem, não foi promovida alteração legal que expressamente determine a criação ou crie a possibilidade de que a

⁶²Art. 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.

Administração Pública atue nas atividades de resolução de conflitos que ocorrem entre terceiros.

Ora diante da ausência de previsão explícita na lei, a atuação da Administração Pública como o órgão arbitral institucional/entidade especializada ou árbitro para a pacificação de conflitos entre os administrados pode sofrer questionamento semelhante.

Como já apontado, o art. 13 da Lei de Arbitragem, que diretamente caracteriza quem é árbitro, não teceu qualquer restrição além do atributo de ter a confiança das partes. Também não se verifica na lei restrições de caráter subjetivo em relação ao exercício da atividade de órgão arbitral ou de entidade especializada pela Administração Pública.

Ora, se o tema da possibilidade da Administração Pública se submeter à arbitragem ainda possui vários pontos controversos, a relação entre a Anatel e a arbitragem oferece questões adicionais para a discussão.

Isto porque, a atuação da Anatel na resolução de conflitos é prevista na sua lei de criação, mas não há a remissão para a aplicação das disposições da Lei n. 9.307, de 1996.

CAPÍTULO II - A LEGALIDADE DA ATUAÇÃO ARBITRAL DA ANATEL

A Lei n. 9.472, de 26 de julho de 1997, Lei Geral das Telecomunicações (LGT), ao criar a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) previu expressamente a competência da Agência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações e especificamente arbitrar condições de interconexão quando os interessados não chegarem a um acordo.

Luís Roberto Barroso⁶³ ao descrever a função reguladora e as diferentes atividades das agências aponta que uma das mais relevantes atribuições conferidas a elas é a de solucionar as controvérsias que porventura surjam entre: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, comunidade como um todo, investidores potenciais etc.

Luiz Ricardo Trindade Barcellar⁶⁴, de forma didática, aponta que os altos níveis de complexidade dos assuntos por elas regulados e a necessidade de uma resolução célere dos conflitos são causas motivadoras da atribuição dessa competência aos entes reguladores. Explica o autor que três foram os motivos principais que levaram o legislador a atribuir às agências reguladoras a função de dirimir conflitos: (1) absoluta inviabilidade de impor a todo o Poder Judiciário um aprofundamento e especialização em setores de alta complexidade a fim de atender

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002..

⁶⁴ BARCELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44687/44989>. Acesso em abril de 2019.

a um pequeno número de demandas; (2) a falta de confiança no Poder Judiciário para decidir as questões de forma técnica; e (3) a necessidade de que as questões sejam decididas de forma rápida e eficiente.

Portanto, primeiramente, é importante avaliar em que medida a atuação da Anatel na composição de conflitos, segundo determinação da LGT, é compatível com as diretivas da Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307, de 1996.

2.1. A previsão legal da atuação da Anatel na resolução de conflitos

Na LGT consta, expressamente, a competência da Anatel em conciliar e arbitrar as controvérsias, porém, o legislador não definiu um regime geral para o sistema de solução de conflitos, não identificou de forma clara a natureza jurídica das decisões que seriam proferidas pela Agência. Para a compreensão da atuação da Anatel na resolução de conflitos prevista na LGT e a natureza jurídica de suas decisões, se torna importante primeiro entender o contexto de criação da Agência, conforme breve síntese a seguir apresentada.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, preconiza que a ordem econômica deve observar a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Além disso, assegura no § 4º do art. 173, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. E por fim, no art. 174, define o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Visto o estabelecimento dessa nova ordem constitucional, o Brasil passou por uma reforma da estrutura administrativa do Estado que foi oficialmente inaugurada em 1995.

Com base nessas diretivas, deu-se início à reforma com o fito de desestatização da produção de vários bens e serviços (*lato sensu*), até então entregues à sociedade por meio do Estado, na perspectiva de criação de condições

ideais para o desenvolvimento de um modelo de Estado mais enxuto, menos burocrático, mais eficiente, menos atuante na economia e mais regulador desta⁶⁵.

Isto é, a necessidade de que os princípios da ordem econômica fossem preservados, direcionou a atuação do Estado passando de fornecedor, executor, para uma atuação regulatória: “A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento”⁶⁶.

Assim, o Estado assumiu, desde então, papel de extrema relevância: o de intervir nesses setores a fim de viabilizar um regime concorrencial possível. E essa intervenção ocorre (ao menos num primeiro momento) por meio do exercício intenso da atividade regulatória, passando por uma completa reorganização desses setores a fim de possibilitar uma reestruturação favorável à competição⁶⁷.

Com o aparecimento desse modelo intervencionista, o Estado permanece presente no domínio econômico, entretanto, ao invés de realizar determinadas atividades, vale-se do instrumento normativo e das suas competências políticas para influenciar os particulares a desenvolverem as atividades necessárias à sociedade e para geração de riquezas, mas se submetendo aos ditames do poder estatal para funcionamento e desenvolvimento dessas atividades.

E para atingir esse objetivo, nessa concepção, ao Estado cabe a prerrogativa de criar entidades administrativas dotadas de poder regulamentar, as quais competem normatizar a prestação de serviços públicos fundamentais que passam a

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

⁶⁶ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 12. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em junho de 2019.

⁶⁷ Pedro Gonçalves indica que “O processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma ação mais modesta, não significa um *retour* ao liberalismo desregulado do século XIX: mantém-se presente um ‘Estado socialmente activo’ e comprometido com a regulação da sociedade” (Direito administrativo da regulação, in Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 11).

ser entregues à população por meio da iniciativa privada. Visa, assim, a criação de um ambiente onde a exploração de atividade econômica seja atrativa para os particulares, mas que se mantenha a garantia do cumprimento da função social dessas atividades e serviços para a coletividade ⁶⁸. E essas entidades administrativas denominadas agências reguladoras, criadas na forma de autarquias em regime especial, dotadas de autonomia perante o Poder Executivo, passam a ser responsáveis pelo controle, regulamentação e fiscalização de serviços públicos cuja execução é transferida do Estado ao setor privado.

Em apertada síntese, pode-se concluir que na busca da construção desse ambiente, a normatividade regulatória fixa padrões de comportamentos para os agentes econômicos e parâmetros de fiscalização para a Administração. Assim, a atuação dos agentes reguladores vocaciona a prevenir ocorrência de exercício abusivo de posição dominante e prejuízo à livre concorrência, bem como a impedir o domínio de mercado relevante de bens ou serviços e o aumento arbitrário dos lucros, de forma a preservar os princípios constitucionais da ordem econômica.

Além da missão de elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços regulados, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os prestadores de determinado serviço, ainda, foi previsto que atuassem na resolução de conflitos entre as empresas e entre as empresas e os usuários do serviço por elas regulados⁶⁹.

A necessidade de intervenção em pontos conflituosos deve-se a constatação de que os padrões de comportamento não alcançam apenas o do agente perante a

⁶⁸ Marçal Justen Filho afirma que a redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica “não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado do BemEstar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental” (O direito das agências reguladoras independentes, São Paulo, Dialética, 2002, p. 21).

⁶⁹ BARCELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44687/44989>. Acesso em abril de 2019.

Administração Pública, mas estabelece direitos e obrigações entre os agentes privados. E o vínculo jurídico estabelecido entre os agentes privados terá uma linha condutora constituída dos parâmetros mínimos regulamentares a serem observados para a exploração da atividade econômica, conforme explica Luis Roberto Barroso⁷⁰.

Ao lado do exercício de funções puramente administrativas, as agências reguladoras também exercem competências decisórias, resolvendo conflitos em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores. A Lei da ANATEL, e.g., prevê que ela comporá administrativamente os conflitos de interesse entre as prestadoras dos serviços de telecomunicações (art. 19, XVII); a Lei da ANEEL atribui a essa agência o poder de dirimir divergências entre os delegatários, bem como entre eles e seus consumidores (art. 3º, V); a Lei da ANP contém previsões nessa mesma linha (art. 18).

O exercício dessa função decisória merece atenção especial. Como referido, as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte - hipótese em que se instaura um contencioso administrativo normal, com a possibilidade de recurso ao Judiciário em seguida - quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro.

A LGT, explicitamente, previu a possibilidade da Anatel arbitrar as condições de interconexão⁷¹ quando as partes não chegassem a um acordo, conforme § 2º do art. 153, *in verbis*:

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrá as condições para a interconexão. (grifo nosso)

Assim, em observância a essa expectativa de implementação de um novo contexto na atuação do Estado, foi implementado o novo marco para o setor de telecomunicações e criada a Anatel. Diante dos altos níveis de complexidade dos

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

⁷¹ A interconexão é um elemento caro ao setor de telecomunicações, uma vez que o usuário de uma rede só consegue se comunicar com os usuários de outras redes se houver a interconexão.

assuntos que seria por ela regulados e a necessidade de uma resolução célere dos conflitos, ficou estabelecida a sua competência para atuar nas divergências entre os administrados⁷².

Não é demais aqui destacar a contemporaneidade da Lei de Arbitragem e da LGT, a primeira entrou em vigor em 1996 e a segunda em 1997. Do que não está distante a ideia de que, à época, pudesse ter sido perquirido o ideal de que a Anatel pudesse realizar a arbitragem⁷³.

Coincidentemente ou não, no mesmo período em que a arbitragem despertava – é dizer, na segunda metade da década de 1990 e nos primeiros anos deste século –, a Administração Pública brasileira passou por um amplo processo de reforma, marcado pela diminuição do intervencionismo estatal direto na economia.⁵ Com efeito, buscando superar o dilema de ter de escolher entre duas alternativas ruins – déficit de infraestrutura ou déficit fiscal –, o Estado deixou de prestar diretamente certos serviços públicos (telecomunicações, p. ex.) e reduziu sua participação na seara das atividades econômicas (indústria de óleo e gás, p. ex.), transferindo para a iniciativa privada parte das tarefas que havia assumido ao longo da segunda metade do século XX. Não se tratou, é bom que se diga, do abandono do intervencionismo estatal, mas sim de uma alteração no modo de o Estado intervir: ao invés de intervenção direta, intervenção indireta mediante a regulação e o fomento

Foi nesse contexto que a arbitragem foi inserida – ou reinserida – no direito administrativo brasileiro. Se o objetivo era buscar investimentos privados para a combatida infraestrutura nacional, não há dúvida que seria um atrativo oferecer aos particulares uma alternativa mais célere que o Poder Judiciário para a solução das controvérsias que porventura surgissem na execução dos contratos celebrados com o Poder Público. Assim é que a arbitragem foi incluída, de modo mais ou menos explícito, nos dois diplomas legais mais representativos desse período de reforma do Estado brasileiro: a Lei n.º 9.472/1997, que disciplinou a prestação do serviço de telecomunicações por particulares, permitindo que os contratos de concessão contivessem cláusula prevendo “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, inciso X), e a Lei n.º 9.478/1997, que cuidou da exploração e produção de óleo e gás após o fim do monopólio estatal, admitindo que nos contratos de concessão por ela disciplinados fossem estabelecidas “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, inciso X).

⁷² Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

⁷³ MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. Revista PGE 2015. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em maio de 2019.

Nesse ponto, poder-se-ia perquirir que o legislador efetivamente havia intentado que, nos casos de conflitos envolvendo interconexão, ocorresse verdadeira arbitragem no sentido de uma decisão final sobre o assunto por parte da Agência, sem possibilidade de que fosse levado ao Poder Judiciário a revisão de tal decisão⁷⁴.

A interpretação inicial desse dispositivo poderia levar à conclusão de que teria o legislador o criado para o caso de conflitos em interconexão a fim de uma resolução em definitivo da lide por uma decisão da Agência, não podendo as partes questionar tal decisão perante o Poder Judiciário.

Tal pretensão estaria a perseguir uma maior celeridade na resolução dos conflitos entre agentes que atuam num setor de extrema dependência de infraestrutura para sua operacionalização e que diante do novo marco legal, passaria a ser explorado em regime de competição.

Isso porque já se antevia que pelo estabelecimento de um ambiente competitivo, deveriam ser resolvidos tanto os conflitos decorrentes da relação jurídica do administrado com a Administração, como também conflitos decorrentes da relação jurídica estabelecida entre particulares e o elo dessa relação está em

⁷⁴ Herik MARDEGAN explica como a Lei n. 9.307, de 1996, surge num momento histórico em que o Brasil buscava apresentar ao mundo instrumentos aptos a torná-lo mais competitivo no cenário internacional. “A lei arbitral anterior não possuía quase nenhuma efetividade, pois era obrigatório o reconhecimento da decisão arbitral pelo judiciário, dificultando os negócios em âmbito internacional. Lógico, portanto, imaginar que a Lei de Arbitragem foi criada para atender a necessidade do Brasil se tornar competitivo no mercado mundial negociando com maior rapidez e agilidade. Necessário se faz lembrar que no período histórico da entrada em vigência do referido texto legal, o Brasil vivia o auge do movimento econômico denominado “neo-liberalismo” no qual a grande preocupação era adequar a legislação pátria para alcançar maior competitividade, aumentando a participação nacional no comércio internacional e diminuindo a participação do Estado em áreas na qual sua participação era dispensável.” MARDEGAN, Herick. Da Efetividade e Adequação da Arbitragem e o Direito Empresarial. 2008. 107 págs. Dissertação. Universidade Estadual de Londrina. Londrina – PR. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060137.pdf>. Acesso em maio de 2019.

uma norma regulamentar produzida pela Agência, de acordo com Luiz Ricardo Trindade Barcellar⁷⁵:

A atribuição de competência para dirimir conflitos pelo legislador às agências reguladoras decorre da absoluta inviabilidade de impor todo Poder Judiciário um aprofundamento especialização em setores de alta complexidade, para atender um pequeno número de demandas, sendo bem mais lógicos, simples menos oneroso remeter as partes um sistema paralelo de solução de conflitos onde função decisória exercida por quem dispõe da formação setorial adequada.

Quanto a essa questão, Marcos Juruena Villela Souto⁷⁶ descreve o ideal de que os conflitos levados à Agência Reguladora fossem dirimidos com base nas disposições da Lei nº 9.307, de 1996, o que reduziria os custos do contencioso.

No Brasil, a citada independência dos órgãos reguladores é relativa, posto que vigora o “princípio da jurisdição uma, o que implica em dizer que “nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário”. Essa submissão das decisões das agências reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficácia de agilizar o procedimento, solucioná-lo através da intervenção de técnicos habilitados e reduzir o custo do contencioso. O ideal era introduzir a limitação da Lei nº 9.307 (que regula a arbitragem), somente admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis do Estado. Também macula a independência da agência a admissão de recursos de suas decisões para autoridades do Poder executivo (controle administrativo).

Nesse ponto, chama-se a atenção para o fato de que, segundo definido pela lei, a Agência pode ser demanda a produzir um posicionamento frente a um conflito que tem origem na aplicação ou interpretação de disposição regulamentar. Se uma das partes entender que a relação conflituosa deve ser apreciada pela Agência, pode unilateralmente iniciar demanda para que ela se posicione sobre a situação conflituosa.

Ocorre que a natureza desse tipo de atuação do órgão regulador na resolução de conflitos ocorridos entre os regulados não pode ser equiparada a arbitragem prevista na Lei n. 9.307, de 1996, isto é, impossível aplicar a inafastabilidade da revisão das decisões pelo Poder Judiciário.

⁷⁵ BARCELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44687/44989>. Acesso em abril de 2019.

⁷⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359/45378>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

De acordo com Luis Roberto Barroso⁷⁷:

Pois bem: qual o espaço de revisão judicial dessas decisões? Ou, de forma mais ampla, qual o espaço de controle jurisdicional das agências em geral? Como se sabe, o sistema brasileiro é o da jurisdição unitária, vale dizer, vigora o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). A princípio, portanto, não é possível impedir que as decisões das agências reguladoras sejam submetidas à apreciação judicial. De outra parte, o controle judicial do ato administrativo, consoante doutrina tradicional, seria limitado aos aspectos de legalidade, não alcançando o mérito da decisão administrativa. Cabe revisitar essas idéias. O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável - ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade - constitui, evidentemente, um exame de mérito.

Nesta esteira, a concepção de que os procedimentos desenvolvidos pela Agência seriam arbitramentos de conflitos sofreu críticas, visto que há possibilidade de recursos administrativos no próprio seio da entidade pública, ausência de independência das decisões, convergindo para possibilidade de controle amplo de tais decisões pelo Poder Judiciário.

Dinorá Grotti⁷⁸ destaca que a impropriedade na utilização do termo arbitragem para o processo desenvolvido pela Agência deve-se a vários fatores, tendo o procedimento adotado pela Anatel como objeto inicial de estudo apontou:

É relevante destacar que, apesar da utilização (imprópria, aliás) do termo arbitragem, trata-se apenas de um procedimento para solução de litígios na esfera administrativa. Corrobora esse entendimento circunstância de que, por meio desse procedimento, arbitragem é feita pela Comissão de Arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da Anatel" (art. 2º, Anexo III do Regulamento Geral de Interconexão). Seu desenrolar não é sigiloso (art. 5º). Podem dele participar aqueles que, sem estar diretamente envolvidos no acordo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão ser adotada (art. 8º, inciso II). É dever das prestadoras oferecer todas as informações necessárias para arbitragem

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

⁷⁸ GROTTI, Dinorá. Revista de Direito de Informática Telecomunicações RDIT. Belo Horizonte 2/117, jan-julho 2007

de conflitos de Interconexão (art. 7º). A decisão da Comissão está sujeita recurso ao Conselho Diretor (art. 20), podendo ainda ser objeto de um pedido de reconsideração (art. 24). A seu turno, art. 26 do Anexo III da Resolução 420/2005, estabelece que em comum acordo, as partes podem desenvolver processo de arbitragem próprio, encaminhando resultado para avaliação homologação da Anatel.

Maria Sylvia Zanella Di PIETRO⁷⁹ bem sintetiza os pontos que não permitem que a arbitragem apontada nas leis das agências se confunda com a arbitragem prevista na Lei 9.307, de 1996: (1) na Lei de Arbitragem a arbitragem decorre de convenção entre as partes, enquanto que, no seio das agências ela é imposta por lei; (2) na Lei de Arbitragem são as partes que escolhem os árbitros; e (3) na Lei de Arbitragem as partes definem os critérios para solução dos conflitos. Logo, trata-se de procedimento em que a confiança é elemento essencial, não ficando a decisão arbitral sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Assim, por não haver lei própria normatizando a arbitragem nas agências reguladoras, os processos de composição de conflitos embasados na LGT, processualmente devem observar a Lei n. 9.784, 29 de janeiro de 1999, Lei de Processo Administrativo (LPA). Isso porque, em verdade, se está diante de um posicionamento administrativo e, portanto, segue a tramitação de um processo administrativo que, a despeito da norma regimental da Agência, no mínimo deve seguir o rito processual estabelecido na Lei de Processo Administrativo, que no caso da União é a Lei n. 9.784, de 1997.

Nesse sentido, um conflito de interesses apresentado à Anatel passa a ser avaliado por ela independentemente da anuência de ambas as partes em conflito, basta uma sentir-se prejudicada que pode evocar a atuação da Agência. Esta então deverá atuar perseguindo a solução da controvérsia, segundo os procedimentos processuais por ela definidos. Não há escolha do decisor, pois a decisão sobre a controvérsia será dada pela autoridade competente, conforme estabelecido nos regulamentos expedidos pela Agência. E o procedimento seguirá o estabelecido no

⁷⁹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessões, permissões, franquia, terceirização e outras formas. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

Regimento Interno da Agência e na LPA, isto é, as partes não têm como transacionar qualquer condição do processo.

Ademais, a arbitragem nos termos da Lei n. 9.307, de 1996 confere às partes a prerrogativa de prever ou não uma instância recursal, e que no processo administrativo a existência da instância recursal é obrigatória, visto que a proibição de recorrer conflita com o art. 5º. inciso LV⁸⁰, da CRFB, que prevê o direito de recorrer como inerente do direito de defesa em todos os processos administrativos em que haja litigantes, sendo também garantida a possibilidade de recorrer no art. 57⁸¹ da LPA.

Apesar das decisões administrativas obedecerem a ritos rigorosos e transparentes para sua motivação, sendo, pois, permeadas pela presunção de legalidade, cabe destacar que, frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o acesso ao judiciário é inafastável⁸².

⁸⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁸¹ Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.

⁸² ADMINISTRATIVO. Serviços de Telecomunicações. Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Reclamação Administrativa. LEI 9.472/97. Interconexão de redes. Fraude. Inexistência de acordo. Função Reguladora da Anatel. Arbitramento de condições em composição administrativa de conflitos. Possibilidade. princípios da unidade de jurisdição e independência das instâncias. ato administrativo passível de revisão pelo judiciário.

1. Sustenta a ANATEL, consoante apurado em reclamação administrativa, que a agravada, com o propósito de pagar a menos pelo uso da rede da Telefônica do Brasil S/A, alterou o número originário de discagem de ligações interurbanas, transmudando-as em ligações locais, em clara afronta às regras norteadoras do compartilhamento de redes e às condições contratadas entre ambas as operadoras. Daí ter determinado à agravada - que ignorara anterior recomendação de interrupção da prática fraudulenta - que reembolsasse à Telefônica, caso não houvesse consenso quanto aos valores apurados, o montante do débito advindo da fraude.
2. A regulação a cargo das agências, a despeito da evidente especificidade e complexidade do amplo universo de situações a serem disciplinadas, deve obediência ao quanto fixado pelo legislador.
3. Infere-se de diversos dispositivos da Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), a competência atribuída ao órgão regulador dos serviços de telecomunicações

Luiz Ricardo Trindade Barcellar⁸³ aponta ainda a ineficiência desse processo de resolução de conflitos previstos nas leis das Agências, o qual denominou de contencioso do intervencionismo econômico.

para fiscalizar, prevenir, reprimir, corrigir e sancionar condutas lesivas aos direitos dos usuários e à livre, ampla e justa concorrência no setor, de forma a propiciar, inspirada pela eficiência e continuidade do serviço público, um ambiente propício ao desenvolvimento sócio-econômico.

4. Interconexão, segundo o disposto no parágrafo único do art. 146 da LGT - definição repetida pela Resolução ANATEL nº 410/2005, que aprovou o Regulamento Geral de interconexão -, é a "ligação de Redes de Telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os Usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com Usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis" (art. 3º, V).

5. A interligação das redes de telefonia - infraestruturas cujo direito de propriedade deve atender à respectiva função social - é obrigatória, consoante expressa previsão legal, por evidentes razões de interesse público, racionalidade econômica e de universalização do acesso aos serviços de telecomunicações.

6. Na hipótese de inexistência de acordo entre os interessados, quando do exercício da função estatal de compor administrativamente conflito de interesses entre operadoras, caberá à agência, por provocação de uma das partes e na qualidade de órgão técnico regulador das telecomunicações, responsável pelo disciplinamento e fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e pela implantação, funcionamento e expansão das redes de telecomunicações, tal como prevê o art. 1º, parágrafo único, da LGT, arbitrar as condições para a respectiva solução (art. 153, § 2º).

7. Manter a decisão agravada implicaria, em última análise, no esvaziamento da própria competência legal para cujo desempenho a ANATEL foi criada, subvertendo, em detrimento do interesse público tutelado pela norma, a lógica do sistema organizacional da prestação privada de um serviço público essencial que, como tal, está submetido ao controle do Estado.

8. O ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da independência das instâncias. Nessa ordem de idéias, qualquer que seja a decisão emanada do órgão regulador, existe a possibilidade de sua revisão pelo Poder Judiciário, em face da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV). Dito de outro modo, "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 independentemente da solução alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional" (REsp 1.275859/DF, DJe 05/12/2012).

9. Agravado de instrumento provido." (TRF1, AG 0063030-87.2013.4.01.0000/DF, 5ª Turma, Relatora a Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, e-DJFI de 14/03/2014, p. 1475-destacamos).

⁸³ BARCELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44687/44989>. Acesso em abril de 2019.

É curial recordar que, um dos motivos que levou o legislador a optar por um método não-judicial foi a busca por maior celeridade. Entretanto, o presente sistema viola frontalmente esta premissa, visto que, depois de um processo administrativo prévio, o administrado ainda teria de buscar junto ao Poder Judiciário a proteção ao bem da vida que entende violado. Como se vê, não se eliminou nenhuma fase processual, mas sim se acresceu uma fase pré-jurisdicional obrigatória. Note-se ainda que, a maior demora na solução das lides, tem nítido reflexo na ampliação dos riscos do empreendedor, que, certamente, o transferiria para o preço das tarifas, repassando-se, assim, o risco para o usuário. Enfim, o contencioso do intervencionismo econômico afronta o interesse público que é o ponto nodal de todo o Direito Administrativo.

Ocorre que, o arcabouço normativo e regulatório do setor de telecomunicações é complexo, apresenta uma linguagem extremamente técnica e encontra-se sistematizado em extenso conjunto de leis, decretos e resoluções direcionados ao disciplinamento da área econômica regulada, sendo em muitos casos, de difícil assimilação pelo Judiciário frente a ausência de varas especializadas ao menos em regulação.

Em síntese, a atual atuação da Anatel na resolução de conflitos que ocorre com os agentes do setor por suas características reverte-se de procedimento administrativo, isto é, não tem aderência com as disposições da Lei de Arbitragem.

De fato, a Lei de Arbitragem não prevê expressamente a possibilidade da Administração Pública atuar como agente promotor da composição de conflitos, mas também não há uma vedação a ocupação dessa função. Assim, a seguir passa-se para a avaliação sobre em que medida a ausência de uma autorização legal expressamente direcionada à Administração Pública afeta a possibilidade da Anatel de criar um órgão arbitral institucional ou entidade especializada e/ ou atue como árbitro.

2.2. A leitura do princípio da legalidade no contexto contemporâneo permite à Anatel atuar na composição de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem

O princípio da legalidade é habitualmente analisado sobre duas acepções como se fossem de distinta aplicação para os indivíduos e à Administração Pública.

A primeira está inserida no artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988, e é apresentada comumente como legalidade do setor privado, cuja compreensão aponta que nenhum particular pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Por sua vez, a segunda acepção do princípio da legalidade seria a legalidade administrativa, estatuída pelo caput do artigo 37 que institui que a Administração Pública somente pode agir se, e quando a lei autorizar a atuação.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso)

Esse tipo de leitura do princípio da legalidade administrativa fundamenta a estruturação do regime jurídico brasileiro que, considerando a necessidade de realização do interesse público, as condutas dos agentes da Administração Pública só seriam legítimas se autorizadas por lei, caso contrário seriam ilícitas.

E essa concepção é extensamente difundida no meio acadêmico por meio da célebre obra de Hely Lopes Meirelles.

Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para a particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “dever fazer assim”⁸⁴.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.89)

É uma concepção de legalidade que identifica toda atuação da Administração como reserva de lei formal, a exigir que o ciclo da decisão administrativa seja esgotado por atos emanados do Parlamento. Por essa linha, toda atribuição de uma competência conferida à Administração exige não só a possibilidade de se utilizar um determinado instituto, mas também que a lei explicita os contornos da atuação a ser desempenhada.

Bernardo Strobel Guimarães⁸⁵ destaca que ao pretender que a lei seja o fundamento completo da atuação administrativa, esse tipo de posicionamento acaba por se trazer à baila uma ideia de tipicidade ao conteúdo dos atos e dos contratos de que a Administração dispõe. Assim, os modos da atuação administrativa derivariam da lei, que lhes daria a configuração mínima, portanto, ao administrador restaria utilizar-se das “receitas” dadas a ele pelo Legislador.

Assim, intuitivamente difunde-se no seio da sociedade a perspectiva de que, enquanto o particular tem liberdade para fazer “quase” tudo o que ele quer, a Administração Pública, ao contrário, somente pode fazer o que for expressamente autorizada pela lei.

Fomenta-se assim a ideia de que toda e qualquer atividade da Administração Pública deve estar estritamente vinculada à lei, não cabendo aos agentes públicos realizarem atos ou atividades sem previsão legal explícita.

Tal concepção está intimamente ligada ao entendimento de que a atuação da Administração Pública é regida pelo regime jurídico de direito público, logo, toda sua atuação se delinea em função da consagração dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade do interesse público ocupa posição basilar no regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da supremacia do interesse público. Ambos formam o alicerce do nosso direito administrativo e isso graças à

⁸⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado. Tese de Mestrado. São Paulo: USP. 2010, p. 173.

obra de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁶, que em escrito clássico, delineou ainda em 1967 os contornos do regime jurídico-administrativo no ordenamento normativo brasileiro.

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público.

A ereção de ambos em pedras angulares do Direito Administrativo, parecidos, desempenha função explicadora e aglutinadora mais eficiente que as noções de serviço público, "puissance publique", ou utilidade pública.

(...)

Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

(...)

No Direito Público, em geral, esta situação se expressa bem, nos excelentes comentários do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que merecem transcrição literal: "A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição à outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nas quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com os particulares.

Dentro dessa acepção, os bens, os serviços e os interesses da coletividade devem ser resguardados pelo administrador, sendo mister a criação de um ambiente onde, dentro da Administração Pública, as ações sejam resguardadas da "vontade do administrador", pois a única vontade que deve prevalecer é a "vontade da lei".

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu valor Metodológico. Disponível em: file:///C:/Users/rjass/Desktop/30088-56434-1-PB.pdf. Acesso em maio de 2019.

Daí surgir o questionamento, ter a conduta respaldada na lei é o mesmo que fazer somente o que foi prescrito diretamente pelo legislador como o dever de agir da Administração Pública?

Alexandre Santos Aragão⁸⁷, citando a obra de Charles Eisenmann, enumera quatro possíveis formas de se conceber a subordinação da Administração à lei.

1. Para a atuação da Administração Pública é suficiente que ela não viole qualquer norma legal, ou seja, na inexistência de normas legais que a obrigue a fazer ou a deixar de fazer algo, tem liberdade para atuar. Nesta aceção, a legalidade seria uma relação de não contrariedade com a lei.
2. A Administração Pública pode fazer o que uma norma superior, legal ou constitucional, a autorize, a habilite a fazer, ainda que não entre nos detalhes do conteúdo dos atos a serem emitidos. Nesta perspectiva, a Administração não possui liberdade na ausência de lei, mas basta que esta lhe atribua a competência. Privilegia-se, portanto, a existência de habilitação formal para o exercício de competência para a realização de determinados fins.
3. A Administração só pode emitir os atos que se esteiem em norma legal, não apenas habilitadora, mas predeterminante do conteúdo dos atos a serem praticados.
4. Em um plus em relação à visão anterior, a Administração Pública tem que estar apoiada em norma legal que esgote o conteúdo dos atos a serem tomados, que também deve determinar (não apenas facultar) a sua prática. Por esta visão, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas.

Aragão ressalta que, ao analisar a legalidade administrativa, é preciso abandonar uma série de mitos oitocentistas, pois a ideia de liberdade dos revolucionários franceses é fortemente ancorada na legalidade, com isso, logo após a Revolução Francesa, vigia apenas a legalidade em seu aspecto de mera não contrariedade, ideia que começou a ser combatida por não estar de acordo com o Estado de Direito.

Propugnamos, portanto, por uma superação da separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal, sustentando que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores.

A isto poderiam ser dados vários nomes: legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou, o que preferimos, simplesmente legalidade principiológica, no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que

⁸⁷ Aragão, Alexandre Santos. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79121841.pdf>. Acesso em abril de 2019.

possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards, etc. Trata-se, portanto, de uma visão neopositivista do princípio da legalidade, resultado de um sistema constitucional tendencialmente principialista.

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Note-se que esta formulação é uma mão de via dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação⁸⁸.

Nesse sentido, toma-se por fundamento os ensinamentos de Gustavo Binenbojm⁸⁹ que descreve o latente questionamento quanto ao paradigma do princípio da legalidade como vinculação à lei positiva e o novo direcionamento para um direito administrativo constitucional.

Binenbojm aponta que o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais leva a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado, passando a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal, surgindo assim, para a Administração Pública, uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis, tendo-se assim um progressivo aumento das atividades normativas do Poder Executivo e pela proliferação das Agências reguladoras independentes.

O enfraquecimento da lei formal e a multiplicação dos ordenamentos administrativos setoriais, segundo Binenbojm, demandaram um olhar novo que vê a

⁸⁸ Aragão, Alexandre Santos. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79121841.pdf>. Acesso em abril de 2019.

⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 13. mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br.rere.asp>. Acesso em abril de 2019.

constitucionalização do direito administrativo como sendo a resposta para a composição do regime jurídico administrativo. A Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, é o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que a Administração deve observar. Assim, a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode se dar com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Rafael da Silva Santiago⁹⁰ descreve a necessidade de se desmistificar a crença, sem restrições, na legalidade estrita, sobretudo em virtude de razões relacionadas com (i) a divergência entre o momento histórico de sua criação e o momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito; (ii) a insuficiência da legalidade; e (iii) a constitucionalização do Direito Administrativo.

(i) a divergência entre o momento histórico de sua criação e o momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito

Santiago esclarece que a evolução do conceito de legalidade e, mais do que isso, as mudanças ocorridas na vinculação deste princípio com a Administração Pública, denotam a importância de seu caráter contextual. Forçoso se torna pensar que o princípio da legalidade deve, imperiosamente, ser trabalhado de acordo com a realidade contemporânea de sua época. A desmistificação da ideia de perfeição da lei em sentido estrito, o crescente protagonismo dos órgãos administrativos e a distância existente entre a formulação teórica dos alicerces político-filosóficos do princípio da legalidade e a sua efetiva concretização, demonstram que as atividades da Administração Pública devem, agora, ser pautadas na lei em sentido material.

O princípio da legalidade deriva do princípio do estado de direito, tendo sido concebido como meio de defesa do cidadão contra as arbitrariedades dos agentes públicos. A ideia de estado de direito é milenar, sendo que seu conceito se definiu com mais rigor na Alemanha, onde assumiu função definida. Entretanto foi o liberalismo iluminista, da época da Revolução Francesa, que apregoou, com mais

⁹⁰ SANTIAGO, Rafael da Silva. O princípio da legalidade administrativa na sociedade pós-moderna: a necessidade de uma mudança de perspectiva. Tese de mestrado. Universidade de Brasília. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7884a9652e94555c>. Acesso em abril de 2019.

veemência, a submissão da atividade estatal à lei e que influenciou o constitucionalismo do Primeiro Império.

Dessa avaliação, observa-se que o princípio da legalidade, por acepção original, não tem relação com a autogestão estatal, mas sim com o direito do cidadão de não ser molestado pelos agentes públicos em sua individualidade sem que tal atividade tenha fundamento legal (em sentido amplo). Por outras palavras, o princípio da legalidade, para o cidadão, não é um direito e sim uma garantia. Para o poder público em sua autogestão, ou seja, enquanto atividade administrativa, não invade a seara dos direitos e das garantias individuais, é apenas um indicativo de conduta⁹¹.

E é neste processo de racionalização e sistematização das relações entre Estado e indivíduos, por meio de uma estrutura normativa que parte da Constituição e alcança os menores atos administrativos decorrentes do poder regulamentar, que começam a surgir as ideias de legalidade e de reserva de lei, que devem ser trabalhadas, a cada dia, para que melhor se encaixem na realidade social de seu tempo.

(ii) a insuficiência da legalidade

Santiago cita Luciano Ferraz que, em obra organizada por Carlos Pinto Coelho Motta⁹², afirma se mostrar: [...] superada a perspectiva de que a atividade legislativa é pressuposta à atuação da Administração Pública: na Administração Pública é possível fazer não só o que a lei autoriza, mas também o que o Direito

⁹¹ Celso Antonio Bandeira de Melo bem ilustra esse fato ao afirmar que “Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução de um propósito político: o de submeter os exercentes o poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embrague favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja se não a concretização dessa vontade geral” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 97).

⁹² MOTTA, Carlos Pinto Coelho [coord.]. Curso prático de direito administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011, p.6.

(conjunto de princípios e regras[...]) permite. É que administrar em tempos modernos é tarefa mais complexa do que simplesmente aplicar a lei *ex officio*. É realizar direitos fundamentais em plenitude e garanti-los em face dos inevitáveis arbítrios do poder, seja quem for o seu exercente.

Nesse sentido, Massimo Severo Giannini⁹³ aponta não ser possível conceber a atividade administrativa como mera executora mecânica da lei, sem qualquer papel criativo por parte do aplicador do Direito, sob pena de se tornar desnecessária a atividade regulamentar. A aplicação da lei, tanto pelo juiz, como pela Administração Pública, depende de um processo criativo-interpretativo, sendo inviável a existência de lei exaustiva o bastante que dispense o papel criativo do operador do Direito. De fato, o que pode variar é o grau de liberdade conferida pela norma jurídica.

(iii) a constitucionalização do Direito Administrativo.

Santiago defende que a aplicação das regras não deve ser realizada de forma isolada, mas em conjunto com todo ordenamento, considerando, pois, as demais normas jurídicas coexistentes no sistema. É insuficiente e inadequada a aplicação exclusiva de uma regra, sem a consequente aplicação de todo o Direito.

Ao avaliar os elementos acima referenciados, observa-se que em verdade o administrador pode fazer tudo aquilo que estiver contemplado pelo direito, entendendo-se por “direito” a Constituição, Lei Infraconstitucional, princípios, doutrina, jurisprudência e eventualmente usos e costumes (legalidade extensiva).

Assim, a compreensão do art. 5º, inciso II, da Carta Magna garante que só a lei obriga, ou seja, nesse sentido, o ato administrativo, para obrigar, deve decorrer diretamente da lei. Deve-se sustentar, portanto, na lei que respeitou o devido processo legislativo. Nesse ciclo, tem-se a exata subsunção de todos à vontade da lei e à vontade do povo.

Os princípios, no âmbito do Direito Administrativo, são postulados fundamentais que regulam o modo de agir do Estado no exercício de atividades

⁹³ GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo. Madrid: MAP, 1991. v. I, p. 111.

administrativas⁹⁴. Além disso, são verdadeiras normas jurídicas, dotadas, portanto, de valor normativo, devendo influenciar diretamente a solução de problemas jurídicos concretos⁹⁵.

Portanto, uma concepção adequada da legalidade administrativa deve compreendê-la como uma norma jurídica inserida em um sistema, assim a vinculação imediata da atuação administrativa não tem mais como ponto de referência o direito positivo, mas sim as normas jurídicas de natureza constitucional.

Tal concepção promove uma expansão do conteúdo da legalidade, para que a atuação da Administração não se limite a fazer o que a lei – uma regra de direito perante outras várias normas jurídicas – determine ou autorize. Os atos da Administração devem ser compatíveis com todas as normas jurídicas, de maneira que sua atuação se mostre legítima – e necessária – quando não proibida pelo direito, isto é, por todas as normas jurídicas estando em conformidade com elas.

Diante dessa expansão do conteúdo da legalidade, toma-se os ensinamentos de Bernardo Strobel Guimarães⁹⁶ o qual esclarece que uma interpretação adequada do princípio da legalidade deve reconhecer a Administração Pública como destinatária direta do artigo 5º, inciso II, da Constituição. Isso significa que o ente público pode atuar quando não proibido pelas normas jurídicas, isto é, em conformidade com o direito, e, em geral, desde que a sua atuação não resulte em obrigação de fazer ou deixar de fazer aos administrados, visto que, nos termos do aludido dispositivo constitucional, apenas lei pode gerar tal obrigação.

Nesse sentido, a Constituição estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei. O postulado é geral, isto é, dirigido tanto aos particulares, quanto ao Estado. O particular não pode ser

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.18.

⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 145..

⁹⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado. Tese de Mestrado. São Paulo: USP. 2010, p. 183.

obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, vez que apenas por intermédio da lei formal, aprovada pelo Parlamento, o Estado pode exigir algo do administrado, determinando-lhe o dever de agir ou de se abster de fazer algo.

Essa é a essência da mudança de perspectiva do princípio da legalidade adotando-se uma visão mais adequada, porquanto expande a possibilidade de atuação da Administração Pública a medida em que há a expansão das necessidades da coletividade – as quais, em geral, por determinação constitucional, devem ser por ela concretizadas, conforme esclarece Guimarães⁹⁷.

Nota-se ainda que a Administração possui o dever de gerar os fins a ela impostos pela ordem jurídica, bem como tem a capacidade de tomar a ordem jurídica como um dado dinâmico com vistas a atingir os valores que a sociedade dela espera. A eficiência assim o exige. Neste sentido, a relação da Administração com a ordem privada deve ser vista como uma alternativa à disposição do administrador público, nas quais pode exercer uma maior liberdade de conformação dos meios da atuação administrativa.

Claro que isso não significa romper com o dever de atentar aos valores previstos pela ordem jurídica. Como já afirmado, a utilização de vias privadas se submete a diversas pautas que impedem a aplicação pura e simples de regras privadas pela Administração. Isso porque a Administração jamais age propriamente como um particular. No entanto, isto não significa de modo algum que tais alternativas estejam vedadas ao administrador pelo simples fato de pertencerem à ordem privada.

Em vez de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade desta atuação com o chamado “bloco de legalidade”, conforme explica Alexandre Mazza⁹⁸.

O princípio da legalidade não se reduz ao simples cumprimento da lei em sentido estrito. A Lei federal n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no art. 2º, parágrafo único, I, define a legalidade como o dever de atuação conforme a lei e o Direito. A redação do dispositivo permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de princípio da juridicidade, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares (lei em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado bloco da legalidade. Significa dizer que as regras vinculantes da atividade administrativa emanam de outros veículos normativos, a saber: a) Constituição Federal, incluindo emendas constitucionais; b) Constituições Estaduais e Leis Orgânicas; c) medidas provisórias; d) tratados e convenções internacionais; e) costumes; f) atos

⁹⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado. Tese de Mestrado. São Paulo: USP. 2010, p. 190.

⁹⁸ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2015, página 101.

administrativos normativos, como decretos e regimentos internos; g) decretos legislativos e resoluções (art. 59 da CF); h) princípios gerais do direito.

Por essa lógica, se a atuação da Administração Pública não impor ao administrado um dever de agir ou de se abster, não há um impeditivo para que ela atue na consecução de atividade permitida pela lei como um comando genérico à sociedade.

Como apontado no Capítulo I, é inerente à arbitragem a vontade das partes em utilizar-lhe. Nesse sentido, a participação da Anatel na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem, por si, é uma atividade que, em essência, não imputa qualquer restrição de direitos aos administrados. A participação da Anatel na arbitragem, nesse caso, decorre da própria vontade das partes em conflito.

Nesse interim, a inexistência de uma previsão expressa em lei indicando quais entes da Administração Pública podem atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem ou mesmo uma determinação específica diretamente voltada à Anatel, não se constitui fato impeditivo para a consecução de tal atividade.

Pelo exposto, admitindo que a Administração Pública, sob o fundamento de uma competência constitucional, pode fazer tudo o que não é proibido pelas normas jurídicas, desde que esses atos não realizem limitações à liberdade e à propriedade dos administrados, a ausência de expressa previsão legal, não é óbice para que a Anatel atue como agente promotor da composição de conflitos nos termos da Lei n. 9.307, de 1996.

CAPÍTULO III – O CENTRO DE ARBITRAGEM DA ANATEL

A Anatel pode atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei n. 9.307, de 1996, promovendo a consecução de um ambiente que permita a arbitragem institucional.

Conforme visto no Capítulo I, a opção pela arbitragem é uma negociação que envolve a vontade das partes que estão em conflito, nesse sentido compete a elas estabelecer como se desenvolverá esse processo e quem será o árbitro da causa.

No procedimento arbitral, as partes, no exercício da autonomia da vontade⁹⁹, são responsáveis pela escolha de como será realizado o procedimento para solucionar o conflito, isto é, para cada arbitragem há a aplicação de um procedimento próprio, visto estar ele fundado na vontade das partes que estão divergindo.

Sendo das partes esta prerrogativa, podem elas realizar em conjunto a descrição de como se darão esses procedimentos ou podem valer-se da expertise de terceiros, e assim, de comum acordo, decidirem por se utilizar de estruturas do que a Lei de Arbitragem denominou de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

Caso não seja de desejo das partes a consecução dessa parte processual, podem elas escolher o procedimento já estabelecido por alguma instituição, bom como escolher que tal ente seja o responsável pela organização processual da arbitragem, inclusive podem indicar que essa instituição os auxilie na escolha dos árbitros.

⁹⁹ Selma Ferreira Lemes aponta que o princípio da autonomia da vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio jurídico envolvendo direito patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos 9ar. 1) até como será desenvolvido o procedimento arbitral. (LEMES, Selma Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. Revista do Advogado. São Paulo. AASP. V51, 1997, p.52)

A arbitragem que ocorre com o auxílio de uma pessoa jurídica (ou um departamento de uma pessoa jurídica) e que tem como missão institucional organizar arbitragens, denomina-se arbitragem institucional. Esse ente não deve ser confundido com o árbitro ou com o Tribunal Arbitral (que é o colegiado de árbitros). A função dessa estrutura é atuar como uma secretaria – algo similar ao cartório que auxilia o juiz estatal –, como um órgão de apoio para as partes e para os árbitros. Ou seja, o órgão institucional arbitral realiza a administração da arbitragem, motivo pelo qual também se usa a expressão arbitragem administrada, que é sinônimo de arbitragem institucional¹⁰⁰.

Tais centros de arbitragem foram denominados, na Lei de Arbitragem, como órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas. Contudo, tais estruturas são percebidas na sociedade com a denominação de Câmara de Arbitragem¹⁰¹.

Denomina-se arbitragem *ad hoc* aquela que ocorre sem o referido apoio. Todas as tarefas realizadas por órgãos institucionais arbitrais ficam a cargo do árbitro. Para que ele não fique sobrecarregado com as providências administrativas, é comum que em arbitragens *ad hoc* o árbitro, com a concordância das partes

¹⁰⁰ NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord) Aspectos práticos da arbitragem. São Paulo: Quartier latin, 2006, p. 254-255)

¹⁰¹ Em relação às Câmaras Privadas de Mediação. Conciliação e Arbitragem, a Resolução CNJ n. 125/2010 do CNJ veda, expressamente, o uso de denominação e/ou símbolos que as vincule ao Poder Judiciário ou que possa gerar interpretação equivocada do jurisdicionado quanto à natureza da atividade prestada. Nesse sentido, assim dispõe o artigo 12-F: “Fica vedado o uso de brasão e demais signos da República Federativa do Brasil pelos órgãos referidos nesta Seção, bem como a denominação de ‘tribunal’ ou expressão semelhante para a entidade e a de ‘Juiz’ ou equivalente para seus membros”. Além disso, por ocasião da realização da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), em agosto de 2016, foi aprovado enunciado com o seguinte teor: “São vedadas às instituições de arbitragem e mediação a utilização de expressões, símbolos ou afins típicos ou privativos dos Poderes da República, bem como a emissão de Carteiros de Identificação para árbitros e mediadores” (Enunciado 8). Ademais, mesmo antes do advento do microsistema de tratamento adequado de conflitos (CPC, Lei de Mediação e Resolução CNJ n. 125/2010), o CNJ já havia se pronunciado a respeito do tema ao examinar o PP n. 0006866-39.2009.2.00.0000, de Relatoria do Conselheiro NELSON TOMAZ BRAGA.

(encarregadas do custo), nomeie um secretário *ad hoc*, ou tenha um assistente, que então cuidará das questões administrativas¹⁰².

Não é obrigatório, para que o instituto da arbitragem seja utilizado de forma lícita e legítima pelas partes, que elas realizem a adesão a uma Câmara de Arbitragem. Ocorre que, conforme apontado no Capítulo I, a arbitragem deve seguir os princípios do devido processo legal, o que imputa ser observado um procedimento que confira que tal princípio foi observado. Contudo, se no processo judicial a lei descreve detalhadamente as regras que permitam a observância do referido princípio, na arbitragem caberá às partes realizarem a escolha do regramento.

As partes em conflito podem não ter qualquer expertise na condução de um processo ou mesmo que a tenham, o esforço despendido em estabelecer as regras procedimentais para a consecução da arbitragem pode demandar mais empenho do que a própria solução do conflito. Nesse ponto, é recomendável que seja dada preferência à realização de arbitragens com o auxílio de instituições sérias e preparadas, que indiquem profissionais gabaritados, com formações multidisciplinares para atuar nos processos.

As partes, ao escolherem um centro de arbitragem para resolver o conflito, podem optar por instituições arbitrais “especializadas” em algumas áreas temáticas, que apresentam regulamento específico a ser aplicado apenas aos conflitos correlacionados ao tema a que se vinculam, assim como podem escolher instituições arbitrais “genéricas” que apresentem regulamento geral.

Conforme apontado no Capítulo I, a Lei de Arbitragem ao tratar das figuras órgão arbitral institucional ou entidade especializada tão somente apontou o direcionamento de que as partes poderiam se utilizar dessas estruturas, sem apresentar maiores considerações sobre a forma de constituição.

¹⁰² NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.) Aspectos práticos da arbitragem. São Paulo: Quartier latin, 2006, p. 254-255)

Cabe aqui destacar que, em relação a mediação e conciliação, existe uma tutela por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que organiza um cadastro dos conciliadores e mediadores judiciais e das câmaras privadas¹⁰³. Contudo, os procedimentos relativos à criação de câmaras privadas de arbitragem não estão inseridos no rol das atribuições do CNJ. Assim, diante da ausência de regramento sobre a criação e estruturação de uma câmara de arbitragem, avalia-se em que medida poderia ser estabelecido um centro de arbitragem pela Anatel.

3.1. A instituição do centro de arbitragem da Anatel

A lei não apresenta definições, nem mesmo estabelece limites, para constituição de um órgão arbitral institucional ou de uma entidade especializada. Sendo tais figuras mencionadas nos artigos 5; 10, inciso II; 13, §§ 3º e 4º; 16, § 1º; e, 21 da Lei de Arbitragem¹⁰⁴.

¹⁰³ A Câmara Privada possui, com as devidas adaptações, os mesmos direitos e deveres dos mediadores judiciais e conciliadores (artigo 175, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Além disso, se pretende atuar incidentalmente a processos judiciais, deve ser credenciada no tribunal. Como contrapartida a esse credenciamento, a câmara privada deve suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelos tribunais de acordo com parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 169, § 2º, do Código de Processo Civil, e artigo 12-D da Resolução CNJ n. 125/2010). De acordo com o parágrafo único do artigo 12-C da Resolução CNJ n. 125/2010, incluído pela Emenda n. 02/2016, o cadastramento de câmaras privadas é facultativo para a realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais. No entanto, feita a opção pelo cadastro, as câmaras privadas terão de seguir as regras fixadas na Resolução CNJ n. 125/2010, inclusive quanto à capacitação, bem como as disposições contidas no Código de Processo Civil (artigos 167, *caput* e § 4º, 169, § 2º e 175, parágrafo único). Dessa forma, para atuar como câmara privada cadastrada, seus integrantes devem ser mediadores cadastrados no respectivo tribunal, sendo necessária, portanto, a capacitação nos moldes da Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

¹⁰⁴ Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

Diante da ausência de uma definição legal, a doutrina comumente aponta que esses centros configuram-se em uma organização, com ou sem fins lucrativos, que tem em seu objeto de constituição a atividade de administração processual da arbitragem que, por sua vez, levará à solução extrajudicial do conflito. Eis que não há qualquer disposição legislativa específica sobre a atuação dessas instituições ou mesmo da atividade de árbitro, além daquelas previstas na Lei n. 9.307, de 1996.

Visto que a lei não trouxe um conceito e nem mesmo limitou o tipo de natureza jurídica que deveriam estar vinculadas essas figuras, a criação de um centro de arbitragem deve ser realizada considerando as categorias previstas em lei, em observância a adequada a finalidade a que se destina.

Assim, para centros de arbitragem instituídos por agentes privados, para sua criação na ordem jurídica basta que, segundo os propósitos a que se destina o centro a ser instituído, que se faça o registro público conforme estabelecido em

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei n. 13.129, de 2015)

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

lei¹⁰⁵. Desta feita, podem os particulares criar uma pessoa jurídica só para exercer essa atividade de centro de composição de conflitos, o que demandará a criação de uma pessoa jurídica (entidade especializada). Também pode ser criada dentro de uma pessoa jurídica já constituída uma unidade voltada a consecução dessa prestação de serviço, o que demandará que tal função esteja prevista nos atos constitutivos da pessoa jurídica (órgão arbitral institucional).

No caso de pessoas jurídicas de direito público, a criação de um centro de arbitragem por elas pode evocar raciocínio semelhante, isto é, criação de uma pessoa jurídica com finalidade de ser um centro de arbitragem ou criação de unidade dentro de sua estrutura.

O ganho para a sociedade da instituição de um centro arbitral por órgãos e entidades da administração pública tem razão de ser quando este estiver

¹⁰⁵ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei n. 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da Publicação de sua inscrição no registro.

direcionado a resolução de conflitos entre particulares que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

A opção de criação de uma pessoa jurídica levaria a necessidade de criação de toda uma estrutura administrativa só para administração da própria entidade. Com base nessa consideração, a criação de uma pessoa jurídica como um centro de arbitragem distancia-se do princípio da eficiência.

Ademais, apesar da Lei de Arbitragem não adentrar na caracterização sobre ter ou não fins lucrativos a prestação de serviços o órgão arbitral institucional ou entidade especializada, certamente os particulares que exploram tal atividade têm um propósito de ser remunerados pelos serviços prestados.

Nesse ponto, a criação de uma entidade especializada pelo poder público pode levar a questionamentos sobre o avanço na exploração de atividade econômica, que via de regra, conforme interpretação conjunta do artigo 173, *caput*, e §4º¹⁰⁶, da Constituição Federal com artigo 170, inciso IV, e parágrafo único¹⁰⁷, assegurasse à iniciativa privada a preferência.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁸ declara que o Estado pode assumir duas posições como titular de atividades econômicas, conforme bem explica no excerto abaixo.

¹⁰⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

¹⁰⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 991.

O Estado atua de duas formas na ordem econômica. Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares, pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o Estado Regulador. Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui a atividade estatal pode estar mais ou menos aproximada à atuação das empresas privadas. O certo, porém, é que não se limita a fiscalizar as atividades econômicas, mas ingressa efetivamente no plano da sua execução. Seja qual for a posição que assuma, o Estado, mesmo quando explora atividades econômicas, há de ter sempre em mira o interesse, direto ou indireto, da coletividade. Podemos considerá-lo nesse ângulo como Estado executor.

Cabe destacar que a ideia de criação de um centro de arbitragem pela Anatel vincula-se a percepção de que órgãos e entidades da Administração Pública que atuam em setores de alta complexidade técnica, como as Agências Reguladoras, podem contribuir com conhecimento altamente especializado para consecução de mais um meio de acesso à justiça na sociedade.

Conforme apontado no Capítulo II, essa percepção da complexidade técnica do setor de telecomunicações foi elemento para que a LGT previsse a competência da Anatel para a composição de conflitos. Ocorre que essa previsão ocorreu junto à criação da Agência em 1997, isto é, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.307, de 1996, ainda não tinha sido exarado¹⁰⁹. O posicionamento da Suprema Corte também indicou que a lei não pode determinar a arbitragem de maneira compulsória.

Das pesquisas realizadas para a consecução desse trabalho, achou-se somente na Lei n. 12.154, de 23 de dezembro de 2009, lei que cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, a previsão explícita da utilização da Lei n. 9.307, de 1996, por um órgão regulador na resolução de conflitos.

Art. 2º Compete à Previc:

VIII - promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos,

¹⁰⁹ Visto o posicionamento da Suprema Corte de que não se pode impor a observância de um processo de arbitragem por Lei, pois isso afastaria a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, os processos de resolução de conflito desenvolvidos dentro das Agências passaram a orientar-se segundo os procedimentos do processo administrativo.

patrocinadores ou instituidores, **bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996; (grifo nosso)**

A PREVIC, seguindo a determinação legal, instituiu a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da PREVIC (CMCA)¹¹⁰ que tem a competência de promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos na forma da Lei n. 9.307, de 1996.

Em observância ao procedimento adotado na PREVIC, no caso da instituição de um órgão arbitral pela Anatel, entende-se ser mais eficiente a criação de um centro de arbitragem dentro da própria instituição.

A LGT, ao criar a Anatel, explicita a independência do órgão nos níveis administrativo, financeiro e funcional, mediante a ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Contudo, com relação a sua estrutura organizacional, a LGT, no art. 10¹¹¹, estabeleceu que caberia ao Poder Executivo fixar a estrutura organizacional.

O Decreto n. 2.338, de 7 de dezembro de 1997, aprovou o regulamento da Agência – sua organização, instalação, gestão financeira e seus agentes, definindo sua competência, a composição de seus órgãos superiores –, conselho diretor e conselho consultivo, a sua estrutura organizacional e os princípios que devem reger o exercício de suas atividades.

Considerando que, com a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, a exigência de lei passou a alcançar apenas a criação e a extinção de órgãos, a estruturação e as atribuições podem ser processadas por decreto do chefe do

¹¹⁰ Instrução n. 10, de 20 de junho de 2014. Disponível em: [file:///Users/Raquel/Documents/Instruc%CC%A7a%CC%83o-Previc-n-%C2%B0-10-de-20-de-junho-de-2014%20\(1\).pdf](file:///Users/Raquel/Documents/Instruc%CC%A7a%CC%83o-Previc-n-%C2%B0-10-de-20-de-junho-de-2014%20(1).pdf). Acesso em abril de 2019.

¹¹¹ Art. 10. Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional.

Executivo, como consta, aliás, no art. 84, VI, "a", da CF¹¹², também alterado pela referida Emenda.

José dos Santos Carvalho Filho¹¹³, em obra clássica, ensina que é lícito ao Executivo criar órgãos auxiliares, inferiores ou subalternos, desde que aproveite os cargos já existentes, somando-se ainda a condição de não serem praticados atos que pudessem constranger a esfera jurídica dos particulares.

Órgãos públicos são centros de competência especializada sem personalidade jurídica que se inserem em uma pessoa jurídica da Administração Pública Direta ou Indireta, de pessoas de natureza pública ou privada, de qualquer dos poderes, conforme definição da Lei n. 9.784, de 1999¹¹⁴.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹¹⁵, tais órgãos não possuem personalidade jurídica e nem vontade própria. Isso se deve ao fato de que pertencem a uma entidade (Anatel), a qual vincula seus atos. Nos dizeres do mencionado autor:

Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento.

Considerando ainda que a escolha pela utilização desse centro de arbitragem da Anatel condicionar-se-ia tão somente a vontade das partes, isto é, não há

¹¹² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

¹¹⁴ Art. 1º (...)

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta.

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 68-69.

qualquer constrangimento a esfera de direito dos particulares, entende-se que o Poder executivo pode alterar o Decreto n. 2.338, de 1997, no sentido de incluir na estrutura da Agência a unidade competente pelo centro de arbitragem da Anatel.

É defeso à Anatel criar cargos comissionados ou despesas não previstas na Lei Orçamentária, dessa forma cabe à Administração propor a solução mais adequada para viabilizar a instalação dessa unidade¹¹⁶.

Nesse ponto, a título de reflexão, aponta-se que as novas tecnologias têm apresentado ao Poder Público a possibilidade de revisão da forma de execução dos processos de trabalho. Como exemplo mais recente pode-se mencionar a implementação do processo eletrônico que tem permitido uma maior eficiência na gestão documental e processual. Pensando num futuro não tão distante, a utilização de ferramentas de inteligência artificial na Administração Pública proporcionará que atividades intensivas em alocação de recursos humanos sejam automatizadas¹¹⁷. De fato, as novas tecnologias irão permitir a realocação de força de trabalho em outras atividades, dentre elas, a título de sugestão, o centro de arbitragem.

3.2. Cobrança pelos serviços prestados na arbitragem

A Lei de Arbitragem não teceu detalhamento sobre como deveria ser instituído o órgão arbitral institucional ou a entidade especializada, nem mesmo apontou sobre ser uma atividade de cunho lucrativo.

¹¹⁶ Lei n. 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das Agências Reguladoras, em seu Anexo I, previu o quantitativo de servidores da Anatel. Disponibilizou 720 servidores para o quadro de Especialistas em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações, 485 Técnicos em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações, 250 Analistas Administrativos e 235 Técnicos Administrativos, perfazendo o total de 1690 servidores.

¹¹⁷ Hila Mehr, apresenta estudo sobre como a AI pode reduzir os encargos administrativos, ajudar a resolver a alocação de recursos problemas, e assumir tarefas significativamente complexas. In *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. Harvard Kennedy School. Disponível em: https://ash.harvard.edu/files/ash/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf. Aceso em julho de 2019.

Contudo, essa lei reconhece que a arbitragem envolve custos a serem suportados pelas partes. Ela reconhece que a atividade do árbitro envolve o pagamento de honorários e que a arbitragem envolve despesas. Isto posto, os honorários dos árbitros não se confundem com as despesas da arbitragem¹¹⁸.

Em relação às despesas, as disposições da Lei de Arbitragem são genéricas, não indicando ou vinculando a determinada atividade, portanto, pode compreender desde o custo com o encaminhamento de correspondências, aos custos com a produção de provas periciais, bem como os referentes à contratação dos serviços de administração da arbitragem.

Da generalidade da lei, é possível inclusive concluir pela possibilidade de que o centro de arbitragem não cobre pelos serviços prestados.

Para ilustrar o raciocínio, evoca-se novamente a CMCA como exemplo. A CMCA originalmente foi instituída pela Instrução PREVIC n. 7, de 9 de novembro de 2010, e a época foi previsto pagamento pela prestação dos serviços¹¹⁹.

¹¹⁸ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

¹¹⁹ Consta do sítio eletrônico da PREVIC que desde 2014, já foram homologados 145 Termos de Conciliação. Amparada pela legislação vigente, a atuação da comissão evita a judicialização dos litígios e reduz o tempo de solução das controvérsias. O procedimento também se torna mais econômico para as partes, visto que não há cobrança de taxas ou custas processuais.

Art. 6º Verificada a regularidade da documentação pela Secretaria-Executiva, o procedimento será encaminhado ao presidente da CMCA, que deverá proferir decisão sobre sua admissibilidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento dos autos.

§ 6º A comprovação do pagamento da tarifa fixada no Anexo II, destinada ao custeio dos serviços prestados, deverá ser feita no prazo de até 10 (dez) dias da comunicação da admissão do procedimento, sob pena de arquivamento.

§ 7º Quando as partes decidirem, no curso ou ao final do procedimento de conciliação e mediação, submeter a controvérsia também à arbitragem, o recolhimento da diferença entre as tarifas previstas no Anexo II deverá ser providenciado no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que tiverem ciência da instituição da arbitragem.

§ 8º Caso as partes desistam, de comum acordo, da instalação da arbitragem, deverá ser restituída a diferença de que trata o parágrafo anterior.

Ocorre que a Instrução PREVIC n. 10, de 20 de junho de 2014, revogou a Instrução PREVIC n. 7, de 2010, dando novo disciplinamento a CMCA. Nessa nova versão, retirou-se a previsão de pagamento dos serviços prestados pela CMCA.

Cabe destacar que, desde sua origem, o Regulamento da CMCA também indica que o exercício da atividade de árbitro não seria remunerado, devendo ser computada a força de trabalho despendida na carga semanal.

Art. 2º A CMCA possui a seguinte composição:

(...)

§ 2º Os serviços a que se refere este regulamento serão considerados serviços relevantes e não remunerados, exercidos sem prejuízo das atribuições do cargo.

§ 3º Os serviços a que se refere este regulamento devem ser computados na carga semanal de trabalho dos servidores.

No caso da CMCA, entendeu-se que o funcionamento dar-se-á por meio de um Comitê Arbitral, sendo que, necessariamente, haveria um advogado público federal, o qual o presidiria. Contudo, além do advogado público, as decisões são tomadas, em conjunto com mais dois profissionais de notório conhecimento da matéria, escolhidos pelas partes.

Art. 11. O Comitê Arbitral será composto por três membros, designados pelo presidente da CMCA para a solução de caso específico da seguinte forma: I - um advogado público federal, em exercício na Procuradoria Federal junto à Previc, escolhido pelo Presidente da CMCA, a partir de lista elaborada anualmente; II - dois profissionais com notório conhecimento da matéria e reputação ilibada, indicados de comum acordo pelas partes.

§ 1º O Comitê Arbitral será presidido pelo membro designado na forma do inciso I deste artigo.

§ 2º Nos casos de arbitragem, os componentes do Comitê Arbitral deverão proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção no exercício de suas funções, assinando "Declaração de Independência", a qual será juntada aos autos.

§ 3º O Comitê Arbitral poderá contar com o auxílio de experts, com conhecimento na área de finanças ou de atuária, selecionados a partir de lista elaborada anualmente pelas Diretorias da Previc.

Ao advogado público federal, em exercício na Procuradoria Federal junto à PREVIC, neste caso, é possível a aplicação da determinação prevista no art. 2º, §§ 2º e 3º, de esses que serviços são considerados relevantes e não remunerados, exercidos sem prejuízo das atribuições do cargo, devendo ser computados na carga semanal de trabalho do servidor. Contudo, os outros dois árbitros são dois profissionais com notório conhecimento da matéria e reputação ilibada, indicados, de comum acordo, pelas partes. Nesse caso, a referida instrução não deixa claro como será a remuneração desses dois árbitros.

Assim, no caso da CMCA, atualmente, está estabelecido no regulamento que não há cobrança pelos serviços prestados pela câmara. Já com relação ao pagamento do árbitro na instrução, não resta claro como se dá o pagamento dos árbitros indicados pelas partes (dois profissionais com notório conhecimento da matéria).

O caso da PREVIC serve para demonstrar que a Anatel pode optar por estabelecer a cobrança ou não desses serviços prestados pelo centro de arbitragem. E que deverá demonstrar algum posicionamento sobre o pagamento dos honorários dos árbitros que estiverem na lista apresentada pelo seu centro de arbitragem.

Em relação a cobrança de valores, cabe destacar que o artigo 17, do Decreto n. 2.338, de 1997, estabelece que a Anatel pode editar tabela de emolumentos.

Art.17. No exercício de seu poder normativo relativamente às telecomunicações, caberá à Agência disciplinar, entre outros aspectos, a outorga, prestação, a comercialização e o uso dos serviços, a implantação e o funcionamento das redes, a utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências, bem como:

XLI - editar tabela de emolumentos, preços e multas a serem cobrados;

Custas designam a soma de despesas ou dispêndios que se tem no andamento de um processo. Assim, são as despesas do processo ou encargos decorrentes dele os fixados ou tarifados em lei. Já o emolumento, possui vocábulo genérico no sentido de ser toda retribuição devida ou vantagem concedida a uma pessoa, além daquilo que, fixamente, percebe pelo exercício de seu cargo ou ofício. Ou seja, são taxas cobradas ou devidas pelos serviços prestados, além de outras contribuições atribuídas ao ato, pagas de outra maneira¹²⁰.

Em que pese a Agência poder cobrar por esse serviço, a finalidade da instituição desse centro de arbitragem conduz para a não cobrança.

Primeiramente, sugere-se a alocação de servidores que já façam parte do quadro da Agência, não se denotando assim, a necessidade de contratação e portanto, sem majoração dos recursos destinados ao pagamento de pessoal.

Segundo, porque a arrecadação da Agência já é suficiente para cobrir eventuais custos administrativos do centro de arbitragem. Como apontado, a finalidade da criação de um centro de arbitragem pela Anatel é que este esteja voltado à administração de processos de arbitragem, visando a solução de conflitos que tenham correlação com questões do setor de telecomunicações. Nesse ponto, chama-se a atenção para o fato de que as receitas arrecadadas pela Anatel, destinadas ao seu funcionamento, são atualmente muito superiores ao efetivamente utilizado.

Conforme informações fornecidas pela Agência Nacional de Telecomunicações, em seu Relatório de Gestão do Exercício de 2018¹²¹, o orçamento da Anatel teve de despesas empenhadas no ano de 2018 um montante de 592,3 milhões de reais, sendo 388,6 milhões de reais destinados a pagamento de pessoal, 149,5 milhões de reais destinados a outras despesas correntes e 54,2 milhões de reais a investimentos. Ocorre que, somente pela arrecadação da Taxa de

¹²⁰ SILVA, Plácido e, Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 20ª edição, 2002.

¹²¹

Disponível

em:

<https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=349297&pub=original&filtro=1&documentoPath=349297pdf> Acesso em maio de 2019.

Fiscalização e Instalação (TFI) e Taxa de Fiscalização e Funcionamento (TFF)¹²², no ano de 2018, a Anatel arrecadou o montante de 2.365,15 bilhões.

Com esses dados pretende-se apontar que não seria necessário obter mais recursos para cobrir os custos administrativos do centro de arbitragem, pois o propósito é criar um centro que possibilite a resolução de conflitos que envolvem especificamente relacionamentos do setor de telecomunicações, pois os recursos arrecadados por taxas do setor estariam sendo destinados à atividades relacionadas a função de promover a solução de conflitos entre os agentes desse mesmo setor.

Assim, considerando que uma das funções do órgão regulador é atuar na resolução de conflitos que se desenvolvem dentro do setor de telecomunicações, conforme visto no Capítulo II, não estaria ocorrendo qualquer desvio da finalidade dos recursos arrecadados a instituição de um centro de arbitragem.

¹²² Previstas na Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966, com redação dada pela Lei n. 9.472, de 1997. Art. 1º. Fica criado um fundo de natureza contábil, denominado "Fundo de Fiscalização das Telecomunicações", destinado a prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução.

Art. 2º. O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL é constituído das seguintes fontes:
(...)

f) taxas de fiscalização;
(...)

Art. 6º. As taxas de fiscalização a que se refere a alínea "f" do artigo 2º são a de instalação e a do funcionamento.

§ 1º. Taxa de fiscalização de instalação é a devida pelas concessionárias permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações.

§ 2º. Taxa de fiscalização do funcionamento é a devida pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, anualmente, pela fiscalização do funcionamento das estações.

§ 3º. ... Vetado.

Art. 7º. A taxa de fiscalização da instalação tem os seus valores fixados no Anexo I desta Lei.

Art. 8º. A taxa de fiscalização do funcionamento será paga, anualmente, até o dia 31 de março, e seus valores serão os correspondentes a 50% (cinquenta por cento) dos fixados para a Taxa de Fiscalização da Instalação.

Já com relação aos honorários dos árbitros, entende-se ser importante que a Anatel estabeleça um racional de pagamento dos árbitros que compõem a sua lista.

Em que pese não ser obrigatória tal previsão, visto que os honorários são devidos ao árbitro e não ao centro de arbitragem da Anatel, a previsão de valores constitui elemento de previsibilidade que auxilia as partes a avaliarem a pertinência ou não de submeter o conflito ao centro de arbitragem da Anatel. Por outro lado, apresenta também aos interessados em constar do Corpo Permanente de Árbitros¹²³, informação apta a motivar a sua participação ou não nesta lista, pois de antemão, saberão o valor que as partes irão remunerá-los pelos serviços prestados.

Mas cabe destacar que os árbitros não receberão da Anatel remuneração de qualquer espécie, o pagamento deve ser feito pelas partes diretamente aos árbitros.

3.3. A apresentação de Corpo Permanente de Árbitros pelo centro de arbitragem da Anatel

Dentro da função de administrar o procedimento arbitral, o centro de arbitragem da Anatel pode¹²⁴ fornecer uma lista de pessoas aptas a exercerem a função de árbitro, o Corpo Permanente de Árbitros.

Vera Cecília Monteiro Barros¹²⁵ esclarece que o fornecimento de uma lista de árbitros tem por objetivo garantir a qualidade da arbitragem. A prática revela que as partes, muitas vezes, buscam essas listas de árbitros e se sentem seguras e

¹²⁴ As Câmaras e Centros de Arbitragem geralmente possuem lista sugestiva de árbitros, pois não é algo indispensável. Note-se que a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI não possui lista de árbitros. Não existe restrição à nacionalidade do árbitro, na legislação nacional, podendo ser indicado árbitro um cidadão brasileiro ou estrangeiro. (LEMES, Selma Maria Ferreira. O papel do árbitro. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf. Acessível em julho de 2019.)

¹²⁵ BARROS, Vera Cecília Monteiro. A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros. In CHAHALI, Francisco (org) Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26/5/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 602.

confortáveis com elas. Isso acontece porque as partes têm a ciência que as instituições examinam a idoneidade do árbitro e seus atributos profissionais, pessoais, éticos e morais, conferindo legitimidade ao processo arbitral. Ao criar as listas, as entidades objetivam controlar a qualidade dos procedimentos que administram, pois têm receio de que a livre indicação dos árbitros possa comprometer a seriedade e o prestígio da arbitragem.

Diante dessas características, oportuno se pensar que os centros de arbitragem, ao fornecer as suas listas, o façam como lista fechada, isto é, apontando a impossibilidade de que sejam escolhidos árbitros fora de sua lista.

Francisco José Cahali¹²⁶ bem descreve a importância da lista fechada de árbitros como medida de controle da Câmara de Arbitragem.

Algumas instituições restringem a atuação sob sua gestão apenas aqueles que constam de sua relação de árbitros, ou exige que alguns deles seja o *predominante*. A chamada “lista fechada” permite à Entidade o controle, em certa medida, da qualidade das decisões, pois nela integram aqueles profissionais que previamente foram reconhecidos por um órgão (geralmente Conselho) da instituição pelos seus méritos, sendo periódica também a revisão para manutenção ou alteração de nomes, e acompanha-se a dinâmica dos árbitros no procedimento arbitral, uma vez que estes ficam sob os cuidados da Entidade. Dessa forma, esta opção de “lista fechada” tem sentido e razão de existir. Certamente muito ainda se debaterá a respeito, não só quanto a essência da previsão, como também a propósito de como seria o controle da escolha pela câmara, especialmente quanto ao efeito da respectiva decisão. Por exemplo, recusada a escolha no controle exercido pelo órgão competente da instituição, promove-se nova indicação, indefinidamente, até que algum árbitro seja aceito, ou manter-se-á o(s) escolhido(s), transformando-se o procedimento em arbitragem “ad hoc” (cf. Capítulo 5, item 5.3.2. Arbitragem ad hoc ou avulsa), substituindo o quanto previsto na convenção a respeito. Sob este aspecto, entendemos que não se poderá impor à Instituição, contra suas regras e em oposição à decisão do órgão competente, por mais impropria que eventualmente seja a conclusão, a obrigação de administrar o procedimento, não teria propósito a intervenção na intimidade da entidade e deliberações com fundamentação ligada à estratégia e valores *internos corporis*. Desta feita, no embate final entre a vontade das partes e a decisão contrária da Instituição, deve-se ter por afastada a administração do procedimento pela entidade escolhida, seguindo-se a arbitragem ad hoc, ou administrada por outra instituição a ser escolhida pelas partes.

Ocorre que a Lei n. 13.129, de 2015 alterou o art. 13 da Lei de Arbitragem, o qual passou a ter a previsão de que as partes poderão escolher árbitros que não os presentes na lista fornecida pelo centro, mas autorizou que seja estabelecido um

¹²⁶ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

procedimento de controle sobre a indicação de árbitros fora da lista¹²⁷. Vera Cecília Monteiro Barros¹²⁸ descreve a motivação dessa alteração como uma forma de coibir a reserva de mercado.

As regras das Câmaras de Arbitragem sobre nomeação de árbitros fazem parte das disposições sobre a condução administrativa dos procedimentos e há certo rigor nas instituições quanto à possibilidade de alteração de tais regras, sempre na busca pela excelência na prestação do serviço. Algumas instituições são mais rígidas que outras na condução da questão. Na medida em que as principais Câmaras de Arbitragem brasileiras possuem listas de árbitros, como veremos a seguir, sendo que várias delas determinam que o árbitro único ou o Presidente do Tribunal Arbitral seja necessária ou preferencialmente membro destas listas, passou-se a questionar a restrição à autonomia da vontade das partes na livre indicação dos árbitros e a criação do que se costuma chamar de reserva de mercado dos árbitros.

E foi com o objetivo de coibir tal reserva de mercado dos árbitros e para dar maior aplicação à autonomia da vontade das partes, que é um dos grandes pilares da arbitragem, é que foi aprovada a nova redação o art. 13, § 4º da Lei Brasileira de Arbitragem.

Nesse ponto, tendo em vista a expressa previsão de que as partes podem escolher árbitros não pertencentes ao Corpo Permanente de Árbitros, entende-se que o regulamento já deve, previamente, estabelecer quais serão as regras de controle a serem observadas para a admissão de árbitros não pertencentes a sua lista, conforme prevê a segunda parte do § 4º, do art. 13 da lei de Arbitragem.

Como apontado, o ganho para a sociedade na constituição do centro de arbitragem da Anatel é existir um centro de arbitragem especializado em questões que envolvem o setor de telecomunicações, com um procedimento preestabelecido, facilmente identificável e divulgado publicamente, sobre o qual se tenha confiança

¹²⁷ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

¹²⁸ BARROS, Vera Cecília Monteiro. A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros. In CHAHALI, Francisco (org) Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26/5/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 589.

nos critérios avaliativos e no que tange à capacidade técnica daqueles que compõem o seu Corpo Permanente de Árbitros.

Ora, apesar de não ser o centro de arbitragem o responsável direto pela decisão arbitral, a reputação dele é diretamente afetada pela dos árbitros que por ele são chancelados para atuarem, utilizando-se dos seus regulamentos e estruturas¹²⁹.

¹²⁹ De fato, as partes não precisam vincular-se a um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para poder utilizar-se do regulamento de procedimento arbitral por ela estabelecido. Isto é, podem as partes utilizar-se da ideia procedimental estabelecida em um regulamento, se este for um documento público.

CAPÍTULO IV – A RELAÇÃO DO ÁRBITRO COM A ANATEL

A instituição do centro de arbitragem da Anatel e consequente estabelecimento de um Corpo Permanente de Árbitros direciona-se à criação de um ambiente que facilite a escolha da arbitragem para a resolução de conflitos relacionados à exploração ou prestação dos serviços de telecomunicações nos termos da Lei de Arbitragem.

No Capítulo III, foram demonstrados os limites de atuação do centro de arbitragem da Anatel e desenhado um modelo factível para a sua implementação, considerando as prerrogativas próprias da Administração Pública. Assim, havendo a existência dessa estrutura, esse capítulo pretende avaliar quem poderia habilitar-se como árbitro vinculado ao centro de arbitragem instituído pela Anatel.

Conforme apontamentos de Francisco José Caháli¹³⁰, o árbitro representa o patrimônio intelectual da arbitragem e, assim, quanto maior sua qualidade técnica, maior valor agregado confere ao processo arbitral. Sinteticamente, aponta o autor que: tanto vale o árbitro, tanto vale a arbitragem. Para esse autor, mais relevante a atenção das partes ao árbitro do que a própria câmara arbitral, pois suas qualidades podem ocultar a eventual ineficiência da entidade, mas o contrário, suas deficiências, dificilmente serão superadas pelas virtudes da instituição.

As atribuições do árbitro envolvem escutar as partes, os advogados e as testemunhas, examinar os documentos, além de poder convocar peritos para tomar a decisão. Antes de julgar o caso, pode tentar promover uma conciliação ou mediação entre as partes a fim de incentivar um acordo.

¹³⁰ CAHÁLI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pg. 195.

As ações tomadas para a persecução de um juízo decisório têm aderência às atividades exercidas pelos juízes. Sílvio de Salvo Venosa¹³¹ esclarece que os árbitros desempenham, no compromisso arbitral, a mesma função do juiz togado, ficando sujeitos a idênticas responsabilidades como proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção (art. 13, §6º, da Lei de Arbitragem).

Assim, exercendo a jurisdição privada não é demais apontar que ao árbitro é conferido a prerrogativa de dizer o direito, concretizando a vontade da lei no caso em apreço; recebe das partes o poder de decidir um dado litígio, impondo, em caráter obrigatório e vinculativo, a solução para o caso concreto, caracterizando-se a substituição da vontade das partes pela sua vontade. Conhece as questões de fato e de direito deduzidas pelos conflitantes, analisando-as e valorando-as para formar seu convencimento, propiciando as bases para a decisão da pretensão que lhes foi submetida.

No que tange ao setor de telecomunicações, a especificidade técnica que envolve o assunto leva a crer que para que as partes passem a se valer da arbitragem, elas precisam ter um parâmetro mínimo de que o assunto será tratado por um árbitro com experiência no setor.

Nesse sentido, os critérios sobre quem irá participar do Corpo Permanente de Árbitros do centro de arbitragem da Anatel se apresenta como atributo importante na escolha desse centro para a resolução do conflito.

A natureza da prestação fornecida pelo árbitro às partes acaba por se traduzir na própria natureza jurídica da arbitragem¹³².

¹³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 594.

¹³² Selma Ferreira Lemes afirma que “o árbitro representa a chave da abóbada da arbitragem e ao seu redor gravitam todos os temas e conceitos afeitos à arbitragem”. (LEMES, Selma Ferreira. O papel do árbitro. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf. Acessível em julho de 2019.)

4.1. A caracterização jurídica do desempenho da função de árbitro

O árbitro, figura central dentro do procedimento arbitral, é a pessoa eleita pelas partes envolvidas no conflito (ou, se elas assim preferirem, pela câmara de arbitragem) para julgar a controvérsia. A nomeação e a fixação dos árbitros são uma das mais importantes atribuições das partes, constando, obrigatoriamente, do compromisso arbitral.

O *caput* do art. 19¹³³ da Lei n. 9.307, de 1996, estabelece que a arbitragem é instituída quando a nomeação é aceita pelo árbitro. Portanto, basta a mera aceitação do encargo pelo árbitro (ou de todos os árbitros, se forem mais do que um), para, com esse simples fato, considerar-se instituída a arbitragem, iniciando-se assim a fase arbitral propriamente dita.

Ora, o papel do árbitro é tão importante que não é o compromisso arbitral ou o acordo entre as partes em levar o conflito para a resolução por um terceiro, mas sim o aceite desse terceiro em exercer essa função que dá início a fase arbitral.

A natureza jurídica da relação estabelecida entre as partes e árbitro é contratual, sem que se possa, entretanto, enquadrá-la em um tipo de contrato pré-determinado. Selma Maria Ferreira Lemes ¹³⁴ afirma que, em razão das especificidades que envolvem o tipo de negócio havido entre os árbitros e as partes, há dificuldades de enquadrá-lo nas formas usuais de contratação. Nesse sentido, sinaliza o posicionamento de Philippe Fouchard que assevera:

Na verdade o relacionamento contratual formado entre árbitro e as partes não pode ser categorizado como um tipo de contrato civil pré-determinado. Este contrato contém características mistas e inerentes à arbitragem – contratual na fonte e judicial no objeto.

¹³³ Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

¹³⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira: *Árbitro, princípio da independência e imparcialidade*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 48 -50.

Uaddi Lammêgo Bulos¹³⁵ leciona que os árbitros são juízes de fato quanto ao poder que lhes é conferido para pesquisar, apurar e valorar um fato. São juízes de direito, porquanto lhes cabe formular o comando concreto que se vai traduzir e expressar na sentença arbitral. E continua:

São *árbitros judices compromissarii* ou *compromissarius*, visto que pelo compromisso é lhes dado o poder de decidir. Julgam como se juízes togados fossem e a sentença que proferirem dispensa, a princípio, recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Para o presente trabalho, é oportuno trazer um resumo das quatro correntes sobre a natureza jurídica da arbitragem para melhor compreensão do que se constitui juridicamente a função exercida pelo árbitro.

Ao longo do tempo, quatro foram as teorias desenvolvidas e sistematizadas acerca da natureza jurídica da arbitragem. São elas: (i) a teoria contratual ou privatista; (ii) a teoria publicista ou processualista; (iii) a teoria mista (contratual-publicista); e (iv) a teoria autônoma (esta, nem sempre mencionada).

4.1.1. Teoria contratual ou privatista

A teoria contratual ou privatista considera a arbitragem como criação da autonomia da vontade, relacionada à ideia de negócio jurídico e, mais especificamente, a um contrato, sendo, por conseguinte, de natureza privada¹³⁶.

Para os adeptos deste posicionamento, a arbitragem se baseia no *pacta sunt servanda*, ou seja, é estabelecido entre as partes um contrato que direciona à arbitragem como meio de solução de um eventual conflito e este acordo deve ser cumprido sob pena de intervenção do Judiciário.

¹³⁵ BULOS, Uaddi Lammêgo. Lei de Arbitragem Comentada. São Paulo: Saraiva, 1996, p 73-74.

¹³⁶ BASILIO, Ana Tereza Palhares e FONTES, André R. c. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 4, vol 14. WALD, Arnold (cord). São Paulo: RT. Julho/setembro de 207. p. 48-51.

Assim, para a teoria privatista ou contratual, a arbitragem tão somente é um negócio jurídico, uma vez que ao árbitro seria conferida a função de solucionar o conflito, no entanto, sem o poder de executar e impor a sentença às partes, que é monopólio do Estado, ou seja, a decisão do árbitro seria, em essência, a extensão do acordo celebrado entre as partes.

Desta feita, vista a sua natureza jurídica contratual, a arbitragem estrutura-se como negócio jurídico bilateral e, portanto, deve seguir os princípios desse tipo de relação, inclusive com efeitos *intra partes*.

Assim, no que tange ser negócio jurídico bilateral, para essa corrente, na arbitragem devem ser observados os princípios contratuais, entre eles: o Princípio da Autonomia da Vontade; o Princípio do Consensualismo; o Princípio da Obrigatoriedade; o Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato; o Princípio da Boa-Fé; o Princípio da Confidencialidade; e o Princípio da Competência-Competência.

De acordo com os adeptos dessa teoria, não há exercício de poderes jurisdicionais pelos árbitros, tendo em vista que (i) estes não tem poder de *imperium*; (ii) não exercem atividades coercitivas e não são capazes de impor sanções; (iii) não atuam a vontade concreta da lei (podem julgar por equidade); e, (iv) em muitas legislações, suas decisões dependem da homologação pelo Poder Judiciário local para que se tenha eficácia.

Para a teoria privatista, a arbitragem seria estritamente contratual, considerada apenas fruto de um contrato firmado entre as partes, não tendo qualquer ligação com a jurisdição.

A arbitragem, assim, possuiria um caráter privatista tanto no que concerne à sua origem – posto que decorre de um acordo entre as partes –, quanto no que diz respeito à qualidade dos árbitros – visto que não possuem o poder de executar suas decisões.

No dizer de Cristiane Coutinho¹³⁷ “Para Salvatore Satta, é um erro dizer que o poder atribuído pelas partes ao árbitro tenha cunho jurisdicional, pois da jurisdição os árbitros não têm qualquer elemento. Para sustentar o contrário, seria necessário afirmar que as próprias partes, quando nomeiam árbitros, têm uma posição publicista, o que é contrário à realidade”.

Da mesma forma, Cezar Fiúza¹³⁸ entende que é exatamente o fato do árbitro não possuir função jurisdicional que reside o escopo da arbitragem. Caso contrário, teria o exercício normal de jurisdição¹³⁹.

Em síntese, para essa teoria, a arbitragem é apenas parte do contrato firmado entre as partes, o árbitro não possui poder de execução da decisão por ele proferida, ou seja, o árbitro não tem poder de obrigar qualquer das partes a assumir o que decidiu, portanto, ele não possui poder jurisdicional de fato.

4.1.2. Teoria publicista ou processualista

A teoria publicista ou processualista considera que a atividade dos árbitros é jurisdicional e por isso derroga as regras de competência estatal, equiparando a sentença arbitral à sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Seus defensores partem da premissa de que o Estado é quem outorga ao árbitro, assim como outorga ao juiz, poderes para resolver conflitos, portanto a natureza jurisdicional nasce da vontade do legislador¹⁴⁰.

¹³⁷ COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a lei 9.307/96*. Ed.Forense. Rio de Janeiro, 1999 – p.20.

¹³⁸ FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*, Belo Horizonte, Del Rey Ed., 1995, pp 42-43

¹³⁹ Um dispositivo que era evocado por essa corrente que confirmaria a natureza contratual da arbitragem no Brasil seria o art. 25 da Lei de Arbitragem. (Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.) Cabe destacar que esse artigo foi revogado pela Lei n. 13.129, de 2015.

Carlos Alberto Carmona¹⁴¹ afirma que o fato de se encarar a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Para esse autor, trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4º, da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1º do artigo 1º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo artigo 153 da Constituição Federal, é baluarte da participação popular a nível jurisdicional.

Para os adeptos desse posicionamento, o legislador brasileiro fez uma clara e evidente opção pela teoria publicista (ou processualista) da arbitragem, nos termos, especialmente, dos artigos 18 e 31¹⁴², da Lei n. 9.307, de 1996, os quais equiparam o árbitro ao juiz e estabelecem que a decisão proferida pelo árbitro produz os mesmos efeitos, entre as partes e seus sucessores, de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Carlos Alberto Carmona¹⁴³ descreve, detalhadamente, a proximidade da atividade exercida pelo árbitro e do juiz:

Já se viu que a jurisdição é também atividade, ou seja, movimentação do órgão julgante no processo, tudo com o escopo de atuar o direito no caso concreto. É sob este ângulo que mais se aproximam as figuras do juiz e do árbitro, pois tanto um como outro acabam por desempenhar papel

¹⁴⁰ BASILIO, Ana Tereza Palhares e FONTES, André R. c. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 4, vol 14. WALD, Arnold (cord). São Paulo: RT. Julho/setembro de 207. p. 48-51.

¹⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 1/2014, p. 833-844. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em julho de 2019.

¹⁴² Art. 18. 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.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 1/2014, p. 833-844. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em julho de 2019.

semelhante ao declararem o direito aplicável à espécie. De fato, encarada a jurisdição no sentido original da expressão *iuris dicere*, caberia ao julgador apenas declarar qual a norma aplicável ao caso concreto; a execução forçada da sentença (se esta fosse condenatória) seria realizada com nova atividade do Órgão judicante, sem conteúdo jurisdicional (atividade jurissatisfativa). Esta a lição de Celso Neves, que conclui, comentando o binômio “conhecimento-execução”:

“Lá, opera o juízo; aqui, a realização prática de suas consequências. Lá, a lide na terminologia carneluttiana – é de pretensão resistida; aqui, de pretensão insatisfeita. Lá opera-se a certeza quanto à res deducta; aqui, realiza-se o interesse do litigante.

A diversidade de escopos levava a doutrina a não admitir, por isso, jurisdição no processo executório, em que a atividade do órgão do Estado seria meramente administrativa.”

Conclui por fim o professor emérito do Largo de São Francisco que só haveria jurisdição na atividade declaratória, isto é, quando o juiz declara qual a norma que incidira no caso concreto. Diante desta colocação, qual seria a diferença entre a atividade do juiz e a do árbitro? Intelectualmente, nenhuma: ambos analisariam o fato à luz dos cânones jurídicos para perquirir a verdade e declarar a norma aplicável à espécie; ambos colheriam provas, resolveriam questões e profeririam a decisão final. Ambos, portanto, declarariam o direito.

A jurisprudência encampa a tese de que há prestação jurisdicional pelo árbitro. Nesse sentido, cabe destacar o posicionamento da Min. Nancy Andrighi no seguinte sentido: “Assim, os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade. Não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade”¹⁴⁴.

Apontam os defensores que a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, uma vez dotada de força condenatória, constitui título executivo, visto que, o que se exclui pela arbitragem não é, propriamente, o acesso à jurisdição, mas sim à via judicial estatal. Portanto, a solução do litígio há de vir pela justiça arbitral e

¹⁴⁴ CC 113.260/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 07/04/2011, no qual o Superior Tribunal de Justiça abordou os parâmetros jurídicos utilizados para solução do conflito de competência entre câmaras arbitrais, ante o silêncio da lei 9.307/96 sobre a matéria.

não pelo Estado-Juiz (justiça estatal). Nas duas hipóteses, estaria evidenciado o exercício da atividade jurisdicional¹⁴⁵.

Em síntese, para essa corrente, a arbitragem se constitui em verdadeira atividade jurisdicional, e, prova disso, é que os poderes conferidos ao árbitro para dirimir os conflitos de interesse das partes decorre de autorização da lei. E de posse da autorização da lei é que as partes podem realizar o acordo e levar a situação em litígio a ser resolvida pelo árbitro, tendo essa decisão caráter de definitividade perante o ordenamento jurídico. Nessa linha, os árbitros são considerados verdadeiros juízes, de fato e de direito, de modo que a arbitragem é uma jurisdição de caráter privado.

4.1.3. Teoria mista (contratual-publicista)

A teoria mista, como o próprio nome diz, adota parte dos fundamentos da teoria contratual e parte dos elementos da teoria publicista. De acordo com essa teoria, a arbitragem seria contratual na sua origem e jurisdicional no seu resultado.

José Cretella Neto¹⁴⁶ é um dos defensores dessa corrente. Segundo ele, “a arbitragem tem natureza jurídica mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo de Direito”.

Em síntese, para os adeptos da teoria mista, a arbitragem possuir característica contratual em um momento inicial, ou seja, no exercício da autonomia da vontade privada das partes para a escolha e o pacto convencional desta, tendo, mais adiante, com a sentença arbitral, conteúdo jurisdicional reconhecido na lei.

¹⁴⁵ É possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. Isso porque a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional. CC 111.230-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/5/2013.

¹⁴⁶ NETO, José Cretella. Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 15.

4.1.4. Teoria autônoma

Por fim, há também a teoria autônoma, aplicável em especial às arbitragens internacionais, em que não há ligação do procedimento arbitral com eventuais regras de quaisquer sistemas jurídicos.

Ricardo Ramalho Almeida¹⁴⁷ esclarece que para essa teoria, as arbitragens internacionais teriam fundamento e se desenvolveriam com base em regras próprias, adotadas pelas partes envolvidas na arbitragem, sem vinculação com qualquer sistema jurídico, seja com os sistemas dos países das partes envolvidas, seja com o sistema do país sede do órgão arbitral julgador. Sob a ótica dessa teoria, a decisão arbitral é um ato autônomo, não vinculado a qualquer jurisdição.

Para os fins desse trabalho, vislumbrando-se o foco da pesquisa que se atenta a avaliar os aspectos da arbitragem dentro do ordenamento jurídico brasileiro, adota-se a natureza jurisdicional da arbitragem. Essa é a melhor posição, em função de dois grupos de motivos.

De um lado, temos o exposto nos arts. 17, 18 e 31 da Lei de Arbitragem Brasileira e disposições do Código de Processo Civil que confirma a sentença arbitral como equivalente a títulos executivos judiciais, conforme dispõe o artigo 515, inciso VII, do CPC de 2015¹⁴⁸, sendo a natureza jurisdicional da arbitragem também reconhecida no artigo 3º, §1º, do CPC, que reafirma a possibilidade jurídica da arbitragem como forma de prestação jurisdicional¹⁴⁹.

De outro lado, não é mais possível falar que a jurisdição é um monopólio do poder público, em especial tendo em vista as transformações por que passa a sociedade e o próprio Estado moderno. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de

¹⁴⁷ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. In Revista de Arbitragem e Mediação. Jul/set 2016.

¹⁴⁸ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII - a sentença arbitral;

¹⁴⁹ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Andrade Nery¹⁵⁰ acreditam que “o árbitro exerce verdadeira jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes”, considerando a arbitragem um “instrumento de pacificação social”.

Assim, o árbitro exerce atividade jurisdicional, apesar de não estar dotado de autorização legal para exercer atos de força para que a sentença arbitral seja executada.

Portanto, sob o ponto de vista material, a atividade desenvolvida por um juiz estatal em nada difere da desempenhada por um árbitro: ambos vão compor uma lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal.

Diante dessa avaliação, entende-se que o árbitro exerce atividade jurisdicional, apesar de não estar dotado de autorização legal para exercer atos de força. Segundo previsto na Lei de Arbitragem, ele ainda:

- diz autoritativamente o direito, concretizando a vontade da lei;
- recebe das partes o poder de decidir um dado litígio, impondo em caráter obrigatório e vinculativo a solução para o caso concreto, caracterizando-se a substituição da vontade das partes pela sua vontade;
- conhece as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes, analisando-as e valorando-as para formar seu convencimento, propiciando as bases para a decisão da pretensão que lhes foi submetida.

Assim, o árbitro exerce como particular uma função pública, embora não seja funcionário público.

4.2. As características daquele que pode ocupar a função de árbitro

¹⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 13ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1758.

O exercício da função de árbitro é uma situação e não uma profissão¹⁵¹. Ocupa posição de árbitro apenas durante o procedimento para o qual foi nomeado¹⁵². Isto posto, desempenha uma atividade direcionada para aquelas partes que o elegeram para juízo de cognoscibilidade da questão objeto de conflito, com a finalidade de dizer a forma como deve ser pacificada a questão.

Diferentemente do órgão arbitral ou da entidade especializada, para árbitro, a Lei de Arbitragem disciplinou o seu papel em todas as dimensões nos termos dos arts. 13 a 18.

Em seu artigo 13, a Lei de Arbitragem fixa dois requisitos incontornáveis para que se possa exercer a função de árbitro: primeiro, ser pessoa capaz; e segundo que se tenha a confiança das partes.

Assim, da mesma forma que pode se valer da utilização da arbitragem qualquer pessoa capaz sem tecer outras restrições, para o árbitro também não são postas restrições quanto a pessoa. Faz então necessária a persecução dos elementos: pessoa, capacidade e confiança das partes.

Em relação a pessoa, o Código Civil, logo no seu 1º artigo, estabelece que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Logo, de acordo com os preceitos de nosso direito positivo, toda figura a que se reconhece personalidade jurídica é capaz de direitos na ordem civil. Assim, além das pessoas naturais cabe a atribuição de personalidade às pessoas jurídicas, estas também definidas no Código Civil¹⁵³.

¹⁵³ Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei n. 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Ocorre que por ter a atribuição de ser personalíssima, a doutrina majoritária entende pela impossibilidade de que a pessoa jurídica venha a ser árbitro, conforme ensina Carlos Alberto Carmona¹⁵⁴:

Não se cogita, em hipótese alguma, da possibilidade de ser o árbitro pessoa jurídica: só a pessoa física pode exercer o cargo. E aqui há que distinguir a atividade dos órgãos arbitrais institucionais da atividade dos árbitros: os primeiros apenas organizam a arbitragem, fornecendo meios, procedimentos, regras, estrutura operacional; os últimos analisam a causa, decidem-na, proferindo a sentença arbitral.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei n. 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 1o São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

§ 2o As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

§ 3o Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

¹⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: comentários à Lei n° 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 229.

A corrente majoritária considera que somente a pessoa física e capaz pode ser escolhida pelas partes para resolver o conflito no papel de árbitro. Ser pessoa física ou natural é considerar o ser humano como sendo sujeito de direitos e obrigações. O texto normativo do art. 1º do CC dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Portanto desta análise do art. 1º surge a noção de capacidade, que é a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa. De modo que a esta aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, dá-se o nome de capacidade de gozo ou de direito.

Luiz Antonio Scavone Junior¹⁵⁵ entende que a pessoa jurídica pode ocupar a função de árbitro, pois tantos outros atos de cunho personalíssimo são por elas exercidos. Assim, entende que a pessoa jurídica pode ser árbitro. Fundamenta seu ponto de vista no fato de que possui ela o requisito legal exigido para tanto, qual seja, capacidade de exercício, ainda que por meio de seu representante, lembrando que o artigo 47 do Código Civil dispõe que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Resta, agora, saber se a pessoa jurídica pode ser nomeada como árbitra. A doutrina não admite e costuma sustentar que o árbitro deve, obrigatoriamente, ser pessoa natural. Não é o que pensamos e daremos, agora, os motivos da nossa ilação. O art. 13 da Lei de Arbitragem, ao tratar do árbitro, apenas e tão somente exige que seja “pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. É cediço que as pessoas podem ser naturais ou jurídicas. Assim, é evidente que pessoa jurídica também é pessoa, dotada, igualmente, de personalidade jurídica que, aliás, é distinta daquela atribuída aos seus membros. Nos termos do art. 45, *caput*, do CC, começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com o registro dos seus atos constitutivos (estatutos ou contratos sociais) no registro que lhes é peculiar. A partir de então, passam a ter personalidade jurídica e, portanto, a capacidade de serem titulares de direitos e obrigações. Nessa medida a pessoa jurídica produzirá a sentença arbitral devidamente representada, posto que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo” (art. 47 do CC). Assim, não encontramos qualquer óbice para que a pessoa jurídica seja árbitra desde que devidamente representada e de acordo com os seus atos constitutivos. Pode ser da confiança das partes uma pessoa jurídica especializada em determinada matéria. Portanto, será a pessoa jurídica, em razão de sua especialidade, a eleita pelas partes para produzir um laudo arbitral. É o caso, por exemplo, de institutos especializados em engenharia, que podem muito bem, respeitada sua organização e representação, produzir a sentença arbitral. Logo, a sentença será firmada pela pessoa jurídica devidamente representada pela pessoa

¹⁵⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7.ed.atual.ampli. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 85-86.

natural designada nos seus atos constitutivos. Não nos convence, portanto, a afirmação segundo a qual, em razão de a atividade jurisdicional ser personalíssima, o julgamento somente poderia ser feito por pessoa natural. Não se pode olvidar que a qualidade de personalíssima da atividade arbitral, como se costuma sustentar para impedir o desempenho da função por pessoa jurídica, decorre do superlativo de “pessoal”, que encontra sua origem no latim *personale*, ou seja, relativo ou pertencente à pessoa ou relativo a uma só pessoa e, até, o significado de individual ou particular, que são características que não se divorciam da existência ou da personalidade jurídica da pessoa jurídica. Ora, se esta pode ser titular, inclusive, de direitos da personalidade (art. 52 do CC), inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, pode, evidentemente, desempenhar atividades reputadas como personalíssimas.

Pedro Batista Martins¹⁵⁶ entende que a pessoa jurídica pode exercer a função de árbitro mais reconhece que a função em última análise será em verdade desempenhada por pessoa física, pois mesmo que a pessoa jurídica possa exercer a função de árbitro, haverá, direta ou indiretamente, a escolha de uma pessoa física a quem será atribuída a qualidade de árbitro, ou seja, a atividade acaba por ser, de fato, personalíssima.

Diante das posições divergentes sobre a possibilidade ou não da pessoa jurídica por si configurar-se como árbitro, parece ter a legislação fechado o escopo de tal possibilidade ao estabelecer que os árbitros no exercício de suas funções ou em razão delas equiparam-se a servidores públicos para efeitos da legislação penal, conforme previsto no art. 17¹⁵⁷.

O Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, no artigo 327, conceitua que "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

¹⁵⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. Aspectos Fundamentais da lei de arbitragem, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.291.

¹⁵⁷ Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Em observância ao arcabouço penal, caso cometam alguma infração no exercício da arbitragem, os árbitros então serão processados e responderão pelos crimes tipificados nos arts. 312 a 359 do Código Penal¹⁵⁸.

De fato, ao serem equiparados aos agentes públicos, os árbitros não respondem por erros de julgamento na incorreta avaliação material probatória, salvo, se provado corrupção, prevaricação ou concussão, por meio da ação prevista no referido art. 33 da Lei de Arbitragem.

Assim, o que se observa é que o fato da lei ter equiparado o árbitro a funcionários públicos para efeitos da aplicação da legislação penal, aponta um atributo de caráter personalíssimo que não pode ser atribuído as pessoas jurídicas.

Com tais considerações, filia-se nesse trabalho ao posicionamento dado pela corrente majoritária de que somente pessoas físicas podem exercer a função de árbitro.

O segundo ponto a ser perseguido é a capacidade. Quanto a isso, o único requisito legal para a atuação do árbitro é a capacidade de exercício de direitos, nos termos do artigo 13, da Lei n. 9.307, de 1996.

A capacidade, em Direito Civil, subdivide-se em capacidade de direito e capacidade de fato. A primeira é, para grande maioria da doutrina, sinônimo de personalidade jurídica, ao passo que a segunda é a capacidade para exercer, por si só, os atos da vida civil.

¹⁵⁸ Na seção "*Dos Crimes Contra a Administração Pública*", do Código Penal, apresentam-se os respectivos tipos, nos termos do Título XI:

Concussão - art. 316 (*caput*) - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Pena - reclusão, de 2 a 8 anos, e multa.

Corrupção Passiva - art. 317 (*caput*) - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena - reclusão, de 2 a 12 anos, e multa.

Prevaricação - art. 319 (*caput*) - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena - detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa.

A capacidade de direito é elemento integrante de toda e qualquer pessoa natural. Isso porque a personalidade jurídica tem início a partir do nascimento com vida (art. 2^a do Código Civil).

Quanto à capacidade de fato, presume-se que, a partir dos 18 anos, o indivíduo é dotado de plena capacidade. Caso não possua, é necessário afastar essa presunção por meio da ação de interdição (ação específica voltada a esse propósito).

Segundo Luiz Antônio Scavone ¹⁵⁹ não é da capacidade de gozo dos direitos (ou capacidade de direito) que o art. 13 da Lei de Arbitragem trata, mas, de outro lado, da capacidade de exercício pessoal dos direitos (ou capacidade de fato), que já contém a capacidade de gozo dos direitos. E isso porque se trata de atividade personalíssima, não se admitindo, portanto, que seu exercício seja feito por meio de representante.

Assim, não podem ser árbitros os relativamente incapazes, nos termos do artigo 4^o, do Código Civil, quais sejam: a) maiores de 16 e menores de 18 anos; b) ébrios habituais; c) toxicômanos; d) deficientes mentais; e) excepcionais; f) pródigo.

Igualmente, os incapazes também não podem ser árbitros, estando eles elencados no artigo 3^o do Código Civil, quais sejam, a) menores de dezesseis anos; b) deficientes mentais; c) impossibilitados, ainda que transitoriamente, de exprimir sua vontade.

Claro está que a lei não fez qualquer restrição a quem pode exercer essa função. Em que pese ser patente a fluidez da lei, cabe aqui apontar a tentativa de modificar a lei para que expressamente fosse prevista a possibilidade de que a função de árbitro pudesse ser exercida por notários e tabeliões públicos. A proposta foi apresentada no Projeto de Lei n. 5.243, de 2009, de autoria do

¹⁵⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7.ed.atual.ampli. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 113.

Deputado Alex Canziani, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados¹⁶⁰.

Note-se que existe hoje um nítido viés no sentido de deixar que os Tribunais decidam, tanto quanto possível, as causas que envolvam questões de maior relevância. Nesse sentido, de um tempo para hoje, as iniciativas nesse sentido estão sendo coroadas de êxito: juizados especiais de pequenas causas, fixação de alçadas e limitação de recursos protelatórios, dentre outras. Merece destaque, ainda, a permissão legal para que Cartórios possam realizar separação, divórcio, inventário e partilha, atendidas as preliminares da inexistência de incapazes e observada sempre a consensualidade entre as partes envolvidas. O legislador, atento às circunstâncias, deve emprestar todo o apoio ao juízo arbitral como forma de superação das controvérsias. Buscando incentivar, ainda mais, a utilização do juízo arbitral pelas partes, creio ser oportuno e conveniente mudar-se a atual redação do *caput* do art. 13 da Lei n. 9.307, de 1996 para fazer constar, expressamente, que titulares de delegação do Poder Público também poderão ser designados como árbitros. Por que não permitir, por exemplo, que o Tabelião de Notas possa atuar na superação de conflitos entre pessoas que disputam indenização por danos? Ou o de Protesto para dirimir diferença no cálculo de multas e juros sobre uma dívida vencida? Ressalte-se que os titulares de delegação, a teor da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, são profissionais do Direito, dotados de fé pública e com graduação acadêmica adequada. Os árbitros devem ter como características fundamentais a confiança das partes e a capacitação específica face à demanda. As leis, infelizmente, têm se preocupado com situações que ocorrem nos grandes centros urbanos, esquecendo que as comunidades de pequeno e médio porte também enfrentam seus problemas e, como no caso presente, podem superá-los com a ajuda imparcial de pessoas conceituadas e com qualificação para tanto.

A tal proposição o Comitê Brasileiro de Arbitragem¹⁶¹ apresentou Parecer¹⁶² ao Congresso Nacional, destacando que a Lei de Arbitragem traz disciplina ampla quanto a atuação do árbitro e que não há impedimento para que os notários e tabeliões públicos exerçam a função de árbitro, mas nesse caso atuam como pessoa

¹⁶⁰

Disponível

em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1456671&filename=PL+5243/2016 Acesso em junho de 2019.

¹⁶¹ O Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr é uma associação sem fins lucrativos, formada em 2001, que tem por principal finalidade o estudo acadêmico da arbitragem e dos métodos não judiciais de solução de controvérsias. Para difundir e promover o instituto da arbitragem, o Comitê realiza Congressos e Seminários de nível nacional e internacional, além de publicar a Revista Brasileira de Arbitragem, pela Editora IOB.

¹⁶² Disponível em http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/05/parecer-pl-5243_sem-enderecamento.pdf. Acesso em julho de 2009.

física e não no exercício da função pública delegada. Diante da clareza e completude de conceitos apresentados pelo Parecer cabe aqui transcrever.

A OPINIÃO DO CBar

A Comissão de Assuntos Legislativos do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) identifica, nessa proposição, três aspectos negativos, que desaconselham a aprovação do Projeto pelo E. Plenário.

Desnecessidade

O primeiro aspecto de inconveniência que marca essa iniciativa é o da desnecessidade. Como se sabe, a atividade de arbitrar foi posta, pela Lei de Arbitragem, ao alcance de todos: basta ter capacidade civil, não apresentar qualquer impedimento específico relativamente ao caso e merecer a confiança das partes em conflito. Assim, qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira, poderá ser nomeada para atuar como árbitro, e dirimir a controvérsia. Nesse sentido, é bem clara a redação do *caput* do art. 13 da Lei 9.307/1996 e muito amplo o seu espectro de abrangência: “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

Ora, é bem evidente que o ordenamento jurídico deve tender a uma racionalidade harmônica; bem por isso, é de boa hermenêutica considerar que a lei não contém palavras inúteis. Assim, em princípio, o que está positivado deve ser apto a gerar efeitos próprios, de tal modo que a introdução ou retirada de qualquer enunciado normativo produza efeito. Se a ação de acrescentar ou de suprimir algo mostra-se indiferente para o ordenamento, certamente o objeto respectivo será inútil e, portanto, haverá de ser rejeitado. É o caso do projeto de lei que se analisa.

Discriminação Inversa

O segundo ponto de inconveniência está na discriminação inversa, que decorre dessa individualização de uma certa e única categoria de agentes, dentre todas as demais habilitadas a determinada prática: os titulares de delegação do Poder Público. Se é amplíssimo o espectro das categorias profissionais e de atividade a que se abre a possibilidade de atuar como árbitro, não parece adequado estabelecer uma menção confirmatória apenas para as pessoas acima referidas.

Induzimento em Erro

Há ainda um terceiro aspecto a contraindicar a aprovação desse projeto, e esse aspecto é decerto mais relevante que os dois anteriores: é que a desnecessária e discriminatória individualização dessas menções confirmatórias em pleno corpo da Lei de Arbitragem, precisamente pelo caráter excepcional que revestem relativamente a todas as outras categorias de atividades, parece apta a produzir a errônea impressão de preferência do legislador quanto aos titulares de delegação do Poder Público, no que concerne ao exercício da função de árbitro, o que certamente não é verdade.

E ainda mais, e pior: certo de que esses delegados do Poder Público mantêm estabelecimentos cartoriais em que se praticam um sem número de atos jurídicos sob a responsabilidade daqueles titulares, a indicação que lhes faça nominativamente a lei pode estabelecera equivocada noção de que a arbitragem conduzida por um desses agentes será realizada no âmbito do cartório, como ato dotado de caráter por assim dizer público, em certa medida - tal como sucede relativamente a inventários e partilhas, separações e divórcios consensuais (os quais são, aliás, mencionados expressamente na justificativa do Projeto de Lei). Esta assimilação constitui evidente absurdo, desde logo porque a arbitragem é atividade

essencialmente privada, incompatível com a competências do notário, tabelião, oficial de registro ou registrador como delegatário do Poder Público. Assim, se o titular de delegação do Poder Público vier a atuar como árbitro, exercerá esse múnus na qualidade de pessoa física, e não como tal; e seus atos serão, desse modo, totalmente estranhos ao cartório que esteja sob sua responsabilidade.

Apresenta-se o posicionamento da CBAR a fim de demonstrar que a Lei de Arbitragem em seu bojo aponta um cenário de livre escolha sobre quem possa ocupar a função de árbitro, apontando tão-somente para ao fato de ser “pessoa capaz” e que tenha a “confiança das partes”.

Do caso acima relatado, observa-se que eventuais limites sobre o exercício da função de árbitro serão encontrados na compatibilidade do exercício de sua função com as características intrínsecas da pessoa que almeja ocupar tal função.

Em relação ao terceiro requisito confiança das partes exige a compreensão de que neste ponto o árbitro é escolhido pelas partes, sendo de responsabilidade das mesmas a conferência de que este possui as prerrogativas necessárias para realizar a avaliação sobre o conflito de forma que esse se solucione segundo critérios justos.

Se ao processo judicial a aplicasse o princípio do juiz natural¹⁶³, devendo nele atuar aquele com competência fixada em lei para processar e julgar a controvérsia levada ao Poder Judiciário, na arbitragem quem julga o faz por escolha das partes.

Selma Maria Ferreira Lemes¹⁶⁴ assinala ser “interessante notar e efetuar um paralelismo entre a figura do juiz e a do árbitro, haja vista que o juiz tem sua investidura do seu status e o árbitro tem seu status de sua investidura. O árbitro, por sua vez, tem jurisdição, mas não tem *imperium*, o poder de constrição”.

Lemes ainda retrata o que seria a confiança, esta está vinculada à honradez. Para explicar a amplitude do conceito de honradez, Cita Cícero, o herói da liberdade

¹⁶³ “O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia da ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado — que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos ad hoc ou de criar tribunais de exceção —, ao mesmo tempo em que assegura ao acusado o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados em consequência, os juízos ex post facto” (BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998,p. 35, subtítulo 60).

¹⁶⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. O papel do árbitro. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf. Acessível em julho de 2019.

na Roma antiga, que em sua obra *De Officiis* (Dos Deveres) atribuiu à honestidade quatro fontes: a primeira é o conhecimento (sabedoria), a segunda o sentimento da comunidade humana (justiça), a terceira a magnanimidade (alma nobre e generosa) e, a quarta, a inclinação para a moderação (temperança) ¹⁶⁵. Portanto, a confiança das partes será perseguida por meio da escolha da pessoa que deseja que julgue o caso, lastreada na honradez e na capacidade de conhecer a matéria em discussão, e de sua capacidade de julgar com imparcialidade e independência.

Luiz Antônio Scavone¹⁶⁶ ressalta que “Presume-se de forma absoluta que, se nomearam o árbitro expressando livremente suas vontades, nele confiam”. Não há portanto o cabimento de pedido de nulidade do procedimento arbitral por simples inconformismo com a sentença arbitral proferida. Eventual inconformismo com a sentença, não guarda relação com a ausência de confiança no julgador, vez que a confiança foi demonstrada quando as partes concordaram com o árbitro ou com o critério de sua escolha.

E essa confiança é importante pois o árbitro atua tanto no desenvolvimento do processo arbitral, quanto o exercício cognitivo que dá resultado a essa atividade. Isto é, o árbitro não é responsável somente pela palavra final acerca de determinada controvérsia, mas conduz o processo desde seu início, adotando as providências necessárias para que tal processo possa atingir sua finalidade: dar a resposta jurisdicional aos conflitos que integram o objeto do processo.

Assim, escolhido o árbitro, nova etapa surge no processo, passando a condução do processo ao árbitro que seguindo o procedimento escolhido pelas partes irá por meio da formação de seu livre convencimento deliberar pela posição final a ser adotada na solução do conflito de interesses por meio da prolação de uma sentença arbitral irrecorrível e que não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

¹⁶⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. O papel do árbitro. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf. Acessível em julho de 2019.

¹⁶⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7.ed.atual.ampli. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 115.

Diante do importante papel do árbitro espera-se que no desempenho de sua função ele proceda com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, conforme determina o parágrafo 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem.

Quanto à imparcialidade Selma Maria Ferreira Leme¹⁶⁷ destaca que “a imparcialidade representa um vínculo entre as razões do julgador e o ato que executa. Para isso deve o árbitro dizer a verdade, julgar com exatidão, livre de influências estranhas ao externar sua decisão. Seu compromisso é com a consciência, com o direito, a lei e a equibilidade, se o caso.”

Carlos Alberto Carmona¹⁶⁸ ainda acrescenta que “O árbitro, da mesma forma que o juiz, coloca-se entre as partes e acima delas: esta a condição básica para que o árbitro possa exercer sua atividade, garantindo justiça entre os contendentes.”

Portanto, a imparcialidade diz respeito ao tratamento que o árbitro deve conceder às partes mediante o tratamento igualitário, sem nenhum tipo de privilégios a nenhuma das partes em detrimento das outras, e esta característica inclusive decorre da confiança depositada no árbitro pelas partes desde o momento da sua escolha, devendo o árbitro conseqüentemente agir de forma ética no cumprimento dos seus deveres.

Como condição essencial, para decidir sobre o conflito, deve ser analisada também a independência, tendo suas bases no princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento, aplicados ao exercício da magistratura brasileira e em decorrência da Lei no 9.307, de 1996, também aplicável ao exercício dos atos do árbitro na solução de controvérsias¹⁶⁹. Neste sentido, o árbitro é livre para poder formar o seu convencimento de acordo com os fatos apresentados no decorrer do

¹⁶⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípio da independência e imparcialidade*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 63.

¹⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: comentários à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

¹⁶⁹ Selma Maria Ferreira Lemes afirma que a independência jurídica prevista para o árbitro recebe na legislação nacional tratamento idêntico ao dispensado aos juízes. (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípio da independência e imparcialidade*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 53.)

procedimento arbitral, devendo apenas apresentar a clara motivação do seu convencimento.

Para Carlos Alberto Carmona¹⁷⁰ o árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes. Espera-se que o julgador seja autônomo e livre, não tenha laços de subordinação espiritual, financeira ou política com qualquer um dos litigantes. Não pode ser árbitro, portanto, aquele que dependa economicamente ou financeiramente de alguma das partes.

Quanto à competência, pode-se dizer, no mesmo sentido do entendimento do professor Alexandre Câmara¹⁷¹, que competência deve ser agregada na lei como a qualidade de possuir capacidade de apreciar e resolver determinado assunto ou de fazer algo.

A diligência do árbitro é outra característica apontada pela lei, a qual deve ser entendida como uma habilidade de ser zeloso no exercício das suas atribuições¹⁷², de sorte a cumpri-las com agilidade e rapidez, respeitando o escopo do último componente do perfil do árbitro segundo a lei – a discricção –, estritamente necessária inclusive em decorrência do sigilo que deve nortear os procedimentos.

Com este espírito, o art. 14 da Lei coloca que a não observância do padrão comportamental de algumas destas características, poderá certamente contribuir para o impedimento ou suspeição dos árbitros, restando legalmente previsto a aplicação aos árbitros das normas de impedimento e suspeição dos juízes de direito, consoante o disposto no Código de Processo Civil em vigor.

Os institutos do impedimento e da suspeição estão previstos no Código de Processo Civil, nos artigos 134 a 136, com incidência também no procedimento arbitral.

¹⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: comentários à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 242.

¹⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei 9.307/96. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2007, p. 60.

¹⁷² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: comentários à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 243.

Na Lei da Arbitragem, referidos institutos estão previstos no artigo 14 que determina a vedação do árbitro na atuação, se tiver com as partes ou com o caso, relações nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil, quais sejam:

a) Hipóteses de impedimento (art. 134, do CPC):

- De que for parte;
- Em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
- Que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
- Quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;
- Quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; e
- Quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

b) Hipóteses de suspeição (art. 135, do CPC):

- Amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
- Alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
- Herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
- Receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
- Interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes; e
- Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Como visto, no Brasil após a edição da Lei n. 9.307, de 1996, a doutrina majoritária anuiu que a arbitragem possui natureza jurisdicional. Assim, as hipóteses de impedimento e suspeição devem ser fielmente observadas, pois da mesma forma que no processo judicial busca-se uma decisão escoreita de interesses pessoais do julgador, o processo arbitral também deve se pautar por esse pressuposto.

No entanto é possível que pela vontade das partes essas causas possam ser afastadas, conforme João Alberto de Almeida ¹⁷³:

¹⁷³ ALMEIDA, João Alberto de. Processo Arbitral. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 125.

Entendemos que é possível, afastá-las pela vontade das partes de acordo com o que for estipulado na convenção de arbitragem, até porque o árbitro, tal qual exige o *caput* do art. 13 da Lei de Arbitragem, deve gozar da confiança das partes. Assim, não encontramos qualquer óbice para que o árbitro possa ser, por exemplo, irmão de urna das partes se a outra, conhecendo a circunstância, aceita o árbitro de acordo com sua vontade autônoma manifestada na convenção de arbitragem, respeitada a boa-fé objetiva que deve emanar de qualquer contrato (art. 422 do CC).

É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou, mesmo, transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem as partes, na verdade, escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova: enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses.

Nesse escopo, espera-se que tecnicamente as sentenças sejam mais bem dirigidas a uma solução que atenda os desejos das partes e apontando uma real pacificação do conflito. Por ser o árbitro profissional ligado a matéria originária do litígio deduz-se que ele esteja mais apto e preparado a decidir a questão. Assim, a decisão mais coerente com a realidade das partes, seria mais satisfativa aos envolvidos.

4.3. O relacionamento da Anatel com o árbitro

Visto os elementos do tópico anterior, considerando que pessoa jurídica não pode ocupar a função de árbitro, fica descartada a hipótese da Anatel ser constituída como árbitro. Isto é, não é possível que se coloque a Anatel como instituição no exercício da função de árbitro.

Segue-se, então, a persecução da segunda avaliação, a possibilidade da Anatel indicar servidores a ela vinculados para exercerem o papel de árbitro. Isto é, considerando a especialidade técnica desses servidores nos assuntos referentes ao setor de telecomunicações, a fim de endereçar tais conhecimentos para a solução

de conflitos apresentados no seu centro arbitral, poderia a Anatel direcionar seus servidores para compor a lista do Corpo Permanente de Árbitros?

Para avaliar essa possibilidade primeiramente cabe ressaltar que de princípio o conflito levado a arbitragem versa sobre direito disponível e que, portanto, está excluída a possibilidade de que a arbitragem seja instituída sobre fatos que possam ensejar exercício do poder de polícia ou sobre o afastamento de normas regulamentares.

Na definição de Hely Lopes Meirelles¹⁷⁴ poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar ou restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado, tendo como finalidade a proteção do interesse público em sentido amplo.

Como bem assevera Maria D' Assunção Costa Menezello¹⁷⁵ contra o cometimento de infração, não há mediação; há sanção. Nesse caso, nos deparamos com um processo administrativo sancionador no qual devem estar claros e fundamentados os motivos da aplicação da sanção. Essa aplicação de sanção não é facultativa, mas, um dever de ofício de todos os servidores que representam a agência. Por outro lado, na solução de conflitos a agência reguladora somente pode se pronunciar quando o interessado requerer, não podendo atuar *ex officio*, sob pena de violar princípio da demanda.

Ressalte-se ainda que, no exercício do poder de polícia a Administração é parcial, posto que, diretamente interessada, o que não se coaduna com a função de composição de conflitos. Além disso, o ato administrativo pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo, enquanto que a decisão proferida por uma agência reguladora para solucionar uma controvérsia deve se tornar definitiva, após o trânsito em julgado, sob pena de ofender o princípio da segurança jurídica.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo brasileiro, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 129.

¹⁷⁵ MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa, Agências reguladoras e o direito brasileiro, São Paulo, Atlas, 2002, p. 168.

Portanto, o poder de polícia desempenha do pela Administração Pública, nos casos de infração administrativa, não se confunde com a função de composição de interesses em conflito desempenha da pelas agências reguladoras.

Contudo, atualmente nos processos administrativos de composição de conflitos de interesses levados à Agência, de fato ao avaliar a questão conflituosa não está afastada a hipóteses de que no seio do conflito exista algum descumprimento de norma regulamentar por uma das partes ou por ambas. Assim, além de apontar uma solução para a pacificação do conflito no âmbito administrativo, também, é dever da Agência perseguir a apuração das infrações supostamente verificadas, daí adentrando a seara do poder de polícia.

Assim, ao transpor a ideia de que servidores da Anatel sejam destinados a atuar como árbitros pode ser gerado temor de que os elementos apresentados no processo arbitral dele transbordem e possam ser utilizados pela Agência com destinação para, por exemplo, averiguação de algum possível descumprimento regulamentar.

Entende-se que a arbitragem efetuada pelo próprio ente fiscalizador poderia colocar em xeque princípio da imparcialidade do órgão arbitral, estabelecido no artigo 13, § 6º, da Lei n. 9.307, de 1996. Como visto, a imparcialidade do árbitro indica o não envolvimento do árbitro com as partes e não ter qualquer interesse no objeto da demanda.

Nesse ponto, não há como se afastar-se da ideia de que embora não haja interesse direto da autarquia, visto trata-se de direito disponível fruto da relação entre dois particulares, o assunto em debate pode ter alguma relevância para o setor regulado.

Outro ponto que poderia ser questionado é que a indicação de servidores da Agência para o exercício da função de árbitro demandaria alocação de força de trabalho até então dimensionada e contratada para exercer as competências descritas na LGT.

Diante da capilaridade das relações que envolvem o setor de telecomunicações poderiam ocorrer verdadeira necessidade de contratação de mais servidores para desempenhar tal função.

Seguindo por esse caminho também podem ser evocadas discussões sobre o avanço do Poder Executivo em detrimento ao Poder Judiciário, visto que estar-se-ia contratando mais servidores para a Agência com a finalidade de prestar o exercício de uma atividade jurisdicional.

Chega-se então a uma terceira ilação, poderiam então servidores com vínculo funcional com a Anatel exercer a função de árbitro não por determinação da Agência, mas por livre vontade, isto é, poderiam eles se cadastrarem na lista de árbitro do centro de arbitragem da Anatel e exercer a função de árbitro nos momentos em que não estão trabalhando para o órgão regulador.

Por expressa disposição da Lei n. 10.871, de 20 de maio de 2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, há vedação para que um servidor vinculado a Anatel atue na função de árbitro. Isto porque, conforme artigo 23¹⁷⁶,

¹⁷⁶ Art. 23. Além dos deveres e das proibições previstos na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicam-se aos servidores em efetivo exercício nas Agências Reguladoras referidas no Anexo I desta Lei:

I - o dever de manter sigilo sobre as operações ativas e passivas e serviços prestados pelas instituições reguladas de que tiverem conhecimento em razão do cargo ou da função, conforme regulamentação de cada Agência Reguladora;

II - as seguintes proibições:

- a) prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada ou fiscalizada pela entidade, salvo os casos de designação específica;
- b) firmar ou manter contrato com instituição regulada, bem como com instituições autorizadas a funcionar pela entidade, em condições mais vantajosas que as usualmente ofertadas aos demais clientes;
- c) exercer outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei;
- d) contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotados pela Diretoria Colegiada da respectiva entidade de lotação; e
- e) exercer suas atribuições em processo administrativo, em que seja parte ou interessado, ou haja atuado como representante de qualquer das partes, ou no qual seja interessado parente

inciso II, alínea a, da referida lei, é vedado que os servidores vinculados ao órgão regulador prestem serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada ou fiscalizada pela entidade.

Certo que o árbitro não constitui profissão, mas função a ser exercida em determinado conflito, terminado o conflito cessa sua atividade, sendo, portanto, um serviço eventual. Considerando ainda o defendido de que o centro de arbitragem volta-se tratar de conflitos que envolvam questões relativas ao setor de telecomunicações ao menos uma das partes em conflito deve ser uma entidade controlada ou fiscalizada pela Anatel.

Nesse momento, cabe aqui a reflexão sobre o caso da PREVIC, no caso optou-se em designar que advogado público vinculado a instituição se ocupa a função de árbitro na CMAC. Decisão semelhante não parece ser factível no caso da Anatel, visto que o parágrafo 3º, do art. 23, dispõe Lei n. 10.871, de 2004, dispõe que aos Procuradores Federais em exercício nas Agências aplica-se a mesma vedação.

Diante dessas considerações, no atual arcabouço normativo, entende-se que o prudente é que a Agência atue criando um método de avaliação para a categorização de árbitros elegíveis a constar na lista a ser apresentada por seu centro de arbitragem.

consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o 2º (segundo grau), bem como cônjuge ou companheiro, bem como nas hipóteses da legislação, inclusive processual.

§ 1º A não observância ao dever previsto no inciso I do *caput* deste artigo é considerada falta grave, sujeitando o infrator à pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, de que tratam os arts. 132 e 134 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 2º As infrações das proibições estabelecidas no inciso II do *caput* deste artigo são punidas com a pena de advertência, de suspensão, de demissão ou de cassação de aposentadoria, de acordo com a gravidade, conforme o disposto nos arts. 129, 130 e seu § 2º, 132 e 134 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 3º **Aplicam-se aos Procuradores Federais em exercício nas entidades referidas no Anexo I desta Lei as disposições deste artigo, exceto o disposto na alínea d do inciso II deste artigo. (grifo nosso)**

Com isso, a criação do centro de arbitragem da Anatel teria por escopo tecer procedimentos conforme a natureza do conflito e apresentar o corpo de árbitros que sobre algum critério de avaliação do órgão regulador apresentassem com capacidade de atuar na solução de conflitos.

4.4. Os benefícios de um Corpo Permanente de Árbitros no centro de arbitragem da Anatel

E onde reside o ganho para a sociedade nessa proposta de criação de uma lista fechada de árbitros para o centro de arbitragem da Anatel, já que as atuais Câmaras de Arbitragem também realizam a listagem dos árbitros indicam, inclusive, o currículo deles?

Nesse ponto, entende-se ser necessário verificar o tamanho do setor de telecomunicações e os atores envolvidos. As relações permeiam desde a contratação consumerista de serviço de telecomunicações, passando aos contratos na esfera atacadistas que permitem a utilização de elementos de rede entre diferentes prestadores do serviço de telecomunicações, utilização de propriedades privadas para instalação de torres e até mesmo alcançando a relação com entidades estatais como os municípios que constitucionalmente são responsáveis pelo ordenamento urbanístico e impacta a alocação das infraestruturas necessárias a prestação do serviço.

Como sinalizado no início desse trabalho a arbitragem tem seu maior prestígio nas questões internacionais e comerciais.

No caso das relações consumeristas, conforme esclarecido no Capítulo I, se o consumidor assentir na utilização da arbitragem para dirimir um conflito válida será a sua instituição. Não é demais pensar que um consumidor pode entender que o árbitro escolhido dentro do centro de arbitragem da Anatel seria mais isento do que um apontado pela empresa que lhe presta o serviço. Nesse sentido, um Corpo Permanente de Árbitros indicados pelo órgão regulador pode diminuir a resistência

de que consumidores acordem em utilizar a arbitragem como meio de pacificação de um conflito.

O mesmo pensamento pode ocorrer nas relações atacadistas ¹⁷⁷, principalmente quando o conflito envolver prestador de pequeno porte¹⁷⁸, pois estas também poderiam se sentir inclinadas a confiar mais na nomeação de árbitros que estão na lista do centro de arbitragem da Anatel.

Em relação à Administração Pública, conforme visto no Capítulo I, a Lei expressamente prevê a possibilidade de utilização da arbitragem, excetuando as questões em que o Estado exercer atos de império, no que concerne as questões que se convertem em contraprestação financeira, poderá o Estado contratar como forma de solução de seus litígios a solução arbitral.

Nesse sentido, os órgãos da Administração Pública (federal, estadual, municipal e do Distrito Federal) podem utilizar-se do Corpo Permanente de Árbitros do centro de arbitragem da Anatel em dois sentidos. O primeiro, diz respeito aos contratos firmados com as empresas para o consumo de algum serviço de telecomunicações, neste podem passar a prever no edital de licitação que conflitos decorrentes do contrato serão solucionados por meio de arbitragem, deixando a indicação do centro de arbitragem da Anatel como a instituição onde ela será processada. Podem inclusive conferir a essa câmara a escolha do árbitro. O segundo, seria a indicação desse centro para a solução de conflitos nos contratos administrativos que envolvam a consecução de infraestrutura para a prestação de serviços públicos.

¹⁷⁷ Relações que ocorrem no mercado de atacado, o qual é definido pela Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução Anatel nº 600 de 05 de novembro de 2012 como sendo o “mercado cujas ofertas estejam voltadas ao fornecimento de Interconexão, Elementos de Rede, Infraestruturas para as Redes de Acesso Fixo, Móvel e Transporte, equipamentos, atividades e outros insumos necessários à prestação de serviços de telecomunicações” (art. 4º, VIII)

¹⁷⁸ Definido pela Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução Anatel nº 600 de 05 de novembro de 2012 como sendo o rupo detentor de participação de mercado nacional inferior a 5% (cinco por cento) em cada mercado de varejo em que atua” (art. 4º, XV).

No âmbito da Administração Pública Federal por meio da Advocacia Geral da União (AGU)¹⁷⁹ desenvolve-se um trabalho para que se amplie a utilização da arbitragem na Administração Pública Federal, inclusive abarcando contratos que envolvam a licitação de concessões de serviços públicos.

Ora, se é crível que a União consiga realizar tal força tarefa, não parece que os Estados e Municípios consigam desenvolver projeto semelhante. Diante desse cenário, entende-se que o fornecimento da possibilidade de que conflitos que tangenciam questões de telecomunicações, seja pelo consumo de serviço, seja vinculado a concessão de um serviço público ou obra pública, possam ser levados ao centro de arbitragem da Anatel pode construir um caminho de maior utilização da arbitragem por parte dos entes da federação.

Nesse sentido, a possibilidade de que nos contratos administrativos tenha a possibilidade de que conflitos possam ser resolvidos pelo centro de arbitragem da Anatel, observa-se a criação de um ferramental para que gestores públicos se sintam mais amparados em utilizar a arbitragem como instrumento para a solução de conflitos nos contratos que tenham correlação com o setor de telecomunicações.

179 Advocacia-Geral da União possui um órgão específico para a resolução de conflitos prévios à judicialização. É a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, instituída pelo Ato Regimental n. 5, de 27 de setembro de 2007. Dentre as atribuições da CCAF, constam: avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre estes e a Administração Pública dos estados, do Distrito Federal, e dos municípios; promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; e outras. A experiência exitosa da CCAF inspirou a AGU a buscar outros meios que pudessem melhorar a resolução de conflitos que envolvam os entes públicos. Assim, por meio da Portaria n. 226, de 26 de julho de 2018, instituiu o seu Núcleo Especializado em Arbitragem no Estado de São Paulo – NEA-SP. O núcleo constitui projeto-piloto para a especialização institucional em representação extrajudicial da União nas arbitragens envolvendo a União no estado de São Paulo. O NEA-SP atuará em processos arbitrais privados em curso, quando a União for indicada como parte ou interessada, e coordenará os procedimentos administrativos para a preparação da atuação da União, de modo geral ou específico, em futuros procedimentos arbitrais privados. A supervisão jurídica do núcleo será exercida conjuntamente pela Consultoria-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da União.

Entende-se que ao caso estar-se-á diante da aplicação do princípio da eficiência, permitindo que haja uma melhor aplicação dos recursos públicos.

O princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, se burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.¹⁸⁰

Nesse sentido, a instituição do centro de arbitragem da Anatel e consequente estabelecimento de rol de árbitros é uma alternativa à disposição do administrador público que pode ser utilizada para fomentar a escolha da arbitragem para a resolução de conflitos relacionados ao consumo de serviços de telecomunicações ou até mesmo que tenham questões de infraestrutura de telecomunicações em seu objeto.

¹⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Reforma administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

CONCLUSÃO

A arbitragem é uma das formas mais antigas de solução de controvérsias na história da humanidade. Consiste em mecanismo de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, expertise, consensualidade, possível confidencialidade e informalidade procedimental. Essa forma de resolução de conflitos permaneceu adormecida no Brasil por várias décadas, ainda que prevista no direito positivo brasileiro.

Com o advento da Lei n. 9.307, de 1996, promoveu-se um verdadeiro ambiente de fomento do instituto no Brasil, consolidado anos depois, já em 2001, com o reconhecimento da sua plena constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF. A referida lei reformulou o instituto, concedeu força vinculante à cláusula compromissória e equiparou a sentença arbitral à sentença judicial. Além disso, os princípios e conceitos jurídicos previstos fizeram com que esta forma extrajudicial de solução de controvérsias passasse a ser considerada como um importante diferencial na economia dos contratos, haja vista a celeridade do processo, que não admite recursos.

Contemporaneamente, na década de 90, a Administração Pública brasileira passou por um amplo processo de reforma, marcado pela diminuição do intervencionismo estatal direto na economia. Com efeito, buscando superar o dilema de ter de escolher entre duas alternativas ruins – déficit de infraestrutura ou déficit fiscal-, o Estado deixou de prestar diretamente certos serviços públicos (telecomunicações, p. ex.) e reduziu sua participação na seara das atividades econômicas (indústria de óleo e gás, p. ex.), transferindo para a iniciativa privada parte das tarefas que havia assumido ao longo da segunda metade do século XX. Não se tratou, é bom que se diga, do abandono do intervencionismo estatal, mas sim de uma alteração no modo de o Estado intervir: ao invés de intervenção direta, intervenção indireta mediante a regulação e o fomento.

Foi nesse contexto que o instituto jurídico da arbitragem ganhou novos contornos no ordenamento jurídico. Se o objetivo era buscar investimentos privados para a combatida infraestrutura nacional, não há dúvida que seria um atrativo oferecer aos particulares uma alternativa mais célere que o Poder Judiciário para a solução das controvérsias que porventura surgissem na execução dos contratos celebrados com o Poder Público e, também, entre os particulares para a execução dos serviços delegados.

Para a realização do ideal de intervenção indireta mediante a regulação e o fomento, foi prevista a criação de entes no exercício dessas funções, dentre eles foi criada a Anatel, responsável por atuar no setor de telecomunicações. Para o exercício da função de regulação do setor de telecomunicações foram previstas diversas competências à Anatel, dentre elas a composição de conflitos.

Cabe destacar que a necessidade de intervenção em pontos conflituosos deve-se à constatação de que os padrões de comportamento definidos pelos entes reguladores não alcançam apenas o comportamento do agente perante a Administração Pública, mas estabelece direitos e obrigações entre os agentes privados. E o vínculo jurídico estabelecido entre os agentes privados terá uma linha condutora constituída dos parâmetros mínimos regulamentares a serem observados para a exploração da atividade econômica.

Nesse ponto, a Anatel pode ser demandada a produzir um posicionamento frente a um conflito que tem origem na aplicação ou interpretação de disposição regulamentar por ela estabelecida. No caso, se uma das partes em conflito entender que o ponto de divergência deve ser apreciado pela Agência, unilateralmente pode se iniciar a demanda junto à Agência para que essa confira posicionamento sobre a situação conflituosa.

Desta feita os processos de composição de conflitos no seio da Agência, embasam-se na competência prevista na LGT e processualmente observam os procedimentos da Lei de Processo Administrativo (LPA). Isso porque está em verdade diante de um posicionamento administrativo e, portanto, trata-se de verdadeiro processo administrativo, que a despeito das normas regimentais de

Agência, no mínimo deve seguir o rito processual estabelecido na lei de processo administrativo (que no caso da União é a Lei n. 9.784, de 1997).

Nesse sentido, um conflito de interesses apresentado à Anatel passa a ser avaliado por ela independentemente da anuência das partes conflitantes, unilateralmente pode ser evocar a atuação da Agência, a fim de que ela atue na solução da controvérsia. Não há escolha do decisor, pois a decisão sobre a controvérsia será dada pela autoridade competente conforme estabelecido nos regulamentos expedidos pela Agência. E o procedimento seguirá o estabelecido no Regimento Interno da Agência e LPA, isto é, as partes não têm como transacionar qualquer condição do processo. A decisão da Agência nesses processos ainda está sujeita a possibilidade de revisão judicial, visto o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Com isso, os procedimentos de resolução de conflitos atualmente desenvolvidos pelas Agências Reguladoras sofrem críticas visto que há possibilidade de recursos administrativos no próprio seio da entidade pública, ausência de independência das decisões, convergindo, inclusive, para a possibilidade de controle amplo de tais decisões pelo Poder Judiciário.

Portanto, a primeira constatação dessa pesquisa, após realizar a avaliação das atuais disposições do instituto da arbitragem no Brasil, bem como das características do atual processo de resolução de conflitos desenvolvido pela Anatel, foi de que o atual processo de resolução de conflitos disponibilizado pela Anatel à sociedade trata-se de verdadeiro processo administrativo que não encontra aderência com as disposições da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 1996).

O próximo passo foi então pesquisar sobre o posicionamento da Administração Pública em relação à Lei de Arbitragem para perquirir a compreensão da utilização desse instrumento pelo regime-jurídico administrativo e assim avaliar a possibilidade da utilização do instituto da arbitragem pelo poder público.

Em relação à utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública foi verificado que no que tange à utilização desse instrumento para resolver conflitos em que essa se configura em um dos polos do conflitos, intensos debates jurídicos

entre a possibilidade ou não foram postos, de tal sorte que por meio da Lei n. 13.129, de 2015, restou-se expressamente prevista a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública nos conflitos de que faz parte.

De fato, os debates a respeito da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, com o acréscimo do §1º ao art. 1º da Lei 9.307, de 1996, pela Lei n. 13.129, de 2015, tornou-se elemento superado vista expressa autorização legal no sentido da possibilidade de sua utilização pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Atualmente, o ponto central da discussão passou a ser a arbitrabilidade objetiva: definir em que medida os conflitos havidos com entes ou entidades administrativas podem ou não ser resolvidos pelo método arbitral. Contudo, esse não foi um ponto explorado nesse trabalho.

Em relação à atuação da Administração Pública não na perspectiva de uma das partes do processo, mas sim, na perspectiva do terceiro evocado a auxiliar na solução dos conflitos não há na Lei de Arbitragem dispositivo que explicitamente permita e discipline a participação da Administração Pública nessa tarefa. Ou seja, pela Lei de Arbitragem não há uma vedação para que a Administração Pública atue nesse sentido, como também não há um direcionamento de como deveria ser essa atuação.

Visto que o art. 13 da Lei de Arbitragem que, diretamente caracteriza quem é o árbitro, não teceu qualquer restrição além do atributo de ter a confiança das partes e que nas demais disposições dessa lei não há uma caracterização sobre o exercício da atividade de órgão arbitral institucional ou entidade especializada, apontou-se necessário avaliar em que medida o fato de não existir uma previsão expressa em lei impede a Anatel atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei n. 9.307, de 1996.

Isso porque, considerando que o fundamento pilar dos debates jurídicos sobre a possibilidade da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública era a ausência de expressa disposição legal, a possibilidade da Anatel atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei n. 9.307, de 1996, pode suscitar debate semelhante.

Nesse sentido, a pesquisa direcionou-se a avaliar em que medida a ausência de uma autorização legal expressamente direcionada a Administração Pública afeta a possibilidade da Anatel de criar um órgão arbitral institucional ou entidade especializada e/ou atuar como árbitro nas resoluções de conflito.

Considerando que o princípio da legalidade previsto na Constituição Federal, tanto no art. 5º, inciso II, quanto no art. 37, constitui-se garantias ao cidadão de que não serão obrigados a fazer aquilo não previsto em lei e por essa lógica a Administração Pública quando for realizar atos que adentrem a limitação da esfera de direitos dos particulares deve ter a sua conduta autorizada em lei, necessária foi a realização a compreensão sobre o nível de vinculação da atividade administrativa à lei.

Nesse sentido, constatou-se que o Direito Administrativo está inserido em um cenário de efervescentes transformações, impulsionadas pelas reflexões críticas típicas de uma sociedade pós-moderna, com isso o princípio da legalidade administrativa, um dos preceitos basilares do regime jurídico-administrativo brasileiro passa a ter sua leitura reavivada. Assim, necessário desmistificar a crença irrestrita na legalidade estrita, sobretudo em virtude de razões relacionadas com (i) a divergência entre o momento histórico de sua criação e o momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito, (ii) a insuficiência da legalidade e (iii) a constitucionalização do Direito Administrativo.

Nessa perspectiva, o paradigma do princípio da legalidade como vinculação à lei positiva passa por um redirecionamento para a persecução de um direito administrativo constitucional, isto é, buscando-se a leitura do direito administrativo em observância aos princípios constitucionais. A Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais é o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que a Administração deve observar.

Assim, para esse trabalho adotou-se o posicionamento de que o princípio da legalidade por acepção original não tem a ver com a autogestão estatal, mas sim, com o direito do cidadão de não ser molestado pelos agentes públicos em sua individualidade sem que tal atividade tenha fundamento legal (em sentido amplo). Por outras palavras, o princípio da legalidade, para o cidadão não é um direito e sim

uma garantia. E para o poder público em sua autogestão, ou seja, enquanto atividade administrativa, é o indicativo de conduta que o impede de avançar sobre direitos e das garantias individuais.

Nesse sentido a interpretação adequada do princípio da legalidade deve reconhecer a Administração Pública como destinatária direta do artigo 5º, inciso II,] da Constituição Federal de 1988. Isso significa que o ente público pode atuar quando não proibido pelas normas jurídicas, isto é, em conformidade com o direito, e, em geral, desde que a sua atuação não resulte em obrigação de fazer ou deixar de fazer aos administrados, visto que, nos termos do aludido dispositivo constitucional, apenas lei pode trazer tal resultado.

Isto é, o particular não pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, vez que apenas por intermédio da lei formal, aprovada pelo Parlamento, o Estado pode exigir algo do administrado, determinando-lhe o dever de agir ou de se abster de fazer algo.

Assim, concebe-se que a Administração Pública pode fazer não só o que a lei autoriza, mas também o que o Direito, em sua concepção como conjunto de princípios e regras da sociedade permite em sua generalidade, pois os atos da Administração devem ser compatíveis com todas as normas jurídicas, de maneira que sua atuação se mostre legítima – e necessária – quando não proibida pelo direito, isto é, por todas as normas jurídicas, porque em conformidade com elas.

Diante do fato de que o processo arbitral só ocorre quando legítimo exercício da autonomia da vontade das partes que acordam em valer-se dessa forma para a solução de seus conflitos, conclui-se que a participação da Anatel na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem *por si* é uma atividade que em essência não imputa qualquer restrição de direitos aos administrados. Isto é, a participação da Anatel na arbitragem nesse caso decorrerá da própria vontade das partes em conflito.

Esses fundamentos embasaram a segunda conclusão desse trabalho: a inexistência de uma previsão expressa em lei indicando genericamente que entes da Administração Pública podem atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei de

Arbitragem ou mesmo uma determinação específica diretamente voltada à Anatel não se constitui fato impeditivo para a consecução de tal atividade.

Assim considerando ser possível a Anatel atuar na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem, a pesquisa direcionou-se então para a análise sobre em que medida essa atuação poderia ocorrer.

De início, avaliou-se a possibilidade de atuação da Anatel como órgão arbitral institucional ou entidade especializada, isto é, a instituição de um centro arbitral pela Anatel.

A opção de criação de uma pessoa jurídica levaria a necessidade de criação de toda uma estrutura administrativa só para administração da própria entidade, com base nessa consideração, a criação de uma pessoa jurídica para ser o centro de arbitragem da Anatel foge dos princípios de efetividade e eficiência a serem perseguidos pela Administração Pública.

O ganho para a sociedade da instituição de um centro arbitral pela Anatel tem razão de ser quando esse estiver direcionado a resolução de conflitos correlacionados ao setor de telecomunicações. Assim, a ideia de criação de um centro de arbitragem pela Anatel vinculasse a percepção de que órgãos e entidades da administração pública que atuam em setores de alta complexidade técnica, como as Agências Reguladoras, podem contribuir com o conhecimento altamente especializado para consecução de mais um meio de acesso à justiça na sociedade.

Considerando ainda que a escolha pela utilização desse centro de arbitragem da Anatel seria condicionada tão somente a vontade das partes, isto é, não há qualquer constrangimento a esfera de direito dos particulares, entende-se que o Poder executivo poderia alterar o Decreto n. 2.338, de 1997, no sentido de incluir na estrutura da Agência a unidade competente por reger o centro de arbitragem da Anatel.

Em que pese a Agência poder cobrar por esse serviço, pelas finalidades da instituição da Câmara de Arbitragem da Anatel, concluiu-se que os serviços não devem ser cobrados. Primeiro, porque entende-se pela alocação de servidores que

já fazem parte do quadro da Agência, não se denotando a necessidade de contratação e por tanto sem majoração dos recursos destinados ao pagamento de pessoal. Segundo, porque a arrecadação da Agência já é suficiente para cobrir eventuais custos administrativos desse centro de arbitragem.

Assim, visto que o propósito desse centro de arbitragem é criar um centro que possibilite a resolução de conflitos que envolvem especificamente relacionamentos do setor de telecomunicações, os recursos arrecadados por taxas ao setor estariam sendo destinados atividades relacionadas a função de promover a solução de conflitos entre os agentes desse setor. Nesse sentido, entende-se que não estaria ocorrendo qualquer desvio da finalidade na aplicação dos recursos arrecadados.

Os árbitros não receberão da Anatel remuneração de qualquer espécie, pois a atividade que exercem tem vínculo direto com as partes que o nomeiam, isto é, não há vínculo empregatício ou funcional com o centro de arbitragem. Assim, cabe as partes a realização do pagamento dos honorários dos árbitros. Com relação aos honorários dos árbitros é importante que a Anatel estabeleça um racional de pagamento dos árbitros que compõe a sua lista de árbitros. Em que pese não ser obrigatória tal previsão, ela auxilia as partes a avaliarem a pertinência ou não de submeter o conflito a arbitragem e até mesmo escolher o centro de arbitragem. Outro fator positivo é apresentar aos interessados em constar do Corpo Permanente de Árbitros informação apta a motivar a sua participação ou não desta lista, pois de antemão saberão o valor que as partes irão os remunerar pelos serviços prestados.

O centro de arbitragem não é obrigado a fornecer uma lista de árbitros, mas por certo que a constituição de um Corpo Permanente de Árbitros apresenta-se como uma ferramenta importante para a escolha ou não da arbitragem e até mesmo desse centro. Isso porque, a confiabilidade de que existe uma seleção pela Anatel daqueles árbitros indica que àqueles possuem conhecimento e capacidade técnica nos assuntos referentes ao setor de telecomunicações.

Diante dessa importância, a pesquisa voltou-se à análise sobre quem poderia habilitar-se como árbitro vinculado ao centro de arbitragem instituído pela Anatel.

A Lei de Arbitragem, fixa dois requisitos incontornáveis para que se possa exercer a função de árbitro: primeiro, ser pessoa capaz; e segundo que tenha a confiança das partes. Nesse trabalho filiou-se ao posicionamento dado pela corrente majoritária de que somente pessoas físicas podem exercer a função de árbitro.

Com essa consideração, fica descartada a hipótese da Anatel ser constituída como árbitro. Isto é, não é possível que se coloque a Anatel como instituição no exercício da função de árbitro.

A alocação de servidores da Anatel para atuarem como árbitros não se revela a melhor medida. A um, porque embora não haja interesse direto da autarquia, visto trata-se de direito disponível fruto da relação entre dois particulares, o assunto em debate pode ter alguma relevância para sistema regulado. Neste ponto, poderia existir resistência na utilização desse centro visto uma possível desconfiança das partes que os assuntos tratados possam ser levados para a esfera administrativa. A dois, porque diante da grande quantidade de relações jurídicas que envolvem o setor de telecomunicações pode ocorrer demandar a necessidade de contratação de mais servidores para desempenhar a função de árbitro.

Quanto à possibilidade dos servidores com vínculo funcional com a Anatel exercerem a função de árbitro não por determinação da Agência, mas por livre vontade, por expressa vedação legal não lhes é permitido, pois conforme artigo 23, inciso II, alínea a, da Lei n. 10.871, de 2004, é vedado que os servidores vinculados ao órgão regulador prestem serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada ou fiscalizada pela entidade. Cabe destacar que aos Procuradores Federais em exercício na Agência aplica-se a mesma vedação conforme parágrafo 3º, do art. 23, da referida Lei.

O prudente é que a Agência atue criando um método de avaliação para a categorização de árbitros elegíveis a constar na lista do Corpo Permanente de Árbitros a ser apresentada por seu centro de arbitragem.

O ganho para a sociedade da Anatel na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem, é permitir que junto à aquela seja facilmente identificável um centro de arbitragem especializado em questões que envolve o setor de

telecomunicações com um procedimento preestabelecido e divulgado publicamente, sobre o qual a confiança nos critérios avaliativos sobre a capacidade técnica daqueles que compõem o seu Corpo Permanente de Árbitros estará respaldado pelo órgão regulador do setor.

De fato, o arcabouço normativo e regulatório dos setores regulados é complexo, apresenta uma linguagem extremamente técnica e encontra-se sistematizado em extenso conjunto de leis, decretos e resoluções direcionados ao disciplinamento da área econômica regulada, sendo em muitos casos de difícil assimilação para o Judiciário, frente a ausência de varas especializadas ao menos em regulação.

Assim, consumidores, pequenos prestadores, bem como entidades da Administração Pública municipal, estadual e federal teriam por parâmetro um centro de arbitragem facilmente identificável e legitimado pelo órgão regulador do setor para a solução de seus conflitos em que o tema telecomunicações esteja envolvido.

Da mesma forma que a utilização da arbitragem pela Administração Pública para resolver os conflitos de que faz parte aponta-se como um movimento crescente, a participação da Administração Pública na atuação na resolução de conflitos nos termos da Lei de Arbitragem não deve ser relegada, principalmente nos setores regulados.

Nesse sentido, a instituição do centro de arbitragem da Anatel e consequente estabelecimento de rol de árbitros é uma alternativa à disposição do administrador público que pode ser utilizada para fomentar a escolha da arbitragem para a resolução de conflitos relacionados a exploração ou prestação dos serviços de telecomunicações.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Alberto de. *Processo Arbitral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. Jul/set 2016.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- ANATEL. Relatório de Gestão do Exercício de 2018. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=349297&pub=original&filtro=1&documentoPath=349297pdf> . Acesso em maio de 2019.
- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. Considerações sobre a Resolução CNJ 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesse? *Série Monografias do CEJ*.2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79121841.pdf>. Acesso em abril de 2019.
- AZEVEDO, André Gomma de. “A Arbitragem no Brasil após 5 anos da Lei n. 9.307/96: novos desafios para a sua plena eficácia. In *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. AZEVEDO, André Gomma de (org). Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p -113 e 114.
- BARCELLAR, Luiz Ricardo Trindade. *Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44687/44989>. Acesso em abril de 2019.

BARROS, Vera Cecília Monteiro. A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros. In CHAHALI, Francisco (org) Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26/5/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

_____. In: Apontamentos sobre as agências reguladoras. FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). Direito e regulação no Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez, in Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

BASILIO, Ana Tereza Palhares e FONTES, André R. c. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 4, vol 14. WALD, Arnold (coord). São Paulo: RT. Julho/setembro de 207. p. 48-51.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 13. mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br.rere.asp>. Acesso em abril de 2019.

_____. Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BOSCO LEE, João e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A arbitragem no Brasil. 1ª ed., Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001.

BRASIL. Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências

_____. Exposição de Motivos n. 231/MC. Brasília, 10 de dezembro de 1996. Documento de Encaminhamento da Lei Geral de Telecomunicações, comentando-a.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União. Brasília.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 08, de 1995. Diário Oficial da União. Brasília.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União. Brasília.

_____. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 12. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em junho de 2019.

_____. Projeto de Lei n. 5.243, de 2009, de autoria do Deputado Alex Canziani, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1456671&filename=PL+5243/2016 Acesso em junho de 2019.

BRESSER-PEREIRA, L. C. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Cadernos Mare da Reforma do Estado, Brasília, DF: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, n. 1, 1997a

BRITO, José Marcos Câmara, Perspectiva histórica do setor de telecomunicações no Brasil e no mundo. Brasília: Inatel/Anatel, 2009.

BULOS, Uaddi Lammêgo. Lei de Arbitragem Comentada. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. I, 10ª ed., Rio

de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

_____. Arbitragem Lei 9.307/96. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: comentários à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Arbitragem e jurisdição. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 1/2014, p 833-844. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em julho de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, in Revista de Processo, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994, pp. 82/97. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079670/mod_resource/content/1/2.1.%20Cappelletti%2C%20Os%20metodos%20alternativos.pdf. Acesso em maio de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. Arbitragem e a lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2006.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessões, permissões, franquias, terceirização e outras formas. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2002.

FERNANDES, Almir Garcia e BORGES, Florença Drummond. A arbitragem internacional privada como método de resolução de disputas comerciais. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81_21_n.20.01_2.pdf. Acesso em julho de 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. Teoria da Arbitragem. 1ª Edição. São Paulo: Ed. Rideel, 2012.

GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo. Madrid: MAP, 1991. v. I.

GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação. Coimbra: Coimbra Editora, p. 7-67, 2008.

GUERREIRO, Luis Fernando. Tutela de Urgência E Arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 24. São Paulo: IOB/CBAr, out/nov/dez de 2009, pp 22/44.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado. Tese de Mestrado. São Paulo: USP. 2010.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros: 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

HEIBEL, Wagner Eric. Tópicos Relevantes para a Regulação e Regulamentação do Setor de Telecomunicações. Mecanismos para a Competição. Volume 20. Brasília: Inatel/Anatel, 2009.

HERNANDES NETO, Antonio Marcos. Noções Gerais de Arbitragem Comercial Internacional e sua aplicação para a solução de conflitos em investimentos estrangeiros. In Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. _UniBrasil, n. 12. VI. 1. Curitiba, p. 278-288.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípio da independência e imparcialidade*. São Paulo: Ltr, 2000.

_____. *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*. Revista do Advogado. São Paulo. AASP. V51, 1997.

_____. O papel do árbitro. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf. Acessível em julho de 2019.

MARDEGAN, Herick. *Da Efetividade e Adequação da Arbitragem e o Direito Empresarial*. 2008. 107 págs. Dissertação. Universidade Estadual de Londrina. Londrina – PR. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060137.pdf>. Acesso em maio de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais*. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 210-211.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Normas e princípios aplicáveis aos árbitros*. Aspectos Fundamentais da lei de arbitragem, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEHR Hila. *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. Harvard Kennedy School. Disponível em: https://ash.harvard.edu/files/ash/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf. Aceso em julho de 2019.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 34^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico*. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.

_____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. Revista PGE 2015. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em maio de 2019.

MUJALLIS, Walter Brasil. A nova lei de arbitragem. São Paulo : Editora de Direito Leme, 1997, p.39

MONTEIRO, Vera. Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 209-218, out./dez. 2007.

MORAES, Alexandre de. Reforma administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho [coord.]. Curso prático de direito administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Barueri: São Paulo, 2003.

NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestruturas) São Paulo: Dialética, 2006.

NETO, José Cretella. Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord) Aspectos práticos da arbitragem. São Paulo: Quartier latin, 2006, p. 254-255)

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARADA, André Luis Nascimento. Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização. Curitiba: Juruá, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes e Eduardo Talamini [coord.]. Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SANTIAGO, Rafael da Silva, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA SOCIEDADE PÓSMODERNA: A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PERSPECTIVA. Disponível em <http://www.Publicadireito.com.br/artigos/?cod=7884a9652e94555c>. Acesso em maio de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. Disponível: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/O_direito_e_a_comunidade_RC_CS10.PDF. Acesso em 30 de julho de 2019.

SANTOS JUSTO, Antonio dos. Direito Privado Romano I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos), *Stvdia Iuridica* 50. Coimbra: Coimbra, 2003.

SANTIAGO, Rafael da Silva. O princípio da legalidade administrativa na sociedade pós-moderna: a necessidade de uma mudança de perspectiva. Tese de mestrado. Universidade de Brasília. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7884a9652e94555c>. Acesso em abril de 2019.

SANTOS. Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. Disponível: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/O_direito_e_a_comunidade_RC_CS10.PDF. Acesso em 30 de julho de 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7.ed.atual.ampli. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016,

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Plácido e, Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 20ª edição, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359/45378>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

STELNER, Renato Parreira e PITOMBO, Eleonora Coelho. A convenção de Nova Iorque: ratificação pelo Brasil. Disponível em : <http://eleonoracoelho.com.br/wp-content/uploads/2018/06/01-convencaodeny-2004.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. “Sentença arbitral e juízo de execuções” in Revista do Advogado, n.o 87, Ano XXVI. São Paulo: AAASP, setembro de 2006.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Arbitragem no direito brasileiro. Lei n. 9.307/96. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.